



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Clínica del Derecho

**CONVENIO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES
INDEPENDIENTES N°169 DE LA OIT: REGLAMENTACIÓN DEL DERECHO
A LA CONSULTA PREVIA Y SU APLICABILIDAD EN EL AMBITO
MUNICIPAL**

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

JESSICA DEL CARMEN CAYUPI LLANCALEO
DANIELA FRANCISCA UBIERNA AGUILERA

Profesora Guía: Valentina Alejandra Durán Medina

Santiago, Chile

2015

*Dedicado a mi familia, especialmente a mi madre y a mi padre.
JCLL.*

*Dedicado a mi familia, por todo su apoyo y comprensión durante este largo proceso.
DUA.*

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION -----	8
i. Enunciado general. -----	8
ii. La consulta previa en el caso de decisiones municipales. -----	16
CAPITULO PRELIMINAR. -----	21
A. Noción del concepto pueblos indígenas. -----	21
B. Situación jurídica de los pueblos indígenas en el contexto internacional. -----	25
C. Breve historia de los pueblos indígenas chilenos. -----	28
C.1. Etapa prehispánica: organización indígena en Chile.-----	28
C.2. Etapa de la conquista y colonia española.-----	32
C.2.1. Consecuencias para los pueblos indígenas.-----	36
C.3. Etapa republicana.-----	38
C.3.1. Consecuencias para los pueblos indígenas.-----	43
C.4. Situación actual.-----	45
C.4.1. Derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas en Chile.-----	50
C.4.2. Relación actual de los pueblos originarios con los municipios.-----	53
CAPITULO I	
CONTEXTO: MARCO INTERNACIONAL -----	58
1.1. Organización Internacional del Trabajo y su rol en temáticas indígenas. -----	59
1.2. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. -----	65
1.2.1. El Derecho a la consulta previa.-----	69
1.2.1.1. ¿Por qué se denomina “derecho a la consulta previa”?-----	69
1.2.1.2. La consulta previa como un derecho fundamental.-----	73
1.2.1.3. ¿Qué es el derecho a la consulta previa?-----	77
1.2.1.4. Contenido esencial del derecho a la consulta previa.-----	83
1.2.1.5. Opinión de los pueblos indígenas sobre el derecho a la consulta previa.-----	85
1.2.1.6. Distinción entre derecho de consulta y derecho de participación.-----	88
1.2.2. Institucionalidad del Convenio: Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR).-----	92
1.2.3. Organismos a través de los cuales exigir el cumplimiento de los derechos del Convenio 169.-----	95
1.2.3.1. Organización Internacional del Trabajo.-----	96
1.2.3.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).-----	97
1.2.3.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos.-----	101
1.3. Relator Especial de la Naciones Unidas para los pueblos indígenas. -----	102

1.4. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. --	106
1.4.1. Principales aspectos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. -----	110
1.4.2. Problemáticas planteadas por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. -----	113
1.4.3. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Derecho a la Consulta Previa. -----	114
 CAPITULO II	
MARCO JURÍDICO -----	118
2.1. La Constitución Política de la República de 1980. -----	119
2.1.1. Los tratados internacionales en la Constitución Política de la República. -----	125
2.1.2. Las municipalidades en la Constitución Política de la República. -----	130
2.2. Convenio Nº 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT en Chile. -----	131
2.2.1. Implementación del Convenio 169 en Chile. -----	133
2.2.2. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional. -----	137
2.2.3. Alcances de la aplicación del Convenio 169 en Chile. -----	142
2.3. Ley Nº 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades. -----	149
2.4. Ley Nº 19.253 que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Pueblos Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. -----	151
2.4.1 Aplicación de la Ley Nº 19.253 en Chile. -----	157
2.5. Decreto Supremo Nº124 de 2009 del Ministerio de Planificación, que Reglamenta el artículo 34 de la Ley Nº 19.253, a fin de regular la Consulta y la Participación de los Pueblos Indígenas. -----	158
2.5.1 Críticas al Decreto Supremo Nº 124 de 2009 del Ministerio de Planificación. -----	164
2.6. Decreto Supremo Nº 66 de 2014 del Ministerio de Desarrollo Social que aprueba Reglamento que Regula el Procedimiento de la Consulta Indígena, en virtud del artículo 6 Nº1 letra a) y Nº2 del Convenio 169 de la OIT y Deroga Normativa que indica. -----	169
2.6.1. Críticas al Decreto Supremo Nº 66 de 2014 del Ministerio de Desarrollo Social. -----	177
 CAPITULO III	
MUNICIPALIDADES Y PARTICIPACION CIUDADANA -----	181
3.1. Las Municipalidades. -----	182
3.1.1. Concepto de municipalidad. -----	182
3.1.2. Orígenes del sistema municipal vigente en Chile. -----	185
3.1.2.1. El municipio bajo la Constitución de 1980. -----	188
3.1.3. Marco legal que regula a las municipalidades. -----	193
3.1.3.1. Constitución Política de la República. -----	194
3.1.3.2. Ley Nº 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades. -----	197
3.1.3.3. Leyes varias. -----	198

3.1.3.4. Normativa interna. -----	199
3.1.4. Elementos que conforman la municipalidad. -----	200
3.1.5. Funciones y atribuciones municipales. -----	204
3.1.6. Potestades municipales. -----	209
3.1.7. Autonomía constitucional de las municipalidades. -----	213
3.1.7.1. Significado de autonomía municipal. -----	214
3.1.7.2. Límites a la autonomía municipal. -----	216
3.1.7.3. Autonomía municipal en Chile. -----	217
3.1.7.4. Autonomía municipal en un futuro contexto de descentralización. -----	224
3.2. Principio de participación ciudadana. -----	226
3.2.1. Participación ciudadana: fundamento democrático de los municipios. -----	228
3.2.1.1. Instancias municipales de participación. -----	232
3.2.1.2. Los plebiscitos comunales. -----	234
3.2.1.3. Consejo Comunal de Organizaciones de la Sociedad Civil. -----	236
3.2.1.4. Las audiencias públicas. -----	237
3.2.1.5. Oficina de informaciones, reclamos y sugerencias. -----	238
3.2.1.6. Las encuestas o sondeos de opinión y las consultas ciudadanas. -----	239
3.2.1.7. Reclamos ciudadanos. -----	240
3.2.1.8. Consulta previa o consulta indígena. -----	241
3.2.2. Comentarios de la participación ciudadana municipal. -----	243

CAPITULO IV

MEDIDAS MUNICIPALIDADES Y SUSCEPTIBILIDAD DE AFECTACIÓN DIRECTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS ----- 248

4.1. Medidas administrativas que deben ser consultadas. -----	249
4.1.1. Estándares internacionales. -----	249
4.1.2. Noción de medida administrativa y su regulación en Chile. -----	252
4.1.3. Consecuencias de la falta de consulta y/o de una consulta inadecuada. -----	261
4.2. Potestad Normativa Municipal. -----	262
4.2.1. Reglamentos e instrucciones municipales. -----	265
4.2.2. Las Ordenanzas municipales. -----	267
4.2.3. Los Decretos alcaldicios. -----	273
4.3. Medidas municipales susceptibles de afectación directa a los pueblos indígenas. ---	275
4.3.1. Funciones propias y atribuciones esenciales de las municipalidades. -----	280
4.3.2. Elaboración, aprobación y modificación del Plan de Desarrollo Comunal. -----	280
4.3.2.1. Caso PLADECO comuna de Galvarino 2014-2019. -----	284
4.3.3. Planificación y regulación urbana, confección Plan Regulador Comunal. -----	287
4.3.3.1. Caso modificación Plan Regulador Comunal de Futrono. -----	294
4.3.3.2. Caso modificación Plan Regulador Comunal San Pedro de Atacama. -----	297
4.3.3.3. Caso actualización Plan Regulador Comunal de Lautaro. -----	300
4.3.4. Promoción del desarrollo comunitario. -----	302
4.3.4.1. Caso izamiento bandera mapuche en reparticiones municipales. -----	305
4.3.4.2. Caso co-oficialización del idioma mapudungun en Galvarino. -----	308
4.3.4.3. Caso proceso de licitación pública en Lonquimay. -----	314

4.3.5. Aplicación de las disposiciones sobre transporte y tránsito público.-----	318
4.3.6. Aplicación de las disposiciones sobre construcción y urbanización.-----	320
4.3.6.1. Caso actos dañinos en Cerro Colo-Colo.-----	321
4.3.7. Aseo y ornato de la comuna.-----	324
4.3.7.1 El racismo ambiental.-----	327

CAPÍTULO V

APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA A NIVEL MUNICIPAL ----- 336

5.1. Legislación aplicable a nivel municipal.-----	336
5.1.1. Aplicabilidad del derecho de consulta contemplado en el Convenio 169 a las medidas administrativas municipales.-----	337
5.1.2. Aplicabilidad del Decreto Supremo N° 66 de 2014, del Ministerio de Desarrollo Social.-----	338
5.1.2.1. Historia del reglamento: opiniones de la mesa de consenso.-----	339
5.1.2.2. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional.-----	346
5.1.2.3. Pronunciamientos Contraloría General de la República.-----	350
5.1.2.4. Punto de vista memoristas.-----	353
5.2. La consulta previa como especie de participación ciudadana.-----	357
5.2.1. Posibilidad de emplear una instancia de participación ciudadana municipal como forma de consulta previa indígena.-----	360
5.3. Desarrollo actual del proceso de consulta previa a nivel municipal.-----	367

CAPÍTULO VI

LEGISLACIÓN COMPARADA.----- 371

6.1. Colombia.-----	371
6.1.1. Características de la nación.-----	372
6.1.1.1. División política-administrativa.-----	374
6.1.2. Normativa interna.-----	377
6.1.3. Jurisprudencia.-----	388
6.1.3.1. Período entre 1997 a 2009.-----	389
6.1.3.2. Período desde el año 2009 a la actualidad.-----	393
6.1.3.3. Medidas legislativas.-----	393
6.1.4. La consulta previa en el ámbito municipal.-----	394
6.1.5. Conclusiones-----	402
6.2. Perú-----	405
6.2.1. Características de la nación.-----	405
6.2.1.1. División política-administrativa.-----	407
6.2.2. Normativa interna-----	409
6.2.3. Jurisprudencia-----	425
6.2.4. La consulta-----	431
6.2.5. Conclusiones-----	433

CONCLUSIONES----- 438

1. Respecto de la aplicación del Convenio 169 en Chile en general.-----	439
---	-----

2. Respecto a medidas municipales susceptibles de afectación directa a los pueblos indígenas. --	442
3. Respecto de la normativa aplicable a nivel municipal que regule la consulta previa. -----	445
4. Respecto a los problemas encontrados y que podrían entorpecer el proceso de consulta previa a nivel municipal. -----	453

BIBLIOGRAFÍA ----- 465

Fuentes legales. -----	465
Jurisprudencia. -----	469
Fuentes doctrinarias. -----	474
Recursos electrónicos. -----	489

ANEXOS ----- 502

Anexo N° 1: Entrevista a doña Elisa Millanao Ñancupe -----	502
Anexo N° 2: Entrevista a don Salvador Millaleo Hernández. -----	511
Anexo N° 3: Entrevista a doña Diva Millapán González -----	516
Anexo N° 4: Entrevista a doña Minda Bustamante Soldevilla -----	525
Anexo N° 5: Entrevista a don Mauricio Llaitul Acum -----	538
Anexo N°6: Entrevista a doña Antonia Urrejola -----	552
Anexo N° 7: Entrevista a doña Ramona Reyes Painequeo -----	568
Anexo N° 8: Entrevista a don Lautaro Loncón Antileo -----	571
Anexo N° 9: Funciones municipales y algunas medidas que las exteriorizan. -----	600
Anexo N° 10: Cuadro comparativo entre países-regulación consulta en particular. -----	607
Anexo N° 11: Cuadro comparativo entre países-regulación consulta en general. -----	609

INTRODUCCION

i. Enunciado general.

Los pueblos indígenas son parte de los orígenes de la sociedad actual, de la historia mundial y de la inmensa variedad cultural que hoy conocemos. De acuerdo con las Naciones Unidas (ONU) la población indígena mundial se compone de más de 370 millones de personas, contando con más de 5.000 grupos étnicos repartidos en unos 90 países. A pesar de que los pueblos indígenas actualmente representan sólo el 5 % de la población mundial, su aporte a la sociedad y cultura mundial es incalculable¹. Su importancia queda demostrada entonces, porque cada uno de ellos aporta tradiciones, costumbres, lenguas, formas de vestir, comer, relacionarse y pensar únicas. Estos pueblos forman parte del mosaico socio-cultural que nos da identidad y pluralidad. Sin ellos nuestra riqueza cultural sería escasa y limitada. Recordatorio de esto, es que "los pueblos indígenas son los agentes de la mayor parte de la diversidad cultural del mundo. Sus modalidades distintas de existencia varían considerablemente de un lugar a otro. De las 6.000 culturas que existen en el mundo (cifra aproximada), de 4.000 a 5.000 son culturas

¹ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA. 2014. En el marco de la Asamblea General de Naciones Unidas: La CEPAL presentará informe sobre pueblos indígenas en conferencia mundial en Nueva York. [en línea]. 1 de Septiembre de 2014. <<http://www.cepal.org/es/comunicados/la-cepal-presentara-informe-sobre-pueblos-indigenas-en-conferencia-mundial-en-nueva-york>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

indígenas. Alrededor de los tres cuartos de las 6.000 lenguas del mundo son habladas por pueblos indígenas"².

Además, los pueblos originarios son parte de la herencia histórica que nuestros antepasados nos han dejado y que ellos han sabido conservar y transformar a través de los años para lograr su supervivencia hasta el día de hoy³. A pesar del paso del tiempo y de los cambios que la historia ha sufrido, ellos nos recuerdan de dónde venimos y cuáles son nuestras raíces, por lo mismo, no deben ser considerados como simples participantes del pasado, ya que forman parte del presente, por lo que es fundamental, a nuestro juicio, conocerlos y valorarlos como pueblos, para así lograr un mayor entendimiento y un mejor futuro para todos, tanto indígenas como no indígenas.

No obstante la importancia que se reconoce en la actualidad a los pueblos originarios, la historia de éstos -a nivel mundial- se encuentra marcada por discriminación, marginación, etnocidio, o incluso genocidio, siendo violados sus derechos fundamentales hasta el día de hoy. En este contexto, a nivel internacional la ONU ha intentado salvaguardar los derechos de estos pueblos a través de una serie de instrumentos, entre los cuales, uno de los más

² NACIONES UNIDAS. OFICINA DE ALTO COMISIONADO PARA DERECHOS HUMANOS. Los pueblos indígenas y el medio ambiente. [en línea]. Folleto N° 10. <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideIPleaflet10sp.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

³ Sin embargo, no debemos olvidar que en Chile, y en otras partes del mundo, por diferentes factores, determinados pueblos indígenas han sido extintos. Ejemplos de ellos en nuestro país son los Aonikenk, Selk'nam, Cuncos, Changos, Chonos.

destacados a nuestro entender, es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual reafirma que los pueblos indígenas tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que todos los demás seres humanos⁴, imponiendo, asimismo, deberes a los Estados firmantes para con estos pueblos.

En este escenario, los pueblos indígenas tienen los mismos derechos que el resto de la ciudadanía de participar en la vida democrática general del Estado y de votar en dichos procesos. Asimismo, los Estados tienen la obligación de realizar consultas específicas y de garantizar la participación de los pueblos indígenas, siempre que se consideren medidas que los afecten directamente. Esto no quiere decir que los pueblos indígenas tengan derechos exclusivos, sino que, dada su situación, se requieren medidas especiales como, por ejemplo, de consulta y participación para salvaguardar sus derechos en el marco de un Estado democrático. En otras palabras, mediante una discriminación positiva a una minoría étnica se intenta salvaguardar los derechos inherentes a su condición, dada la desigualdad existente entre ellos y el resto de la población de un país.

⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), DEPARTAMENTO DE NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO. 2013. Manual para los Mandantes Tripartitos de la OIT. Comprender el Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm.169). Ginebra, Suiza. Pág. 3.

Así las cosas, entre los motivos que tienen los gobiernos para adoptar medidas especiales de consulta y participación, en el caso de decisiones que puedan afectar directamente a pueblos originarios, tenemos a la naturaleza colectiva de los derechos de estos pueblos, así como la necesidad de proteger sus culturas y modos de sustento, entre otros.

Igualmente, no podemos decir que la consulta y la participación sean exclusivos de los pueblos originarios, más bien son principios fundamentales de la gobernanza democrática y del desarrollo incluyente; y si bien éstos son objetivos importantes por sí mismos, son también el medio por el cual, en el caso específico de los pueblos indígenas (en su calidad de minorías étnicas), pueden participar plenamente en la adopción de las decisiones que les afectan⁵.

En cuanto a la consulta previa, el Convenio 169 de la OIT (en adelante e indistintamente “el Convenio 169” o “el Convenio”) prescribe que los pueblos indígenas deben ser consultados "a través de sus instituciones representativas", sin determinar cuáles son ellas. Ahora bien, tomando en cuenta las características del país, las especificidades de los pueblos indígenas, y el tema

⁵ Es relevante establecer que la consulta y la participación son derechos que no sólo se atribuyen a los pueblos indígenas. Muestra de ello, es que la consulta es un principio fundamental que se encuentra en todos los convenios de la OIT, los cuales disponen la consulta entre los gobiernos, las organizaciones de empleadores y de trabajadores, así como con todos a quienes interesa un convenio determinado. En este sentido, el Convenio 169 de la OIT no es una excepción, sino que afirma el requisito de consultas específicas con los pueblos indígenas.
Ibíd.

y el alcance de la consulta, se puede determinar cuáles son las instituciones representativas; y dependiendo de las circunstancias, la institución apropiada puede ser representativa a nivel nacional, regional o comunitario; puede ser parte de una red nacional o puede representar a una única comunidad. El criterio importante es que la representatividad debe determinarse a través de un proceso del que hagan parte los mismos pueblos indígenas⁶.

Del mismo modo, el Convenio establece el requisito de que las consultas se lleven a cabo mediante "procedimientos apropiados", lo cual implica que deben tener lugar en un clima de confianza mutua. En general, "es necesario que los gobiernos reconozcan a las organizaciones representativas y ambas partes deben procurar llegar a un acuerdo, efectuar negociaciones genuinas y constructivas, evitar demoras injustificadas, cumplir con los acuerdos pactados y ponerlos en práctica de buena fe. Además, los gobiernos deben garantizar que los pueblos indígenas cuenten con toda la información pertinente y puedan comprenderla en su totalidad. Debe darse tiempo suficiente a los pueblos indígenas para que organicen sus propios procesos de toma de decisiones y participen de manera eficaz en las decisiones adoptadas de forma coherente con sus tradiciones culturales y sociales. Por lo tanto, la consulta conlleva a menudo al establecimiento de un diálogo intercultural. Esto significa

⁶ Esto también implica que una institución indígena no puede reclamar representatividad sin poder identificar claramente a sus miembros y su responsabilidad hacia esos miembros.

que se ponga un real esfuerzo para entender cómo funcionan las culturas y los procesos tradicionales de adopción de decisiones de los pueblos indígenas, y adaptar la forma y fijar el momento oportuno de la consulta a dichas culturas y procesos"⁷.

Luego, será apropiado el procedimiento que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente del resultado alcanzado.

Ahora bien, el Estado chileno, luego de la ratificación y entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, tiene el deber de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas, y por ello debe evaluar preventivamente si las medidas administrativas o legislativas a adoptar puedan afectar, negativa o positivamente, o involucrar derechos o intereses de los pueblos indígenas, y en tales casos, realizar los procedimientos de consulta que procedan, para asegurar las condiciones que salvaguarden dichos derechos e intereses.

En este escenario las municipalidades, al ser órganos de la administración del Estado con competencia para dictar medidas administrativas, han adquirido nuevos protagonismos. Esto, debido a que poseen como grandes ejes en su accionar el desarrollo de la comuna y el bienestar de sus habitantes.

⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), DEPARTAMENTO DE NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO. Ob. Cit. (nota 4). Pág. 16.

Por una parte, siendo la municipalidad la entidad política donde existe mayor cercanía entre “gobernantes y gobernados”, es el espacio más propicio para potenciar la participación de los pueblos indígenas en la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de los programas sociales, urbanos y territoriales, y la gestión municipal en general. Por otra parte, es en la jurisdicción municipal, es decir en las comunas, donde las políticas y programas públicos y privados se concretan con mayor efectividad; siendo necesario que éstos se armonicen y compatibilicen con las necesidades reales de la población, especialmente con las necesidades de los pueblos originarios cuando sean susceptibles de afectarles directamente.

Los intereses locales que manejan las municipalidades están asociados a la vida cotidiana de todas las personas, incluida la de los pueblos indígenas, y a los problemas, necesidades y demandas que se derivan de ella. De ahí que la legislación orgánica municipal enmarque dentro de sus atribuciones aquellas que se relacionan con actividades o esferas tales como: la aplicación de las disposiciones sobre transporte y tránsito públicos, dentro de la comuna; la aplicación de las disposiciones sobre construcción y urbanización, en la forma que determinen las leyes; la planificación y regulación urbana de la comuna y la confección del plan regulador comunal, de acuerdo con las normas legales vigentes; el aseo y ornato de la comuna; la promoción del desarrollo comunitario, y la elaboración, aprobación y modificación del plan de desarrollo

comunal, cuya aplicación deberá armonizar con los planes regionales y nacionales; la asistencia social; la salud pública; la protección del medio ambiente; la educación y la cultura; la capacitación y la promoción del empleo; el deporte y la recreación; el turismo; el transporte y tránsito públicos; la vialidad urbana y rural; la construcción de viviendas sociales e infraestructuras sanitarias; la prevención de riesgos y la prestación de auxilio en situaciones de emergencia; y el desarrollo de actividades de interés común en el ámbito local.

Ante tal cantidad de atribuciones, los municipios deben asumir el desafío de dar respuesta a las crecientes necesidades de los pueblos indígenas, en un contexto que exige mayores niveles de participación en la decisión, obligatoriedad de la consulta cuando existan medidas susceptibles de afectarles directamente y eficiencia en los resultados. Todo lo anterior, implica la generación de nuevos espacios de encuentro entre la autoridad edilicia y los representantes de estos pueblos, que permitan un diálogo transparente y de buena fe, donde se formulen visiones, objetivos comunes y posibles acuerdos de las decisiones municipales a adoptar, concretizadas a través de las correspondientes medidas administrativas, cuya materialización no sólo sea responsabilidad municipal, sino que también de los pueblos originarios que fueron consultados y participaron de su elaboración; siempre y cuando se hayan respetado los estándares prescritos por el Convenio 169.

ii. La consulta previa en el caso de decisiones municipales.

Como el lector pudo apreciar en el apartado anterior, a nivel local se toman una serie de decisiones que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, en atención a las funciones que tienen las municipalidades⁸.

Al respecto, el Convenio 169 de la OIT establece, en su artículo 6, la obligación de “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (...)”. De esta forma, se establece la necesidad de la consulta previa a los pueblos originarios, incluso en los casos de actos administrativos a nivel municipal, teniendo como único requisito el que sean susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos.

La pregunta que surge entonces es ¿cómo hacer efectiva esta consulta previa a nivel municipal? Esto, considerando que el Convenio 169 no establece la forma, sólo los parámetros en que debe llevarse a cabo⁹.

En este contexto, cabe hacer presente que el tema fue largamente discutido en la Mesa de Consenso¹⁰ (integrada por representantes del gobierno

⁸ Artículo 3 y siguientes de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

⁹ Por ejemplo, en el artículo 6, N° 2 del Convenio se señala que las consultas “(...) 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.”

y representantes de los pueblos indígenas), como quedó reflejado en el Informe de Trabajo desarrollado por ésta y entregado en el mes de Agosto de 2013. La discusión que nos atañe giró en torno a la solicitud de los pueblos originarios de incluir a las municipalidades dentro de los órganos obligados a realizar la consulta indígena, de conformidad al reglamento que se iba a dictar, y a la imposibilidad, de acuerdo a lo informado por el gobierno de turno de don Sebastián Piñera Echeñique, de hacerlo; en atención a que éstas son “órganos constitucionalmente autónomos, (que) están reguladas por una ley orgánica constitucional (LOC), la cual regula sus funciones y atribuciones” y que “mediante una normativa reglamentaria, que es la que se discute dentro de esta mesa, el Ejecutivo no puede modificar una Ley Orgánica Constitucional como la LOC de Municipalidades”¹¹. Los representantes indígenas argumentaron, a su

¹⁰ La Mesa de Consenso se inscribió dentro de los esfuerzos gubernamentales- durante el gobierno de don Sebastián Piñera Echeñique- por reemplazar el Decreto Supremo N°124 de 2009 del Ministerio de Planificación (el cual regulaba la consulta y participación de los pueblos indígenas), y con ello avanzar en regulación y ajuste de la normativa sobre consulta a los estándares internacionales de derechos humanos. Dicha Mesa inició sus funciones en Marzo de 2013.

Cabe precisar al lector que esta memoria no pretende analizar a cabalidad el informe entregado por la Mesa, ni tampoco discutir respecto a la legitimidad de la misma, toda vez que se alejaría de la materia propia de estudio. Sin embargo, debe señalarse que la Mesa de Consenso fue sumamente criticada por diversos actores indígenas, algunos de los cuales “se restaron de participar de esta instancia o se desistieron, en el transcurso de ella de continuar su participación”.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2013. Informe misión de Observación Mesa de Consenso Indígena. Agosto de 2013. [en línea] <<http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/588/Informe?sequence=1>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág.14.

¹¹ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Gobierno de Chile. 2013. Informe Trabajo Mesa de Consenso. Consulta Indígena Nueva Normativa de Consulta de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT. [en línea]. 6 de Agosto de 2013. <http://www.upr-info.org/sites/default/files/document/chile/session_18_january_2014/a_hrc_wg.6_18_chl_1_annex_iii_s.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].Pág. 33.

vez, que existen reglamentos del Poder Ejecutivo que reglamentan aspectos de las municipalidades, lo que fue refutado por el Gobierno al señalar que éstos no modifican la Ley Orgánica de Municipalidades, entre otras cosas.

Finalmente, en cuanto a las municipalidades, el informe indicó que los delegados indígenas entendieron la dificultad de regularlas, planteándose abordar la temática posteriormente en una eventual agenda de trabajo¹².

Con el Informe entregado por la Mesa de Consenso, se dictó el último de los reglamentos que pretende establecer la forma en que la consulta previa debiera realizarse, el Decreto Supremo N° 66 de 2014, del Ministerio de Desarrollo Social (en adelante e indistintamente “el Decreto N°66”), bajo el gobierno del Presidente Sebastián Piñera Echeñique, el cual indica, en su artículo 4, los órganos a quienes se les aplica dicho reglamento “(...) ministerios, las intendencias, los gobiernos regionales, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. Para los efectos de cumplir con la obligación de consulta, los órganos constitucionalmente autónomos podrán sujetarse a las disposiciones del presente reglamento. Sin embargo, no se entenderán exentos del deber de consultar a los pueblos indígenas, cuando ello sea procedente en conformidad a la legislación vigente (...)”.

¹² Debemos señalar que en una de las sesiones se dieron dos alternativas: un futuro proyecto de ley de consulta o una modificación de la Ley Orgánica de Municipalidades.

Así las cosas, el citado reglamento deja a discreción de las municipalidades (en su calidad de órganos constitucionales autónomos) la decisión de aplicarlo o no, haciendo hincapié que, no obstante esto, tienen la obligación ineludible de consultar a los pueblos indígenas cuando ello sea necesario.

Nuevamente nos encontramos con una serie de problemáticas. En primer lugar, hay quienes podrían argumentar que dicho reglamento es inaplicable a las municipalidades en su calidad de órganos constitucionales autónomos, toda vez que sólo una ley orgánica constitucional puede regularlas¹³, cuestión que no sucede en este caso, al ser sólo un Decreto Supremo emanado del poder ejecutivo el que reglamenta el procedimiento de consulta. De ser así, se plantea la interrogante de la forma en que las municipalidades debieran aplicar la consulta indígena.

En segundo lugar, de aceptarse por las entidades edilicias que el reglamento es una posible vía para la implementación de la consulta previa en sus comunas, aún existirían cuestiones a resolver, dada la facultad otorgada por esta normativa para sujetarse o no a ella. Siguiendo esta idea, ¿cuáles serían los criterios de los municipios para definir si aplicar o no el Decreto Supremo N° 66? ¿Cada municipalidad lo decidirá casuísticamente o debiera

¹³ Planteamiento dado por el Gobierno en la Mesa de Consenso.

establecerse un criterio a nivel nacional? Lo anterior, teniendo en consideración que situaciones similares debiesen ser tratadas de igual forma para no afectar el principio de igualdad ante la ley.

Por otra parte, para los casos en que las municipalidades, por decisión propia, no aplicaran el Decreto Supremo N° 66 ¿Cuál debiese ser la forma a desarrollar por estas entidades para implementar la consulta indígena? ¿Cada municipalidad decidirá caso a caso el procedimiento a aplicar? ¿Se regulará el procedimiento de consulta a través de ordenanzas municipales o debiera existir una ley a nivel nacional que desarrolle dicho procedimiento?.

Finalmente, y no menos importante, ¿cuáles son las medidas administrativas municipales que deberán ser objeto de consulta indígena?.

En consecuencia, la presente memoria intentará dar respuesta a las problemáticas planteadas en los párrafos anteriores, relativos a la forma de aplicación de la consulta previa establecida en el Convenio 169 a nivel de municipalidades, postulando diversas alternativas de instrumentos, para ser utilizadas por éstas con el objeto de dar cumplimiento a la obligación establecida en la normativa internacional.

CAPITULO PRELIMINAR.

De forma preparatoria a nuestro estudio, creemos necesario establecer algunas nociones básicas referidas a los pueblos originarios, así como su situación jurídica, tanto a nivel internacional como nacional.

A. Noción del concepto pueblos indígenas.

Debido a la diversidad de pueblos indígenas existentes en el planeta, ningún organismo internacional ha adoptado una definición oficial del término “indígena”, sólo han indicado algunos criterios a considerar para la identificación de los mismos, tales como:

- Que posean continuidad histórica, es decir que sean sociedades anteriores a la conquista o la colonización;
- Que tengan conexión territorial, es decir, que sus ancestros hayan habitado los países o las regiones antes de la conquista o la colonización;
- Que posean instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas, reteniendo algunas o todas sus instituciones propias¹⁴.

¹⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), DEPARTAMENTO DE NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO. 2009. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT. [en línea]. Programa para promover el Convenio 169

En este sentido, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes¹⁵ de la Organización Internacional del Trabajo¹⁶, en su artículo 1° establece una serie de criterios subjetivos y objetivos, que se utilizan conjuntamente para identificar quiénes son estos pueblos en un país determinado, literalmente expresa dicho articulado que son pueblos indígenas aquellos considerados como tal "por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ella"¹⁷.

Por su parte, el Relator Especial de las Naciones Unidas, Señor Martínez Cobo, ha establecido una definición que hoy también es aceptada internacionalmente, la cual insta a la conquista como elemento central. Sería ese aspecto, según dicho Relator, el que diferenciaría a los grupos indígenas de

de la OIT. <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf> [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág.10.

¹⁵ Convenio OIT N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Adoptado el 27 de Junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo y ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008.

¹⁶ En adelante e indistintamente OIT.

¹⁷ La Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, en su numeral 2, letra a), prescribe que debe entenderse por convenio o tratado "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular".

otros grupos que no vivieron dicho fenómeno. La definición anunciada es la siguiente: "Son comunidades, pueblos y naciones indígenas, los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales"¹⁸.

Nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1° de la Ley N° 19.253 que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, define a los indígenas como "los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura".

¹⁸ COMISIÓN DE VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. 2008. Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. [en línea]. Santiago, Chile. <<http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/268/nuevo-trato-indigena.pdf?sequence=1>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 35.

En esta misma ley, el Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguita del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes.

No obstante la falta de una definición oficial en el ámbito internacional del término indígena, es dable dejar establecido en este apartado que los pueblos indígenas que existen y existieron en Chile, son descendientes de los pueblos originarios que habitaron el continente americano. "Específicamente en Chile, estos pueblos poseen un pasado de larga duración, su historia es extensa y se remonta a miles de años. Junto con ello, estos primeros habitantes realizaron una apropiación del territorio y una domesticación de los recursos naturales, que les permitió vivir en estas tierras desarrollando sociedades y culturas únicas y originales. Son los "primeros pueblos" constituidos en el territorio que hoy ocupa Chile"¹⁹.

¹⁹ Ibíd. Pág. 39.

B. Situación jurídica de los pueblos indígenas en el contexto internacional.

Durante las últimas décadas los pueblos indígenas han emergido como actores políticos relevantes en casi todos los continentes. Luego de siglos de sumisión e indiferencia, han reclamado de los Estados y de la comunidad internacional, no sólo el respeto por sus derechos individuales, generalmente vulnerados, sino también el reconocimiento de un conjunto de derechos colectivos que son inherentes a su condición de “pueblos”²⁰. Entre estos derechos destacan aquellos relativos a la delimitación y protección legal de sus tierras y territorios, a la propiedad, uso y beneficio de sus recursos naturales, el derecho a participar de la vida política al interior de los Estados, así como a grados crecientes de autonomía que les permitan el control de sus propios asuntos en materias económicas, sociales, culturales y jurídicas. Las demandas sobre tales derechos han encontrado un lento pero progresivo reconocimiento en el derecho internacional ²¹.

²⁰ REYES B., Andrea Loreto. 2007. Revisión y análisis de la agenda legislativa chilena en tramitación, desde la perspectiva de los derechos indígenas. [en línea]. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113203/de-reyes_a.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [consulta: 20 de Marzo de 2015]. Pág. 13.

²¹ STAVENHAGEN, Rodolfo. 2004. Derecho Internacional y Derechos Indígenas. [en línea]. En: SEMINARIO INTERNACIONAL Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y contexto Chileno. Temuco, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera: 15-26. <<http://200.10.23.169/trabajados/SeminarioInternacional.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 19

En este contexto, podemos apreciar que el derecho internacional que se aboca a temáticas indígenas es relativamente nuevo, salvo por lo realizado por la Organización Internacional del Trabajo, entidad que aprobó una serie de convenciones sobre trabajadores indígenas en las primeras décadas del siglo XX, y más tarde un convenio internacional de carácter integracionista relativo a las “poblaciones indígenas” (Convenio N° 107 de 1957 sobre Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas), no existía hace algunos años atrás un real reconocimiento de los derechos indígenas en el derecho internacional²².

La Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, a mediados del siglo XX, pusieron énfasis en los derechos individuales y no en los derechos colectivos de los pueblos. Consecuentemente con ello, no hicieron referencia a los derechos de los pueblos indígenas. Tampoco lo hicieron expresamente los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales aprobados por la ONU en 1966. Ellos reconocieron en su artículo 1º común, el derecho a la libre determinación de los pueblos, derecho orientado a los pueblos entonces en proceso de descolonización y no a los pueblos indígenas²³.

²² AYLWIN, José [s.a.] Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional y Comparado. [en línea] <<http://200.10.23.169/trabajados/Jos%E9%20Aylwin.pdf>> [consultado: 18 de Marzo de 2015]. Pág.1.

²³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, numeral 1: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”.

Fue sólo a contar de la década de los 80 que, producto de la presión indígena, se comenzaron a abrir espacios para el reconocimiento de los derechos de tales pueblos en los foros internacionales. Particular importancia tiene en este sentido la creación en 1982 del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la ONU, el que dio gran impulso al debate sobre el tema, teniendo entre sus mandatos la elaboración de un conjunto de principios tendientes a resguardar los derechos de los pueblos indígenas²⁴.

Ahora bien, fue el Convenio N° 107 de 1957 sobre Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas de la OIT el primer convenio internacional en abordar el tema indígena. Él fue, en su momento, un reflejo del clima prevaleciente en aquella época, en el que los Estados promovían políticas paternalistas de integración y asimilación de las poblaciones indígenas. Con el pasar de los años dicha concepción obtuvo como resultado crecientes críticas, por lo que la OIT decidió impulsar una revisión del mencionado Convenio, que desembocó en 1989 en la adopción -por parte de la Conferencia General de dicha entidad- del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, documento que constituye a la presente fecha, el único instrumento jurídico internacional vinculante sobre los derechos humanos de los

²⁴ Grupo creado por la Sub-Comisión para la Prevención de la Discriminación y protección de las Minorías del Consejo Económico Social de la ONU. Para mayor información ver: CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE PUEBLOS INDIGENAS, Naciones Unidas [s.a.] Pueblos indígenas. [en línea]. <<http://www.un.org/es/globalissues/indigenous/>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

pueblos indígenas. La piedra angular de dicho Convenio la constituyen los principios fundamentales de consulta y participación.

C. Breve historia de los pueblos indígenas chilenos.

Nos parece necesario y adecuado en este punto recordar al lector, de forma sucinta, la historia de los pueblos originarios en nuestro país, lo que nos ayudará a entender la problemática existente.

C.1. Etapa prehispánica: organización indígena en Chile.

Mucho antes de la llegada de los españoles, el territorio denominado actualmente Chile fue habitado por diversos pueblos indígenas. Los primeros vestigios de presencia humana en dicho territorio se remontan a más de 12.500 años en la zona de Monte Verde II, ubicada en la actual X Región, en las cercanías de la ciudad de Puerto Montt, a unos mil kilómetros al sur de Santiago. No obstante, investigaciones realizadas en Monte Verde han hallado en el mismo sitio, en un estrato inferior, aún no investigado plenamente,

algunos restos materiales que pueden asociarse a cultura humana con una datación mucho más antigua de alrededor de 33.000 años²⁵.

En esos años, la enorme diversidad geográfica del territorio chileno permitió que numerosos pueblos indígenas habitaran en él, desarrollando distintas formas de adaptación al territorio. Cada uno de estos pueblos tenía su propia cultura, formas de vida y sistemas normativos, siendo éstos últimos los que regían sus formas de organización sociopolíticas, sus relaciones de familia, así como la relación que tenían con sus tierras, territorios, recursos naturales y pares pertenecientes a otros pueblos. En este contexto, es menester precisar que cuando los españoles llegaron al valle central, por lo menos 13 pueblos indígenas distintos²⁶ habitaban el territorio chileno, y que sólo la población correspondiente al pueblo mapuche ha sido estimada en aproximadamente un millón de personas, la mitad de la cual, estaba asentada al sur del río Maule²⁷.

Como muestra de la diversidad de estos pueblos, en el aspecto organizativo económico y de subsistencia, tenemos que los Aymara y los Atacameños, en el norte, vivían de la agricultura (cultivo de papa y quínoa) y la

²⁵ MILLALÉN P., José. 2006. La Sociedad Mapuche Prehispánica: Kimun, Arqueología y Etnohistoria. En: jj...ESCUCHA, WINKA...!! Cuatro ensayos de historia nacional mapuche y un epílogo sobre el futuro. 2006. Por Pablo Marimán "et al". Santiago. LOM Ediciones. pp. 17- 52. Pág. 43.

²⁶ Entre ellos tenemos a: los aymara, atacameño o lickanantai, coya y changos en el norte; los rap nui en Isla de Pascua; los mapuche y sus diferentes entidades territoriales en el centro y sur; los kawashkar y yámana en los canales australes; los chonos en los canales del sur; y los aónikenk y selk'nam en la Patagonia y Tierra del Fuego.

²⁷ COMISIÓN DE VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. Ob. Cit. (nota 18). Pág. 321.

ganadería de auquénidos (llamas y alpacas). Otros, como los Changos, en la costa norte, los Rapa Nui, en la Isla de Pascua, los Chonos, los Kaweskar o Alacalufes y los Yámanas o Yaganes, en los canales australes, vivían fundamentalmente de la pesca y la recolección de moluscos. Finalmente, los mapuche, los Aónikenk o Tehuelches de la Patagonia, y los Selk'nam de la isla de Tierra del Fuego, vivían del producto de la caza y la recolección.

Las formas de organización social de estos pueblos, también diferían unas de otra. Así, podemos indicar que "los aymara se organizaban en ayllus, que eran unidades territoriales formadas en base al parentesco, los que a su vez podían agruparse en confederación de ayllus o señoríos. Los rapa nui, que habrían estado divididos en diversos grupos o tribus hasta el siglos XVI ó XVII, tenían un sistema jerárquico de jefes "ariki" y "cortes reales", que habrían persistido hasta finales del siglo pasado. Para los mapuche, en tanto, la familia - compleja y extendida- bajo el liderazgo del cacique (lonco, ulmen) habría sido, en tiempos de paz, la organización fundamental"²⁸.

Quizás las distintas formas de organización, llevaron a que sus reacciones iniciales frente a la invasión y ocupación de sus territorios por los conquistadores, y posterior establecimiento de la colonia, fueran diversas. Al

²⁸ Bajo la dirección de este cacique, a quien se recurría para resolver conflictos, la familia compartía un territorio, habitaba en una o más viviendas (rucas), y procuraba la alimentación a sus integrantes. AYLWIN, José [s.a.] Pueblos Indígenas de Chile, Antecedentes Históricos y situación actual. [en línea]. Serie Documentos N° 1. Instituto de Estudios Indígenas Universidad de la Frontera. <http://www.archivochile.com/Pueblos_originarios/hist_doc_gen/POdocgen0004.pdf> [consultado: 18 de Marzo de 2015].Pág. 1.

momento del arribo de los españoles, los pueblos del norte (Aymara, Atacameño o Lickanantai, Quechua²⁹, Coya y Diaguita, así como Mapuche Pikunche en el centro) llevaban un siglo viviendo bajo la dominación incaica³⁰. Esta situación permite comprender por qué los pueblos que habitaban este territorio, a excepción del Mapuche Pikunche en el centro, que se levantó para oponerse a la fundación de Santiago y otras ciudades, no opusieron gran resistencia a los conquistadores hispanos, siendo dominados por ellos en un corto período de tiempo.

La reacción de los mapuche al sur del Biobío, sin embargo, fue diferente. Aunque inicialmente fueron sobrepasados por la superioridad de las armas españolas, siendo su territorio ocupado y su población distribuida en encomiendas en corto tiempo, posteriormente lograron revertir esta situación. El carácter descentralizado de la organización social y política de este pueblo le permitió resistir, y muchas veces, vencer, al centralizado ejército español. El conocimiento que tenían de su territorio, así como la variedad de tácticas

²⁹ Debemos precisar que estos pueblos no estuvieron bajo el dominio de la gobernación de Chile con sede en Santiago, sino directamente de las autoridades del Virreinato en Lima, durante la conquista y colonia española.

LOS PUEBLOS INDÍGENAS y el Derecho. 2013. Por José Aylwin “et al”. Santiago. LOM Ediciones/Observatorio Ciudadano. Pág.42.

³⁰ Recordemos en este punto, que los incas habían participado en las primeras expediciones españolas a Chile.

BIXIO, Beatriz y BERBERIAN, Eduardo. 2007. Primeras expediciones al Tucumán: Reconocimiento, valor del espacio y poblaciones indígenas. [en línea]. Scielo. Andes. Versión On-line ISSN 1668-8090. <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1668-80902007000100004>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

guerreras que utilizaron, incluyendo, para fines del siglo XVI, el uso del caballo, explican el éxito de la resistencia mapuche en esta zona ³¹.

C.2. Etapa de la conquista y colonia española.

El arribo de los españoles a América en el siglo XVI, alteraría radicalmente los sistemas de vida de los pueblos originarios que habitaban el

³¹ Respecto al pueblo mapuche, el más numeroso actualmente en el Estado chileno, es necesario tener presente, que hacia principios del siglo XVI las diversas agrupaciones que lo conformaban se encontraban establecidas en el amplio espacio territorial que va desde el río Limarí, por el norte, hasta la isla grande de Chilwe (Chiloé), en el sur, por el lado occidental de la Cordillera de Los Andes; y desde las laderas orientales de este mismo cordón montañoso, en las zonas norte y centro de la provincia de Newken, y al sur de la actual provincia de Mendoza en Argentina .
Informe Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, Volumen I, Parte IV, Capítulo I. Pág. 6. 2003. Citado en : MILLALÉN P., José. Ob. Cit. (nota 25). Pág. 19.

En cuanto a su sociedad mapuche en aquella época, podemos observar lo siguiente: "los Mapuche de antes de la fundación de pueblos y de la reducción que impuso el Estado, tuvieron un tipo de sociedad que poca relación guarda con la que observamos en nuestro presente. Podemos decir que su modo de ser política, social y culturalmente estaba más vinculado a los principios de la igualdad, la reciprocidad, la redistribución y la horizontalidad, lo que impedía prácticas vinculadas a la verticalidad del poder y su jerarquización, así como a la estratificación social y la consecuentemente acumulación de los recursos en pocas manos".
MARIMAN Q., Pablo. 2006. Los mapuche antes de la conquista militar chileno-argentina. En: *Ibíd.* pp.53-127. .Pág. 67.

En lo relacionado con los conocimientos de ese pueblo: "(ellos) fueron institucionalizándose desde un tiempo inmemorial hasta crear un sistema cultural propio que le dio consistencia a su sociedad y le permitió proyectarse en el tiempo. Sobre esos soportes se logró entender lo humano, lo natural, lo espiritual, lo medicinal, las normas al interior de su sociedad, la regulación de los conflictos y por ende su organización. Lo anterior creó un sistema tan real, como legítimo, que ayudó a controlar las inmensas extensiones territoriales y a dar gobernabilidad a su nación. Esta institucionalidad no se estructuró piramidalmente como un Estado, ni a través de unidades autónomas y separadas unas de otras como una tribu, sino que, sus agentes pudieron pertenecer a uno o más ámbitos de su conocimiento, es decir, y como sucede en la actualidad, un machi puede ser figura no tan sólo ligada a la sanación, sino también religiosa y política, además como sabemos es indiscutible su aporte a los procesos de reproducción cultural. La institucionalidad de la que hablamos se presenta como conjuntos en intersección, sin embargo no creó cúspides (templos, palacios, tribunales) inamovibles de tipo oligárquico que unificaran tras su propio molde a los demás elementos de la nación. Más bien generó unidades territoriales (wichan mapu) que se entendieron para una gobernabilidad más extendida que concentrada, que los terminó haciendo actuar como un cuerpo, aunque sin presentar una cabeza aparente".
Ibíd. Pág. 65 y 66.

espacio territorial chileno. A la llegada de los españoles, como ya se indicó, por lo menos 13 pueblos distintos, con sus propias lenguas, tradiciones, religiones, leyes, sistemas de gobierno y economía, vivían en el territorio comprendido entre el altiplano andino y Tierra del Fuego. No obstante, "la invasión de sus territorios ancestrales, las guerras en su defensa, en que muchos de estos pueblos se involucraron, así como las enfermedades traídas por los españoles, resultaron en el transcurso de unas pocas décadas, en la devastación de su población"³².

Los conquistadores españoles, además de invadir los territorios pertenecientes a los pueblos indígenas de Chile y exterminar a muchos de ellos, obligaron a los sobrevivientes a trabajar para ellos en las llamadas "encomiendas", institución supuestamente establecida para "su protección". Algunos de estos pueblos, como los mapuche pikunche del valle central, fueron diezmados como consecuencia de las enfermedades, de los abusos, así como de su absorción por la población hispana que en el centro se asentó. "Otros, como los mapuche de más al sur, resistieron con éxito la ocupación de sus territorios, obligando al régimen colonial instaurado por España al reconocimiento de su independencia política y territorial"³³.

³² LOS PUEBLOS INDÍGENAS y el Derecho. Ob.Cit. (nota 29). Pág.41.

³³ *Ibíd.* Pág.42.

Sin querer restar importancia a los impactos negativos de esta época causados por los españoles a los pueblos originarios, cabe destacar en este punto, que la resistencia del pueblo mapuche ante el sometimiento y su lucha para mantener su libertad, así como las derrotas de los españoles ante ellos en las postrimerías del siglo XVI y comienzos del XVII, fueron argumentos suficientes para que la corona española comenzara una fase distinta del régimen colonial, intentando ya no sólo someter por la fuerza a los indígenas, sino que buscando con ellos formas de entendimiento y de acuerdos a través de la diplomacia de los parlamentos ³⁴.

En este nuevo contexto, España mantendría el control sobre los territorios del norte del Biobío y sobre la escasa población indígena que a esa fecha allí habitaba; más al sur, sin embargo, la corona se vio obligada a aceptar la existencia de una frontera que dividía su territorio con el del pueblo mapuche, reconociendo la soberanía y autonomía política y territorial de este último, así

³⁴ Los parlamentos eran encuentros celebrados entre autoridades mapuche y españolas, que tenían como fin obtener acuerdos negociados que propiciaran la paz entre ambos pueblos. De los acuerdos más relevantes obtenidos gracias a estos parlamentos, podemos señalar: el establecimiento de la frontera ubicada a lo largo del río Biobío, el reconocimiento de derechos y responsabilidades mutuas, y la autorización que se otorgó a los misioneros para entrar al territorio ubicado al sur de la frontera que estaba en poder del pueblo mapuche.

Cabe destacar también, el hecho de que los parlamentos no eran solamente documentos que resultaban de negociaciones entre españoles y mapuche, sino, más importante, eran también eventos sociales más propios de la cultura de este último pueblo que de la cultura hispana, que congregaban a miles de personas con diferentes visiones del mundo y tradiciones, a objetos de debatir y celebrar la paz. Durante los más de dos siglos en los que se desarrollaron, los parlamentos se transformaron en ceremonias llenas de formalismo y simbolismo, que incluían saludos, discursos, intercambio de regalos, etc. Se dice que estos eventos permitieron el reconocimiento y el respeto para con el otro. También ayudaron a establecer relaciones que iban más allá de lo formal y que en muchas ocasiones dieron origen a amistades y dependencia recíproca que resultaron fundamentales en la vida colonial.

Ibíd. Pág. 76 a 79.

como la reestructuración de la estrategia militar hasta entonces utilizada por ellos para enfrentarlos³⁵.

Esta nueva etapa llevó a los españoles a impulsar políticas y establecer instituciones diferenciadas para las diversas realidades de los pueblos indígenas de la colonia, dependiendo de su particular situación. Así, para aquellos que habitaban los territorios del norte y centro, la principal institución aplicada fue la encomienda³⁶. Para los mapuche del sur, que continuaba viviendo de manera independiente, en tanto, se impulsó una política que incluía la guerra defensiva³⁷ u ofensiva, dependiendo del contexto, así como del

³⁵ Entre algunas de las razones que llevaron a los españoles a aceptar el establecimiento de una frontera que dividió su territorio con el del pueblo mapuche tenemos: el temor de los españoles a la fuerza militar demostrada por el pueblo mapuche desde la llegada de Pedro de Valdivia, así como el temor de ser hechos prisioneros por ellos; el empobrecimiento que provocaba para la colonia chilena las continuas guerras iniciadas contra el pueblo mapuche y las denuncias formuladas por los misioneros católicos sobre maltrato a los indígenas por parte de los españoles. *Ibíd.* Pág. 65 y 66.

³⁶ Contraviniendo las directrices de la Corona en esta materia, el sistema de encomienda en Chile no fue una institución de tributo indígena, sino una institución de servicio personal y trabajo forzado. En dicho sistema, el español podía utilizar el trabajo indígena, para lo cual debía pagarle un salario equitativo; sin embargo, para éste último, el trabajo era obligatorio y no facultativo. Así, la corona asignaba a cada colonizador un número determinado de mano de obra indígena a su disposición para trabajar, institucionalizando el “reparto de indios”, que en algunos casos se convirtió en hereditario. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE [s.a.] Una institución clave en la formación social de Chile: La Encomienda. [en línea]. <<http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-685.html>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015.].

³⁷ Algunos años después de la victoria mapuche ocurrida en la batalla de Curalaba en 1598, las autoridades coloniales comenzaron a impulsar iniciativas orientadas a buscar la paz con el pueblo mapuche en las tierras fronterizas. Dichas iniciativas de paz serían incentivadas por los misioneros jesuitas a comienzos del siglo XVII, en particular por Luis de Valdivia, un sacerdote que, inspirado en los postulados de Bartolomé de las Casas, fue fundamental en los cambios introducidos durante ese período en la naturaleza de las relaciones que la colonia establecía con los mapuche. Luis de Valdivia propuso al gobierno colonial el desarrollo de una estrategia defensiva, de acuerdo con la cual los españoles sólo harían la guerra a los mapuche para repeler sus ataques en contra de individuos o asentamientos, o cuando fuesen violados los acuerdos contraídos en los parlamentos. CONTRERAS PAINEMAL, Carlos. 2010. Los Tratados celebrados por los Mapuche con la Corona Española, la República de Chile y la República de Argentina. [en línea].

diálogo a través de los parlamentos. Por último, es necesario hacer presente que los españoles también instauraron la esclavitud³⁸ respecto de algunos indígenas³⁹.

C.2.1. Consecuencias para los pueblos indígenas.

Luego de más de tres siglos de presencia española -fines del siglo XVIII-, "el impacto del régimen colonial sobre los pueblos indígenas en Chile había sido devastador. Algunos de ellos, tales como los Changos en el norte, así como los Chonos en el sur, sucumbieron a consecuencia del impacto que en ellos provocaron las enfermedades traídas por los europeos, y los abusos y maltrato de los colonizadores. En el centro, los Mapuche Pikunche se verían

<http://www.archivochile.com/carril_c/cc2013/cc_2013_00009.pdf > [consultado: 18 de Marzo de 2015].
Pág. 24

³⁸ Dada la escasa población indígena existente en los terrenos ocupados por la colonia luego del arribo de los españoles, expediciones a distintas zonas serían impulsadas por las autoridades hispanas a fin de obtener la mano de obra que requerían, particularmente para las actividades mineras. En dichas expediciones serían traídos forzosamente a Santiago, y a otras ciudades del centro de Chile, un gran número de huarpe (pueblo indígena que habitaba en Cuyo, Argentina) del lado oriental de los Andes, así como de mapuche williche de la isla de Chiloé. Con posterioridad, los mapuche capturados en las guerras de la Araucanía serían esclavizados y obligados a trabajar en diferentes actividades económicas de la colonia. A pesar del compromiso asumido por los españoles, la práctica de esclavizar a aquellos capturados en las guerras de la Araucanía se mantuvo por largo tiempo, hasta decretarse finalmente su prohibición en las últimas décadas del siglo XVII.

LOS PUEBLOS INDÍGENAS y el Derecho. Ob. Cit. (nota 29). Pág. 70

³⁹ *Ibíd.*

seriamente afectados por los mismos fenómenos, así como consecuencia de su mestizaje con la población hispana que allí se estableciera"⁴⁰.

En el norte, en tanto, los Aymara, Quechuas y Atacameños o Lickanantai, quienes durante el período colonial estaban bajo el control directo del Virreinato del Perú, también se verían severamente impactados⁴¹. Su sometimiento, como ya lo indicamos, al régimen de la encomienda, el trabajo forzado que desarrollaron en las minas, así como las enfermedades europeas, también resultó en una disminución significativa de su población.

“Este fue también el caso del pueblo Rapa Nui en Isla de Pascua, el que a pesar de no estar bajo el control de los españoles, se vería seriamente afectado por las visitas periódicas de navegantes europeos, muchos de los cuales trataron de controlar la isla y someter a sus habitantes. Los únicos pueblos que no serían severamente impactados hasta la era republicana, dada la lejanía de sus territorios, fueron los de la Patagonia chilena (Aonikenk), los de los canales australes (Yámana y Kawashkar) y los de Tierra del Fuego (Selk'nam). Los pueblos australes, sin embargo, serían devastados en poco tiempo luego de la ocupación chilena de sus territorios ancestrales"⁴².

⁴⁰ *Ibíd.* Pág. 42.

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² Para un análisis en profundidad sobre la suerte de estos pueblos ver Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. *Ibíd.*

C.3. Etapa republicana.

Luego del establecimiento de la república, a comienzos del siglo XIX, los territorios indígenas que no lograron ser conquistados por los españoles durante el período colonial, fueron ocupados por el Estado chileno. Es el caso del territorio mapuche al sur del Biobío, el que luego de su ocupación militar por el ejército, fue entregado a los colonos extranjeros y rematado para la creación del latifundio, siendo los indígenas confinados a "reducciones" en poco más del 6% de su territorio ancestral⁴³. Durante el mismo período el Estado chileno anexó los territorios ancestrales de los pueblos de los canales australes, Patagonia y Tierra del Fuego en el extremo sur, y más tarde, los territorios de los pueblos Aymara, Atacameño o Lickanantai, Quechua, Coya y Diaguita en la zona norte del país. Paralelamente, en 1888 el Estado anexó Isla de Pascua, territorio ocupado por el pueblo Rapa Nui⁴⁴.

A todos estos pueblos les serían impuestas las leyes y políticas públicas chilenas que persiguieron, además de la apropiación de sus tierras y

⁴³ AYLWIN, José. 2003. Los derechos de los pueblos indígenas en Chile. Informe del Programa de Derechos Indígenas Pueblos. [en línea]. Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera. [en línea] <<http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/libro%20completo.pdf>> [consultado: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 279.

⁴⁴ *Ibíd.* Pág. 132.

recursos, su asimilación cultural; ello con el evidente objeto de conformar una ciudadanía uniforme que fuera leal al recién creado Estado chileno.

El marco legal del nuevo Estado estaría fuertemente marcado –como ya lo dijimos- por la perspectiva de asimilación e integración. Como resultado de ello, tenemos que desde su formación, el Estado chileno sólo ha reconocido en sus Constituciones Políticas la existencia de un sólo pueblo, el "chileno", negando con ello su carácter pluriétnico o plurinacional. Del mismo modo, las leyes de esta época, nunca reconocieron a estos pueblos, sus culturas e idiomas, sus sistemas normativos, y menos aún, sus derechos políticos, tales como la participación y la autonomía. Tampoco reconocieron sus derechos territoriales, incluyendo la propiedad y control sobre sus tierras y los recursos naturales que hay en ellas.

En efecto, la legislación promulgada al respecto, la que en su mayor parte estuvo referida a los mapuche, más que tratar sobre los pueblos originarios, intentó normar la situación de sus tierras y territorios, fomentando su distribución a colonos extranjeros y su remate en pública subasta, la radicación de la población en reducciones y su posterior individualización y traspaso a terceros no indígenas⁴⁵.

Es así que durante la primera mitad del siglo XIX, la legislación indígena -a nuestro parecer- dice relación con la necesidad del naciente Estado de Chile

⁴⁵ LOS PUEBLOS INDÍGENAS y el Derecho. Ob.Cit. (nota 29). Pág. 68.

de contar con aliados contra las fuerzas españolas, que aún no habían reconocido la independencia del país. Ejemplo de esto, es que en 1813 la Junta de Gobierno puso fin a los denominados “pueblos de indios”, instando a los indígenas a residir en villas formales; y en 1819, se reconoció jurídicamente su libertad y su igualdad con el resto de la población chilena. Por otra parte, los medios empleados para abordar la temática indígena al comienzo de esta época fueron similares a los utilizados por los españoles: la evangelización (las llamadas “misiones”) y los parlamentos⁴⁶.

Posteriormente, durante la segunda parte del siglo XIX, se llevó a cabo un proceso de colonización de las tierras indígenas aún no habitadas por chilenos, en el sur del país, producto de las necesidades económicas de tierras extras para cultivar, período denominado de “radicación”, el cual busca la sedentarización de los pueblos indígenas, en especial el Mapuche⁴⁷.

Así, la legislación sobre pueblos originarios de la época dice relación con la necesidad de justificar la anexión de territorio indígena al Estado de Chile, como la Ley de 4 de Diciembre de 1866 que modifica el concepto de

⁴⁶ AYLWIN, José. Ob. Cit. (nota 43). Pág. 377.

⁴⁷ Respecto a la propiedad indígena se distinguen los siguientes períodos: el de “radicación”, que comienza en 1813 y termina en 1927; el de “división”, entre 1927 y 1967; el de “Reforma y Contrarreforma”, iniciado con la reforma agraria de 1967 a 1993; y el período actual que nace con la Ley N° 19.253. MUÑOZ, Bernardo. 1999. Derechos de Propiedad y pueblos indígenas en Chile. [en línea]. Serie Desarrollo Productivo. Septiembre de 1999. Serie N°60. <<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/0/4630/LCL1257P.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

“territorio indígena” por el de “territorio de colonización”, ordenando el reparto del territorio mapuche y los mecanismos de constitución de la propiedad indígena y, en particular, por medio de remates de tierras, concesiones de colonización, formación de colonias con extranjeros y nacionales y la reserva de terrenos que se entregarían como título de merced a las familias mapuche, radicándolas en comunidades. El problema que surgió tras la señalada ley, y las que le siguieron en la misma línea, fue que la tierra entregada a los indígenas no incluía los territorios antiguos en los que se sustentaba la supervivencia material y cultural de las familias originarias, como los territorios de pastoreo, recolección de frutos, entre otros⁴⁸.

Durante el siglo XX, especialmente durante la primera mitad, podemos concluir que, el objetivo de la legislación nacional fue concretar la asimilación de los pueblos originarios con la población chilena, para lo cual se dictaron una serie de leyes tendientes a dividir las comunidades indígenas existentes, y, en caso de entregárseles tierras, se efectuaba a través del otorgamiento de títulos individuales de dominio. Ejemplo de lo anterior, es la Ley N°4.16 del 29 de agosto de 1927, que crea un Tribunal Especial para proceder a la división de las comunidades indígenas y establece el procedimiento al efecto, disponiendo que la división puede ser solicitada por cualquiera de los comuneros; y la Ley N°

⁴⁸ “En virtud de estos títulos (...) se radicó a los mapuche en 510 mil hectáreas (el 6,39 por ciento de su territorio ancestral), generalmente las de peor calidad. El resto de las tierras, las más ricas, fueron entregadas a colonos nacionales y extranjeros, a título gratuito en el caso de éstos últimos”. AYLWIN, José. Ob. Cit. (nota 28). Pág. 3.

4.802 de 1930, que crea cinco Juzgados de Indios y profundiza el proceso de división de las comunidades, ordenando que ésta se lleve a cabo de oficio por dichos tribunales, aún sin petición y contra la oposición de los comuneros⁴⁹.

En la segunda mitad del siglo XX, la cuestión indígena en Chile estuvo marcada por las tensiones políticas de la época. Así, durante los gobiernos de Eduardo Frei Montalva y Salvador Allende, se produjo, en el marco de la reforma agraria, una recuperación de tierras a favor de los pueblos originarios. En esta época se dictaron leyes como la Ley N° 17.729 del 26 de septiembre de 1972, en la cual, por primera vez, se refiere y define a los indígenas independientemente de sus tierras⁵⁰, además de crearse el Instituto de Desarrollo Indígena, y fijar normas sobre educación y fomento cultural.

Con la dictadura militar, muchas de las tierras recuperadas por los indígenas pasaron nuevamente a manos de privados o del Estado, con la llamada “contra reforma agraria”, dictándose en este período, por ejemplo, los Decretos Ley N° 2.568 y N°2.750, legislación "que resultó en la división en hijuelas individuales de la casi totalidad de las comunidades reduccionales restantes a la época. El objetivo de esta legislación era acabar con el status

⁴⁹ LA REFORMA AGRARIA y las tierras mapuche: Chile 1962-1975. 2005. Por Martín Correa “et al”. Santiago, Chile. LOM Ediciones. Pág. 61.

⁵⁰ La citada ley, señalaba en su artículo 1° que “son indígenas aquellas personas que: habitando en cualquier lugar del territorio nacional, formen parte de un grupo que se exprese habitualmente en idioma aborigen y se distingan de la generalidad de los habitantes de la República, por conservar sistemas de vida, normas de convivencia, costumbres, formas de trabajo o religión, provenientes de grupos autóctonos del país”.

especial de los indígenas y de sus tierras, integrándolos al régimen común del derecho nacional"⁵¹. Asimismo, se suprimió el Instituto de Desarrollo Indígena, entregándose a otras reparticiones sus funciones.

Finalmente, la última década del siglo XX y principios del siglo XXI han visto un resurgimiento del tema indígena en Chile, tanto por parte de los propios pueblos originarios como de una ciudadanía más informada y pro indigenista, siguiendo la corriente internacional en esta materia. Es en esta época en que, después de siglos de políticas de sometimiento, asimilación, y desprecio hacia la cultura indígena, la legislación nacional ha reconocido el valor de la diversidad y la necesidad de protección de esta cultura, a través, por ejemplo, de mecanismos como la consulta indígena.

C.3.1. Consecuencias para los pueblos indígenas.

Durante el período republicano, la situación de dominación y subordinación continuó siendo la característica principal de la relación entre indígenas y chilenos. El impacto de la derrota militar, y más tarde la usurpación de sus territorios por parte de latifundistas y colonos europeos, sumado a la pobreza y mal trato del que fueron víctimas, provocó en el mundo indígena un

⁵¹ El artículo 1° del D.L. 2.568 originalmente disponía que una vez inscritas "las hijuelas resultantes de la división de las reservas dejarán de considerarse indígenas, e indígenas sus adjudicatarios". AYLWIN, José. Ob.Cit. (nota 43). Pág. 162.

remezón de tal magnitud, que les tomó varias décadas sobreponerse a él. En contraste con las estrategias de resistencia frontal de la ocupación militar del ejército español, y posteriormente del ejército chileno, desde inicios del siglo XX los líderes indígenas manifestaron su descontento al interior de la sociedad chilena que los había sometido por la fuerza. Fue así como varias organizaciones expresaron el sentir de los pueblos originarios y demandaron soluciones a los múltiples problema que enfrentaban en su nueva condición de oprimidos por el Estado y la sociedad⁵².

Más tarde, la legislación del período dictatorial que intentó liquidar las comunidades reduccionales de los pueblos indígenas, incidió en el fortalecimiento de la conciencia y organización de éstos. La amenaza que la división del espacio comunitario reconocido por el Estado chileno a estos pueblos, con posterioridad a la anexión de sus territorios ancestrales, representaba para su sobrevivencia física y cultural, motivó la creación de diversas organizaciones a través de las cuales canalizaron su descontento, movilizándose en contra de esta ley y de su implementación⁵³.

⁵² Entre las organizaciones indígenas más importantes surgidas a comienzos del año 1900, destacan las mapuche, entre ellas: las Sociedad Caupolicán creada en 1910, la Federación Araucana creada en 1922, y la Unión Araucana creada en 1926. MARIMAN Q., Pablo. 2006. Los mapuche antes de la conquista militar chileno-argentina. En: ii...ESCUCHA, WINKA...!! Ob. Cit. (nota 25). pp. 53- 127. Pág. 117

⁵³ Destacan en este período, nuevamente organizaciones mapuche, entre las que encontramos: los Centros Culturales Mapuche creados en 1978, Ad- Mapu creada en 1980, la Coordinadora Unitaria Mapuche ó Futa Trawn creada en 1987 y la Comisión Técnica de Pueblos Indígenas de Chile creada en 1988. COMISIÓN DE VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. Ob. Cit. (nota 18). Pág.419 y siguientes.

Fue en este contexto que el movimiento indigenista de Chile logró articularse y vincularse estrechamente con pueblos indígenas de otras latitudes, participando en instancias organizativas indígenas a nivel regional e internacional, en foros como el del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas y en los debates que llevaron a la adopción en 1989 del Convenio N° 169 de la Organización del Trabajo. “Tales visiones fueron centrales en los procesos organizativos mapuche verificados en el contexto de la recuperación democrática de 1990, donde ellos lideraron la articulación de los pueblos indígenas levantando demandas por el reconocimiento de sus derechos políticos, territoriales y culturales al Estado chileno”⁵⁴.

C.4. Situación actual.

Hoy, a 25 años de la vuelta de la democracia al país⁵⁵, si debiésemos hacer una evaluación de cómo han sido tratadas -durante este período- las demandas de los pueblos indígenas por el Estado, a través de sus distintas

⁵⁴ LOS PUEBLOS INDÍGENAS y el Derecho. Ob. Cit. (nota 29). Pág. 117.

⁵⁵ El triunfo del "NO" ocurrió en el plebiscito de octubre del año 1989, y don Patricio Aylwin Azócar asumió la presidencia el 11 de Marzo de 1990.

políticas, debemos decir que ha sido un proceso con una realidad compleja, incomprendida⁵⁶, tensional, con retrocesos, y también con algunos avances⁵⁷.

En efecto, en cuanto a avances, el primer hito a considerar en este período democrático fue la suscripción del Pacto de Nueva Imperial, a fines de 1989, entre organizaciones indígenas, principalmente mapuche del sur y la naciente Concertación de Partidos Políticos por la Democracia, a esa fecha. El segundo hito consideramos que es la Ley Indígena N° 19.253 del 1993, que "Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena". El tercer hito lo constituye el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas⁵⁸, primer documento oficial del Estado que reconoce las injusticias y violencias practicadas contra los pueblos originarios. Y el cuarto hito lo constituye la ratificación del Convenio 169 de la OIT y su entrada en vigencia como ley de la República el 15 de Septiembre de 2009.

No obstante estos avances en materia de política indígena, también es necesario precisar ciertos retrocesos que ha tenido el país, algunos ejemplos de

⁵⁶ Recordemos que durante la historia de Chile, y desde el mismo momento en que se constituyó la República, no ha existido reconocimiento a los pueblos originarios. Ello, en razón de que la nación chilena se constituyó sobre la base de asimilar -a veces mediante la fuerza- a esos pueblos. COMISIÓN DE VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. Ob. Cit. (nota 18). Pág. 26.

⁵⁷ En este sentido ver la opinión de: CAYUQUEO, Pedro. 2015. Prueba, Error y Ensayo. [en línea]. Voces La Tercera. 15 de Febrero de 2015. <<http://voces.latercera.com/2015/02/15/pedro-cayuqueo/prueba-ensayo-y-error/>>. [consulta: 18 de Marzo de 2105].

⁵⁸ COMISIÓN DE VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. Ob. Cit. (nota 18).

ellos son la construcción el año 2000 de la Central Hidroeléctrica Ralco en tierras indígenas de la Octava y Novena regiones, donde cientos de familias del pueblo mapuche pehuenche -que vivían en el lugar- se opusieron a la construcción de la central durante años y quienes finalmente terminaron cediendo a la edificación de dicha obra, luego de una potente mezcla de presión de las autoridades y de compensaciones de Endesa, la empresa detrás del proyecto, siendo relocalizados definitivamente en otros territorios. Este hecho, políticamente le costó al gobierno de esa época -de don Eduardo Frei Ruiz-Tagle- la ruptura definitiva con el pueblo mapuche, con el cual se había iniciado un nuevo vínculo a comienzos de la transición, a partir del acuerdo de Nueva Imperial en 1989 y la promulgación de la Ley Indígena en 1993⁵⁹.

También tenemos en la actualidad la violencia contra niños y niñas mapuche, debido a las acciones que la fuerza policial realiza casi en forma habitual en las comunidades indígenas del sur, generando importantes daños físicos y psicológicos en ellos, quienes han sido golpeados en medio de allanamientos practicados en sus respectivas comunidades, y que han visto cómo detienen, golpean y maltratan a sus familias. Ello ha llevado a que el

⁵⁹ URQUIETA H., Claudia. 2013. La deuda del Estado y Endesa con los pehuenches de Ralco. [en línea]. El Mostrador. 30 de Diciembre de 2013. <<http://www.elmostrador.cl/pais/2013/12/30/la-deuda-del-estado-y-endesa-con-los-pehuenches-de-ralco/>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), a partir de 2011, incluyera en sus informes anuales el tema de la infancia mapuche vulnerada⁶⁰.

De igual forma encontramos, las prácticas discriminatorias y el tratamiento desproporcionado en procedimientos y sentencias para delitos cometidos por comuneros mapuche. Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el año 2104, condenó por primera vez al Estado de Chile por violaciones a los derechos humanos cometidas contra integrantes del pueblo mapuche. Este hecho es realmente significativo ya que su referencia da cuenta de hechos atentatorios contra los derechos humanos en relación a sentencias dictadas entre los años 2013 a 2014 empleando la Ley N°18.314, la que determina conductas terroristas y fija su penalidad⁶¹.

En este escenario, podemos deducir que aún queda mucho por hacer. A la fecha, se ha concluido por el gobierno un proceso -no exento de críticas⁶²-

⁶⁰ De acuerdo a lo declarado por la directora del INDH, Lorena Frías “desde 2013 a 2014, el INDH ha interpuesto cinco recursos de amparos”. La propia Frías puntualizó que “las fuerzas especiales entran a las comunidades “no siempre premunidos de una orden judicial” y que este ingreso supone “altos niveles de violencia que involucran a niños y niñas que han sido objeto de lesiones con perdigones y balines de metal”. Particularmente en la zona de Ercilla se han verificado los mayores niveles de violencia contra los niños, hecho que ha sido denunciado públicamente por organizaciones de comunidades mapuche como la Alianza Territorial Mapuche (ATM) en diversos comunicados. FUNDACIÓN FELIPE HERRERA y POLITICA INDIGENA. [s.a.] El Pueblo mapuche y los derechos humanos en Chile. [en línea] <<http://www.politicaindigena.org/pdf/El%20Pueblo%20mapuche%20y%20los%20derechos%20humanos%20en%20Chile.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág.2.

⁶¹ *Ibíd.* Pág.7.

⁶² En este sentido ver las opiniones de:

a) MILLALEO, Salvador. 2015. ¿Políticas o Derechos Indígenas? Una consulta por favor. [en línea]. El Quinto Poder. 3 de Febrero de 2015. <<http://www.elquintopoder.cl/ciudadania/politicas-o-derechos-indigenas-una-consulta-por-favor/>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

de consulta indígena que persigue la creación de un Ministerio de Asuntos Indígenas y del Consejo o Consejos de Pueblos Indígenas⁶³. Se ha aprobado también, por el Congreso Nacional, con fecha 28 de enero de 2015, el proyecto de ley que crea el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género⁶⁴, sin haberlo sometido a consulta previa, igual situación ha ocurrido con el Proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas⁶⁵, actualmente en tramitación. Todo lo anterior, a nuestro entender, coloca al país nuevamente en un contexto donde los pueblos indígenas parecen ser, más bien, meros espectadores que protagonistas de los asuntos que los afectan.

Quizás, sea por lo anterior, y por la historia en sí misma, que en la actualidad dichos pueblos sienten su cultura y sus formas de vida, de una u otra forma, aún amenazadas, viéndose a sí mismos como víctimas de un proceso histórico que vulneró y vulnera sus derechos, situación desventajada que los impulsa hoy en día a reivindicar la identidad que les fue ahogada durante el

b) QUILALEO, Fernando.2015. Procesos de Consulta Indígena: consistencia y legitimidad. [en línea]. Análisis Informativo. Domingo 8 de Febrero de 2015. <<http://www.anin.cl/nota/67/3965/procesos-consulta-indigena-consistencia-y-legitimidad>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁶³ Para mayor información ver el sitio web:

MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Gobierno de Chile [s.a.] Convocatoria Consulta Indígena. [en línea]. <<http://www.consultaindigenamds.gob.cl/Convocatoria.html> >. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁶⁴ SENADO, REPÚBLICA DE CHILE. 2015. Boletín N° N°9287-06, visto en Comisión. [en línea].<<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁶⁵SENADO, REPÚBLICA DE CHILE. 2015. Boletín N° N°9404-12, visto en Comisión. [en línea] <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

proceso de constitución del Estado nacional⁶⁶ y los lugares con los que ella está atada; algunos –quizás- con el afán de desconocer los vínculos que poseen con la nación chilena, otros –posiblemente- con el propósito de integrarse plenamente a ella desde lo que ellos son, desde lo que han llegado a ser⁶⁷.

Como hemos podido apreciar del contexto histórico expuesto, las relaciones de los pueblos indígenas con el Estado de Chile han sido -desde siempre- dolorosas y pobladas de injusticias y violencia estructurales para aquellos, además de no contar con el reconocimiento que como pueblos se merecen. Esto es un hecho que nos parece indubitable, ya que se trata de una historia de más de dos siglos, constituida por actitudes de exclusión e invisibilización, que no son ni serán fáciles de resolver a corto plazo⁶⁸.

C.4.1. Derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas en Chile.

Previo a analizar el marco normativo internacional y nacional que regula el derecho a la consulta previa, se hace necesario precisar que, tanto éstos

⁶⁶ COMISIÓN DE VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. Ob. Cit. (nota 18). Pág. 26.

⁶⁷ QUILALEO, Fernando. 2013. Autonomistas y Participacionistas. El Pensamiento Político Mapuche Actual. [en línea]. Pensamiento Político Indígena. Espacio de reflexión política indígena. Jueves 17 de Junio de 2013. <<http://kilaleo.blogspot.com/2013/06/autonomistas-y-participacionistas-el.html>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁶⁸ NAMUNCURA, Domingo. 2014. Dilemas, desafíos y oportunidades para la política indígena en Nuevo Trato. En: ¿CHILE INDÍGENA? Desafíos y Oportunidades para un Nuevo Trato. 2014. Por Braulio Cariman Linares "et al". Santiago, Ediciones y Publicaciones El Buen Aire S.A. Pág. 33.

como la jurisprudencia y la doctrina internacional, reúnen el conjunto de derechos y principios de los pueblos indígenas en cuanto a derechos individuales y colectivos que debiesen respetarse en nuestro país. Entre los primeros tenemos el que son titulares de todos los derechos humanos, incluyendo los derechos políticos y el derecho a la nacionalidad en el Estado dentro del cual habitan, por mencionar algunos. En el segundo caso, en cuanto a los derechos colectivos, podemos reunirlos en tres categorías:

1. Derechos colectivos a la libre determinación o a un estatus político de una autonomía tal que permita a estos pueblos afirmar y preservar su identidad, autogobernarse en importante medida, incluyendo la administración de justicia en ciertas materias, de acuerdo a sus propias costumbres ancestrales, y decidir o participar en la elaboración y ejecución de estrategias y planes de desarrollo para su comunidad.
2. Derechos colectivos a la tierra y recursos naturales, comprendiéndose entre estos últimos los recursos pesqueros y del subsuelo, así como la protección del medio ambiente y de la biodiversidad de sus territorios.
3. Derechos relativos a la conservación y desarrollo de su cultura, lo que incluye, entre otros aspectos, el uso, preservación y/o difusión de su historia, idiomas, tradiciones, filosofías y religiones, medicina tradicional, artes y deportes.

A lo anterior, debe agregarse el derecho que tienen los pueblos indígenas a contar con los medios para financiar sus funciones autónomas y que deben ser consultados en materias de leyes, políticas públicas y medidas gubernamentales que puedan afectar tales derechos⁶⁹.

Ahora bien, en Chile muchos de los derechos indicados no están reconocidos en el ordenamiento jurídico, por esta razón durante la segunda mitad de la década de los ochenta, en forma coincidente con el ocaso del gobierno militar, las organizaciones más representativas de los pueblos originarios, levantaron un conjunto de demandas para proteger sus derechos, en particular el derecho a la tierra y la exigencia del establecimiento de una nueva relación con el Estado. Recordemos en este punto que los derechos de los pueblos originarios han sido vulnerados reiteradamente desde la época de la conquista, y que, a la fecha del regreso a la democracia, sus consagraciones legales se encontraban en la incertidumbre por parte del nuevo gobierno chileno en formación.

Entre los ejes centrales de las demandas, que se mantienen hasta el día de hoy, destacan el reconocimiento de la diversidad cultural y de un Estado plurinacional; la participación de sus representantes en la conducción de la

⁶⁹ ZALAUQUETT DAHER, José. 2008. La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Los Pueblos Indígenas. [en línea]. Anuario de Derechos Humanos N° 4, 2008. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. <<http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13508/13774>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág.140.

política indígena del Estado; la protección legal de sus tierras y aguas; el otorgamiento de tierras fiscales o de tierras particulares adquiridas por el Estado con el objeto de poner fin al proceso histórico de reducción de sus comunidades y permitir la ampliación de sus tierras; así como lograr el apoyo al desarrollo económico y cultural de sus pueblos y comunidades.

En la actualidad, y en lo referente al presente trabajo, es preciso indicar que a casi seis años de la entrada en vigencia en Chile del Convenio 169 de la OIT, el más importante instrumento internacional que consagra derechos a favor de los pueblos originarios, su puesta en marcha ha estado marcada por complejidades, especialmente en materia de aplicación de la consulta y participación indígena.

C.4.2. Relación actual de los pueblos originarios con los municipios.

El municipio es hoy un órgano relevante en la aplicación de políticas estatales relacionadas con la temática indígena. En la actualidad, "esta institución es responsable de la gestión de la educación pública municipal, la atención de salud primaria, los servicios de aseo, el cuidado y la inversión en parte de la infraestructura comunal (como parques, áreas verdes, bibliotecas, lomos de toro, sedes vecinales y más), la planificación del desarrollo comunal y

el plan regulador, entre otras políticas dependientes del municipio. Es también un pilar fundamental de la asistencia del Estado para la superación de la pobreza y cubre un sinnúmero de necesidades cotidianas de la población, como la asistencia social a familias en casos particulares (pérdidas materiales, cesantía prolongada y otros problemas no cubiertos formalmente por ninguna política pública)⁷⁰. En este sentido, podemos afirmar que los municipios constituyen el primer nivel al que acude la ciudadanía en caso de solicitudes, quejas o conflictos con autoridades e incluso con privados, sin escapar de esta realidad los pueblos originarios de Chile.

No obstante la situación expuesta, y recapitulando un poco sobre la relación histórica de los pueblos indígenas y el Estado chileno, no debemos olvidar que ella ha sido dominada por relaciones asimétricas, la cual ha impactado en la forma en que el Estado presenta sus políticas de intervención hacia los pueblos originarios a través de los municipios, así como la forma que los pueblos indígenas las perciben. El Estado, en general, caracteriza su intervención, sin reflexionar sobre los impactos en los pueblos indígenas, como

⁷⁰ FUNDACIÓN DECIDE: DEMOCRACIA PODER Y TERRITORIO.2013. Hacia una democracia participativa. Análisis de la participación ciudadana a nivel municipal. [en línea]. Santiago, Chile. Fundación Decide Democracia Poder y Territorio. <http://santiago.ulagos.cl/doc/Hacia_una_democracia_participativa-DECIDE2013.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 22.

positiva; en contraste, los pueblos indígenas han percibido dicha intervención como una violación de su historicidad, su territorio y forma de vida⁷¹.

Ahora bien, es claro que dentro de esta realidad, los municipios son el primer escalón al que los pueblos originarios pueden concurrir dentro del entramado institucional del Estado, en busca de soluciones a problemas que se les presentan y/o en busca de beneficios; lamentablemente las respuestas de las municipalidades ante estos requerimientos muchas veces no son las óptimas, al no estar enfocada la política pública municipal a las reales necesidades de las personas indígenas que habitan en la comuna, ni al estar los funcionarios municipales lo suficientemente capacitados en materias relacionadas a los pueblos indígenas⁷².

⁷¹ FIGUEROA HUENCHO, Verónica. 2009. Desarrollo indígena y políticas públicas: Una difícil relación para una convivencia multicultural. [en línea]. Docencia N° 37. Mayo 2009. <<http://www.revistadocencia.cl/pdf/20100730182845.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Páginas 12 y siguientes.

⁷² Es así, por ejemplo, que de acuerdo a lo señalado por doña Diva Millapán, Encargada de la Oficina de Asuntos Indígenas de la Ilustre Municipalidad de Santiago y Consejera Presidencial de la CONADI, los funcionarios de esa comuna no manejan el tema de la consulta previa, toda vez que todo lo relacionado con los indígenas es incipiente. Es más, su oficina partió recién en el año 2013.

Lo anterior, en el marco de entrevistas realizadas para el presente trabajo, las cuales constan en anexos N° 1 al N° 8. Para obtener mayor información de esta entrevista ver Anexo N° 3.

En el mismo sentido don Mauricio Llaitul Acum, Dirigente de la Asociación Indígena Tripay Antu de Maipú y Encargado de la Unidad de Pueblos Indígenas en el Ministerio de Bienes Nacionales, quien al preguntársele si pensaba que las municipalidades están preparadas para enfrentar eventuales procesos de consulta previa y en general lo que es el convenio, respondió que: "Yo creo que las municipalidades deben prepararse a propósito de lo que mencionas, no creo que las municipalidades estén 100% preparadas porque no creo que existan profesionales preparados al 100% en la temática indígena para entender todo lo que conlleva, porque la situación en los pueblos indígenas es una situación de derecho pero también de hecho y de reconocimiento cultural, como pueblos, como cultura". Ver Anexo N° 5.

Lo previamente expuesto fue reafirmado por doña Minda Bustamante, abogada peruana experta en temática indígena y asesora de comunidades indígenas en Chile, en la entrevista realizada en el marco de este trabajo, quien nos dijo que "(las municipalidades) desconocen el Convenio 169 y de hecho una de las

Es por ello que hoy día encontramos que, en diversas comunas del país, articulaciones indígenas están interviniendo las políticas públicas de los municipios, formándose progresivamente espacios de incipientes participaciones en tomas de decisiones sobre quehaceres relacionados a los intereses de estos pueblos. Como ejemplo de esto, tenemos las propuestas de establecer ordenanzas y resoluciones oficiales de los Alcaldes y de los concejos municipales tendiente a la protección de las tierras, como ocurre en los municipios de Melipeuco y Curarrehue; la incorporación del mapudungun como

inquietudes que yo tuve dentro de mi participación en la mesa de consenso fue precisamente esa. Me parece muy valioso el trabajo que ellas hacen, porque la institucionalidad pública o estatal que está más cercana a los pueblos indígenas son las municipalidades, que se encargan de los temas de educación, salud, etc. y que no tengan un conocimiento del Convenio y de que de ellos mismos pueden aplicarlo directamente es un poco triste". De igual forma, respecto de los funcionarios municipales señaló que "(...) no saben mucho (del Convenio 169), yo hace poco estuve en Puerto Williams, donde está el pueblo Yagán y supuestamente los funcionarios municipales debían conocer más sobre el pueblo Yagán, sobre la normativa de la consulta, pero lo que me contaron los dirigentes del pueblo Yagán es que hay un desconocimiento grande no solamente de los funcionarios municipales, sino que de todos los organismos del Estado, ya que no les respetan sus derechos, los han trasladado en distintas ocasiones, la Armada también les pasa a llevar sus derechos". Anexo N° 4.

Adicionalmente, existen municipalidades en nuestro país donde sus funcionarios no prestan un comportamiento adecuado a su población indígena, tal como nos expresó doña Elisa Millanao, Presidenta de la Comunidad Indígena Jerónimo Melillán, Sector Tromén Alto, Comuna de Temuco, IX Región de la Araucanía, en la entrevista realizada con fecha 21 de Enero de 2015, al decir que "es malo el trato que recibimos nosotros de los funcionarios municipales. Porque nosotros, por ejemplo, dependemos de los camiones aljibes, nosotros no tenemos agua. Van a dejar agua cada veinte, cada quince días. Entonces cuando nosotros llamamos y preguntamos ¿qué pasa con el agua? ¿cuándo nos van a venir a dejar agua? nos dicen: "se aguantan no más"...malo el trato". Anexo N° 1.

Finalmente, y para profundizar sobre los avances -que en este sentido- se han tratado de implementar en la Región de la Araucanía, recomendamos leer :
DE LA MAZA, Francisca. 2012. Etnografía de las prácticas sociales y negociaciones en la política indígena actual, Araucanía-Chile. [en línea]. Revista Austral de Ciencias Sociales. On-line ISSN 0718-1795. <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071817952012000100005&lng=es&nrm=iso>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

idioma co-oficial de la Municipalidad de Galvarino⁷³; el izamiento de la bandera mapuche en diversas comunas del país⁷⁴, y la instauración de procedimientos de consulta comunitaria sobre distintas temáticas de desarrollo indígenas (PLADECO, Plan Regulador, etc.), entre otras materias^{75 76}.

⁷³ MUNICIPALIDAD DE GALVARINO. 2013. Galvarino es la primera comuna de Chile en establecer dos idiomas Oficiales el Mapudungun y el español. [en línea]. Municipalidad de Galvarino. 7 de Agosto de 2013. <<http://www.galvarinochile.cl/webv2/?p=9806>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

MUNICIPALIDAD DE GALVARINO. 2014. Contraloría General de la República autoriza el Uso del Mapudungun en Galvarino. [en línea].Municipalidad de Galvarino. 30 de Junio de 2014. <<http://www.galvarinochile.cl/webv2/?p=11132> >. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁷⁴ PALOMERA, Fredy. 2011. Padre Las Casas decreta izamiento de bandera mapuche. [en línea]. La Tercera. Viernes 11 de Noviembre de 2011. <<http://diario.latercera.com/2011/11/11/01/contenido/pais/31-90004-9-padre-las-casas-decreta-izamiento--de-bandera-mapuche.shtml>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

MUNICIPALIDAD DE FUTRONO. 2014. Alcaldesa firmó decreto que ordena izamiento de bandera Mapuche Williche en actos municipales de Futrono. [en línea]. Diario Laguno.cl. 24 de Junio de 2014. <<http://www.diariolaguno.cl/noticia/cultura-y-deporte/2014/06/Alcaldesa-firmo-decreto-que-ordena-izamiento-de-bandera-mapuche-williche-en-actos-municipales-de-futrono>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁷⁵ CHILE. Corte Suprema de Justicia. Rol N°258/2011. Sentencia de 13 de Julio de 2011. [en línea]. <http://indigenousnews.org/wp-content/uploads/2011/07/Rol_258-2011_CorteSuprema_13julio2011.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁷⁶ Debemos indicar que los mencionados casos serán abordados en el punto 4.3 del capítulo IV del presente trabajo.

CAPITULO I

CONTEXTO: MARCO INTERNACIONAL

Habiendo establecido en el capítulo preliminar una noción de lo que se entiende por "pueblos indígenas", y la situación jurídica actual que viven los mismos en el plano internacional y nacional, corresponde proceder, de modo introductorio, y a fin de proporcionar un contexto general que permita al lector comprender que es el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, así como sus orígenes y las entidades internacionales atinentes a él, con la descripción del único organismo internacional que, hasta la fecha, ha establecido normas vinculantes tendientes a resguardar los derechos de estos pueblos: la Organización Internacional del Trabajo.

Luego, se expondrá sobre el último convenio adoptado por dicho organismo en relación directa con la protección de los derechos de los pueblos originarios, esto es, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. De los derechos consagrados por este convenio, se proseguirá con el análisis específico del derecho a la consulta previa, su contenido, la opinión que tienen de él los pueblos originarios, y su distinción respecto del derecho a la participación.

Posteriormente, hablaremos de los conceptos y funciones de dos entidades del sistema de las Naciones Unidas atinentes al marco regulatorio

internacional y protector de los derechos indígenas, además de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Igualmente, se indicarán los organismos internacionales y las formas a través de las cuales se pueden exigir los derechos consagrados en el Convenio 169, en este último punto hablaremos sobre la Organización Internacional del Trabajo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Asimismo, se procederá a señalar también el cargo de Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, vinculado a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Finalmente, nos referiremos respecto a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, señalando sus principales aspectos, problemáticas planteadas, y el derecho a la consulta previa.

1.1. Organización Internacional del Trabajo y su rol en temáticas indígenas.

Antes de profundizar sobre el Convenio 169 y los derechos que establece a favor de los pueblos indígenas, específicamente el derecho a la consulta previa, es necesario repasar los objetivos y la estructura básica del organismo internacional en donde dicho tratado encuentra su origen.

La OIT es la institución mundial responsable de la elaboración y supervisión de las normas internacionales del trabajo. Es la única agencia de las Naciones Unidas de carácter tripartito, es decir, conformada por tres partes, ya que cuenta con representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores, quienes participan conjuntamente en la elaboración de sus políticas y programas, así como en la promoción del trabajo digno⁷⁷.

Fue fundada el 11 de abril de 1919 en virtud del Tratado de Versalles. Su órgano supremo es la Conferencia Internacional del Trabajo y su órgano ejecutivo es el Consejo de Administración, este último, toma decisiones sobre políticas de la OIT y establece su programa y su presupuesto; también elige un Director General. Su sede central se encuentra en Ginebra (Suiza) y no tiene potestad para sancionar a los gobiernos⁷⁸.

El mandato de la OIT es la promoción de la justicia social y los derechos laborales y humanos reconocidos internacionalmente. Desde su creación, la discriminación y la explotación de los pueblos indígenas inspiraron directamente a este organismo para la adopción de normas laborales, tales como el Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930. Recordemos que, desde

⁷⁷ OTERO RUIZ, Alejandra. 2012. Manual de Orientación sobre el Convenio 169. Conceptos, derechos y herramientas de exigibilidad. Santiago. Ediciones Universidad Diego Portales. Pág. 48

⁷⁸ Para mayor información ver página web de OIT: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). [en línea]. <<http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>> [consulta: 18 de Marzo 2015].

principios de 1921, la OIT comenzó a investigar los trabajos forzados a los que eran sometidas las “poblaciones nativas” de las colonias europeas de ultramar⁷⁹.

Como organismo especializado del Sistema de Naciones Unidas, la OIT examinó más detenidamente la situación de los trabajadores indígenas, para abordar cuestiones relacionadas con los pueblos indígenas y tribales en general, y de 1952 a 1972 dirigió un programa de desarrollo multidisciplinario entre organismos –el programa relativo a los indios andinos– que se calcula asistió a más de 250.000 personas. Poco después de iniciarse dicho programa, por iniciativa de otros organismos del Sistema de las Naciones Unidas y gracias a su participación, la OIT empezó a trabajar en el Convenio N° 107 sobre poblaciones indígenas y tribales, que se adoptó en 1957. Ese fue el primer tratado internacional adoptado en ese ámbito, y finalmente lo ratificaron 27 países, la mayoría de los cuales eran de América, pero también de Asia Meridional y de distintos países africanos. Este primer instrumento jurídico internacional sobre los pueblos indígenas, si bien promovía sus derechos, lo

⁷⁹ ORIAS ARREDONDO, Ramiro. 2008. Los pueblos indígenas en el derecho internacional: La cuestión de la libre determinación. [en línea] Bolivia. Umbrales, N°17. CIDES, Postgrado en Ciencias del Desarrollo, UMSA, Universidad Mayor de San Andrés. <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/bolivia/cides/umbrales/umbrales/orias.rtf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 3.

hacía desde una perspectiva que busca la asimilación de éstos en el Estado, diluyendo sus identidades dentro las sociedades mayoritarias"⁸⁰.

Así, si tomamos algunas de sus disposiciones, encontramos párrafos que dicen, por ejemplo: Este convenio es aplicable “a los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional”. Por lo que, “con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países”... “se deberá tener en cuenta el grado de evolución cultural de dichas poblaciones” así como sus “dificultades de la adaptación”... “a los métodos modernos de producción y comercio...”

Con el paso de los años y la evolución de la opinión pública, algunos puntos débiles del Convenio N°107 –como los señalados– empezaron a llamar la atención. "Entre los aspectos más discutibles figuraba el supuesto de que la integración a la sociedad nacional mayoritaria era el único futuro posible para los pueblos indígenas y tribales. Asimismo, que todas las decisiones relacionadas con el desarrollo correspondían sólo al Estado y no a los propios pueblos que podían verse afectados por ellas. Con la creciente toma de conciencia por parte de los pueblos indígenas durante los decenios de los años sesenta y setenta, y con la participación creciente de las organizaciones

⁸⁰ Ibid.

indígenas en el plano internacional, estos supuestos empezaron a ser cuestionados. Durante el decenio de 1970, las Naciones Unidas comenzaron a estudiar más detalladamente cuestiones relacionadas con los pueblos indígenas y tribales y, al mismo tiempo, los pueblos indígenas empezaron a organizarse a escala internacional. Surgió entonces la necesidad de actualizar el Convenio 107.⁸¹ Dicho Convenio sigue todavía en vigor en 17 países, en los que se usa como instrumento para garantizar ciertos derechos mínimos. Sin embargo, ha quedado cerrado a nuevas ratificaciones desde la entrada en vigor del Convenio N° 169⁸².

En 1986, ante el cambio de paradigma señalado en el mundo indígena, una Comisión de Expertos, convocada por el Consejo de Administración de la OIT, concluyó que "el enfoque integracionista del Convenio era obsoleto y que su aplicación era prejudicial en el mundo moderno". Como consecuencia de ello, la OIT inició la revisión del Convenio N° 107 y finalmente adoptó el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en 1989⁸³.

La conclusión a la que arribó la comisión de expertos quedó plasmada en el preámbulo del Convenio 169, el cual establece que "(...) la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación

⁸¹ *Ibid.*

⁸² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), DEPARTAMENTO DE NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO. Ob. Cit. (nota 4). Pág. 4

⁸³ *Ibid.*

de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores".

Ahora bien, como todo instrumento internacional, dichos convenios son el fruto del esfuerzo de muchas delegaciones representantes de diversos estados, así como de los cuerpos asesores de éstas, en conjunción con importantes dictámenes emitidos por órganos asesores de Naciones Unidas y de sus Organismos Especializados.

El Convenio 169, es a la fecha, tal como veremos en el apartado siguiente, el más completo instrumento internacional, vinculante para los Estados que lo han ratificado, en relación al reconocimiento internacional de los derechos de los pueblos indígenas.

"El antecedente más inmediato lo constituye, como ya se indicó, el Convenio 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, del 5 de julio de 1957, que acorde con su época, mantiene un tono paternalicio hacia las poblaciones indígenas al preconizar la teoría, ya superada, de la integración social de dichos pueblos; es decir, la asimilación o incorporación de las culturas de éstos a los patrones occidentales"⁸⁴. En tanto, que mediante el Convenio

⁸⁴ ROHRMOSER VALDEAVELLANO, Rodolfo. 2006. La Operatividad del Convenio 169 de la OIT en el derecho interno guatemalteco. [en línea]. Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr4.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 779.

169 se promueve el respeto a la individualidad de estos pueblos, sus costumbres y tradiciones, pero estableciendo el goce y ejercicio de los mismos derechos que posee el resto de la población. Se trata, pues, de un instrumento inspirado en el respeto a las diversas culturas, sus formas de vida y la organización tradicional de los pueblos indígenas, estableciendo al propio tiempo los mecanismos adecuados para hacer efectivos tales derechos ante los ordenamientos jurídicos locales.

1.2. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

En consideración de la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo -como los indicados en el numeral precedente y en los último párrafos de las letras C.3 y C.3.1. del capítulo preliminar-, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, con fecha 27 de junio de 1989, estimó aconsejable adoptar un nuevo convenio internacional que estableciera normas en la materia relacionada con los pueblos indígenas, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores, contenidas en el Convenio N° 107 de 1957.

De esta manera, se dio vida jurídica al Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el cual es un tratado internacional adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 76ª reunión en 1989, en cooperación con el sistema de las Naciones Unidas, que refleja el consenso logrado por los mandantes tripartitos de la OIT en relación con los derechos de los pueblos indígenas y tribales dentro de los estado en los que viven y las responsabilidades de los gobiernos de proteger estos derechos. El Convenio se fundamenta en el respeto a las culturas y las formas de vida de los pueblos indígenas y reconoce sus derechos sobre las tierras y los recursos naturales, así como el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo. El objetivo del Convenio es superar las prácticas discriminatorias que afectan a los pueblos y hacer posible que participen en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas⁸⁵.

El Convenio cubre, además, una amplia gama de cuestiones relativas a los pueblos indígenas, que incluyen el empleo y la formación profesional, la educación, la seguridad social y la salud, el derecho consuetudinario, las instituciones tradicionales, las lenguas, las creencias religiosas y la cooperación a través de las fronteras.

⁸⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), DEPARTAMENTO DE NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO. Ob. Cit. (nota 4). Pág.1.

Ahora bien, el Convenio, al ser un tratado internacional, adquiere carácter obligatoria para los Estados en virtud de su ratificación⁸⁶, pero más allá de su fuerza vinculante, es un punto de referencia internacional, citado y utilizado por los órganos de la ONU, órganos regionales de derechos humanos y tribunales nacionales, tal como quedará demostrado a lo largo de esta memoria.

Es así, como “el Convenio 169 ha inspirado numerosas políticas de desarrollo y medidas de protección, y también marcos legislativos nacionales. La decisión de ratificar el Convenio 169, como cualquier otro convenio internacional del trabajo, es una decisión soberana y voluntaria de los Estados. Dicha decisión culmina a menudo en un largo proceso de diálogo entre el Gobierno, los pueblos indígenas, las organizaciones de trabajadores y las organizaciones de empleadores, así como con otros sectores de la sociedad. Los Estados ratificantes tienen la obligación de aplicar el Convenio de buena fe, en la legislación y en la práctica, y asegurar que los pueblos indígenas sean consultados y puedan participar en el proceso. Esto implica que los Estados deben revisar y adaptar la legislación, las políticas y los programas a lo estipulado en el Convenio, y garantizar que se alcancen en la práctica los

⁸⁶ La Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, en su numeral 2, letra b), prescribe que debe entenderse por Ratificación “el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado”, y su numeral 26 establece el principio “Pacta sunt servanda”, por el cual “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

resultados previstos, incluyendo la eliminación de las diferencias socioeconómicas entre los sectores indígenas y no indígenas de la sociedad”⁸⁷.

Cabe tener presente que para algunos de los países ratificantes el Convenio adquiere fuerza de ley desde su ratificación y puede invocarse ante los tribunales nacionales, los cuales pueden aplicar directamente sus disposiciones, como ocurre en nuestro país con las normas sobre consulta y participación, lo cual analizaremos en el punto 2.2.2 del capítulo II. Sin embargo, incluso en aquellos países en los que los tratados se aplican directamente, se necesitan, por lo general, disposiciones legislativas específicas para garantizar la aplicación efectiva del Convenio.

Entre las directrices fundamentales del Convenio, encaminadas a lograr en los países un sistema de gobierno democrático y de desarrollo incluyente, encontramos los principios de consulta y participación, los cuales lo impregnan y se expanden internacionalmente a través de sus disposiciones. En este orden de ideas, estos principios fundamentales constituyen la piedra angular del Convenio, y si bien son objetivos importantes por sí mismos, son también el medio por el cual los pueblos indígenas pueden participar plenamente en la adopción de las decisiones que les afectan.

⁸⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), DEPARTAMENTO DE NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO. Ob. Cit. (nota 4). Pág. 5

1.2.1. El Derecho a la consulta previa.

1.2.1.1. ¿Por qué se denomina “derecho a la consulta previa”?

Mientras que el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se refieren a la consulta como una obligación o deber de los Estados, entre actores institucionales, pueblos indígenas y los que abogan por ellos, se ha venido hablando cada vez más, con total convicción, del derecho de estos pueblos a ser consultados⁸⁸. Ello, en razón de que dichos instrumentos internacionales establecen la consulta previa como una forma específica de participación de los pueblos originarios⁸⁹, y en virtud de sus disposiciones, contenidas concretamente en los artículos N° 6 del Convenio y N° 19 y 32 de la Declaración, varios ordenamientos jurídicos, especialmente los latinoamericanos⁹⁰, han reconocido a la consulta previa como

⁸⁸ En este sentido ver: INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANO (INDH).2011. El deber de consulta a los pueblos indígenas. [en línea]. <<http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/110/derecho-consulta-pueblos-indigenas.pdf?sequence=1>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

De igual parecer son distintas personalidades que trabajan en el ámbito indígena en nuestro país, como don Salvador Millaleo (abogado, doctor en sociología y profesor asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile) y doña Minda Bustamante (abogada peruana y asesora de comunidades indígenas en Chile), de acuerdo a entrevista realizada para efectos de la presente memoria. Anexo N° 2 y Anexo N° 4, respectivamente.

⁸⁹ Ver capítulo I, punto 1.2.1.6.

⁹⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-154/2009 12 de marzo de 2009: “4. La consulta previa es un proceso mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades respectivas de los grupos étnicos y a las comunidades implicadas, directamente la participación y el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que participativamente sean identificados los

una forma especial del derecho a la participación, orientada a garantizar los derechos de los pueblos indígenas en el marco de los procesos de toma de decisiones estatales que los afecten.

De igual manera, en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales de países latinoamericanos -tal como lo veremos en el capítulo VI-, la consulta previa ha sido definida como un deber del Estado de carácter constitucional, cuyo objetivo consiste en asegurar o habilitar una verdadera protección de los derechos esenciales de los pueblos indígenas, que a su vez constituye una forma de garantizar la supervivencia de dichos pueblos, sus culturas y sus cosmovisiones. Resaltando también dichos pronunciamientos que la consulta previa es una forma específica del derecho a la participación⁹¹.

En este sentido, la Corte Suprema de nuestro país ha fallado en sentencia Rol N° 11.040-2011, de fecha 30 de Marzo de 2012, que "conviene dejar consignado que el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la

impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, buscando salvaguardar la integridad étnica, cultural, social y económica de los pueblos indígenas y tribales que habitan en nuestro país. Para alcanzar este objetivo, la participación activa y efectiva de las comunidades es clave para la toma de las decisiones que deban ser adoptadas, acordadas o concertadas en la medida de lo posible. [...]" Texto citado en GALVIS PATIÑO, María Clara y RAMÍREZ RINCÓN, Ángela María. 2013. Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria. [en línea]. Estados Unidos de América. Fundación para el Debido Proceso. <http://dplf.org/sites/default/files/digesto_indigenas_web_final.pdf>. [Consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 79.

⁹¹ Ibid. Pág. 76.

Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible. De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados (considerando quinto)".

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-461 de 2008, de fecha 14 de Mayo de 2008, ha fallado que "los procesos de consulta previa son manifestaciones del derecho fundamental a la participación de los pueblos indígenas, que se encuentran expresamente reguladas por el derecho internacional y la Constitución Política dentro de un marco jurídico fuertemente garantista (punto 6.3.1.)".

“Así, la consulta previa se ha erigido en un régimen especial y específico de participación para los pueblos indígenas, según el cual las autoridades estatales que tengan a su cargo la toma de decisiones que puedan afectar directamente los derechos de estos pueblos deban, por una parte, realizar todas las gestiones necesarias y suficientes para poner en conocimiento de dichos pueblos las características y consecuencias de la decisión que se prevé tomar y, por otra, generar las condiciones que permitan

que los pueblos tengan una oportunidad real de interlocución con las agencias estatales correspondientes, con el fin de obtener el consentimiento de aquellos o llegar a un acuerdo con ellos, antes de adoptar una decisión que pueda afectar de manera directa sus derechos como personas y como pueblos”⁹².

Es importante recordar, sin embargo, que este derecho corolario de consulta, tal como se plantea en los instrumentos y jurisprudencia internacionales, no es un derecho aislado o independiente. Más bien la norma de consulta, con su principio conexo de consentimiento libre, previo e informado, se presenta en el derecho internacional como una salvaguarda para el conjunto de derechos sustantivos de los pueblos indígenas que pueden ser afectados por las decisiones administrativas o legislativas de los estados. Por lo tanto, siempre y cuando surge la cuestión de la consulta en situaciones puntuales, debe de haber un enfoque específico en los derechos sustantivos de los pueblos indígenas que podrían verse afectados por la medida a ser consultada. Con este enfoque en derechos, se aclaran la pertinencia de la consulta, el asunto a ser consultado, y el objeto del consentimiento o los acuerdos que deberían resultar de la consulta⁹³.

⁹² *Ibíd.* Pág. 65.

⁹³ ANAYA, S. James. 2013. El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del Derecho Internacional. [en línea]. *En:* CONFERENCIA EN EL EVENTO El rol de los Ombudsman en América Latina: El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas. 25 de Abril de 2013. Lima, Perú. <<http://unsr.jamesanaya.org/esp/declaraciones/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>>.[consulta: 18 de Marzo de 2015].

1.2.1.2. La consulta previa como un derecho fundamental.

De conformidad a lo señalado por el profesor Jorge Contesse Singh⁹⁴, la norma del artículo 6° del Convenio 169, que contiene la consulta previa, vale en el ámbito interno de nuestro país porque forma parte de un tratado internacional que ha sido ratificado por Chile, de acuerdo con los procedimientos constitucionales contemplados expresamente para ello. Luego, esta norma "en tanto forma parte de un tratado que contiene derechos fundamentales que se asignan a un sujeto particular -los pueblos interesados-, es de aquellas que caen bajo la cláusula del artículo 5, inciso 2, de la Constitución, vale decir, normas que limitan el ejercicio de la soberanía. En otras palabras, es una norma que forma parte de un tratado internacional sobre derechos humanos. Tal es, por lo demás, la opinión de órganos internacionales de protección de derechos humanos, que utilizan el Convenio para complementar interpretaciones con la de tratados base sobre derechos humanos, como acontece con la Corte Interamericana de Derechos Humanos"⁹⁵ ⁹⁶. Comparten esta opinión don Santiago Montt y don Manuel Matta⁹⁷.

⁹⁴ Profesor de derecho de la Universidad Diego Portales.

⁹⁵ EL CONVENIO 169 DE LA OIT y el Derecho Chileno. Mecanismos y Obstáculos para su implementación. 2012. Por Contesse, Jorge "et al". [en línea]. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales. <http://libredeterminacion.org/proldi/images/udp_convenio_digital.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 205.

No obstante lo anterior, algunos juristas nacionales sostienen que las normas del Convenio 169 no serían un tratado de derechos humanos, o bien, que aún no se ha demostrado que así sea. En el primer sentido, encontramos a don José Miguel Valdivia con su publicación denominada "Alcances jurídicos del Convenio 169"⁹⁸, y a don Rodrigo Correa en el "Informe sobre constitucionalidad Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, de la OIT"⁹⁹.

En el segundo sentido, podemos mencionar a don Lucas Sierra, quien al comentar el artículo del profesor Contesse denominado "El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT, Notas para su implementación en Chile", y al realizarse las siguientes preguntas ¿es el Convenio 169 un tratado de derechos humanos? ¿Es el derecho de consulta que ahí se consagra un derecho humano?, responde rotundamente que no, "tanto por razones de

⁹⁶ Se recomienda ver casos *Awas Tingni* (2001), *Saramaka* (2007) y *Xákmok Kásek* (2010).

⁹⁷ MONTT OYARZÚN, Santiago y MATTA AYLWIN, Manuel. 2011. Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile. [en línea]. Estudios Públicos. (verano de 2011). Centro de Estudios Público <http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4767_2889/rev121_SMontt_MMatta.pdf> [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 171.

⁹⁸ VALDIVIA, José Miguel. 2011. Alcances jurídicos del Convenio 169. [en línea]. Estudios Públicos (verano de 2011). Centro de Estudios Públicos. <http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4765_2887/rev121_JMValdivia.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 47

⁹⁹ CORREA, Rodrigo. 2002. Informe sobre constitucionalidad Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, de la OIT. En: Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, subcomisión de legislación. p.2. Citado por: MONTT OYARZÚN, Santiago y MATTA AYLWIN, Manuel. Ob. Cit. (nota 97).

moralidad política como de teoría democrática y por la redacción del mismo Convenio 169". Además, señala que no se debe olvidar que el artículo 34 del Convenio 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"¹⁰⁰.

Finaliza esgrimiendo estos últimos comentarios, "¿Qué tratado de derechos humanos tiene semejante cláusula? ¿Qué tratado de derechos humanos podría tener esa cláusula? Decir, por ejemplo, que dadas las condiciones propias del país el derecho a la integridad personal se determinará con "flexibilidad" para "adecuarse" a dichas condiciones. Es decir, si estas lo exigen, se podría torturar "un poco", "lo justo y necesario". Ningún tratado de derechos humanos que pudiéramos concebir seriamente podría tener esta cláusula de flexibilidad para su aplicación. Sería como decir "derechos humanos en la medida de lo posible". En este sentido, concebir el derecho de consulta como un "derecho esencial que emana de la naturaleza humana" es un error. La circunstancia fortuita del lugar y del tiempo en que se nace no debería determinar la naturaleza humana. Si existe tal cosa como la naturaleza humana, no podría depender de semejante albur".

¹⁰⁰ SIERRA, Lucas. 2010. Identidad e Igualdad. En: SIMPOSIO: DESAFÍOS y alcances de la implementación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile. Santiago. Anuario de Derechos Humanos 2010, Universidad de Chile. Pág. 54.

Sin perjuicio de las discusiones doctrinarias sobre el tema, el Tribunal Constitucional, en su fallo de fecha 4 de Agosto de 2000, no obstante haber desacreditado la tesis de rango constitucional del Convenio, sostuvo que sus normas tenían jerarquía de ley simple, a excepción del artículo 7 N° 1 oración segunda y del artículo 6 N° 1, letra a) y N° 2, que constituyen preceptos que modifican normas propias de leyes orgánicas constitucionales y, por ende, tienen el carácter de dicha clase de leyes. Lo anterior se confirma con el hecho que, al ejercer el control de constitucionalidad de las normas del Convenio, el Tribunal Constitucional sólo se pronunció respecto a las normas citadas.

Expuestas someramente las diferentes posturas que existen entre autores nacionales sobre si debe considerarse el derecho a la consulta previa como un derecho fundamental, sostenemos en el presente trabajo que la consulta previa sí corresponde a un derecho fundamental, porque de él depende la supervivencia futura de los pueblos indígenas, en atención a que es el único mecanismo que permite discutir medidas o proyectos que podrían cambiar para siempre la historia, el territorio, la organización y la cultura de dichos pueblos.

En esta línea de ideas, el profesor Salvador Millaleo, en entrevista otorgada a las memoristas, concuerda con la postura indicada al señalar que la consulta "es un derecho fundamental porque, en el fondo, es la aplicación del principio de autodeterminación de los pueblos indígenas a las relaciones

interculturales, en la medida que, agentes del Estado toman decisiones que afectan a los indígenas, esto, la autodeterminación de los pueblos indígenas funciona, como autodeterminación interna dentro del Estado, para que esas decisiones que afectan a los pueblos indígenas sean consultadas, entonces, es una derivación la consulta indígena como derecho del derecho fundamental de la autodeterminación". En el mismo sentido, la abogada Minda Bustamante al indicar "si, es un derecho fundamental y ello conlleva que se respete el real interés de los pueblos en un tema determinado que los pueda afectar"¹⁰¹.

1.2.1.3. ¿Qué es el derecho a la consulta previa?.

La consulta previa es aquel derecho que ha ingresado a nuestro ordenamiento jurídico a través de la ratificación del Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, y cuya titularidad corresponde a los distintos pueblos indígenas del país.

Este derecho lo encontramos de forma genérica en el artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 de dicho instrumento¹⁰², al prescribir que: "N°1. Al aplicar las

¹⁰¹ Ver Anexo N° 2 y N° 4 de este trabajo.

¹⁰² Artículo 6. N° 1: "Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de

disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a. consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;(…) N° 2. 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”.

De acuerdo a la normativa internacional -específicamente el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas-, la obligación estatal de realizar consultas con los pueblos indígenas es una medida especial para garantizar el derecho de tales pueblos a participar en la adopción de decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses, luego, la consulta previa no sólo debe considerarse como un derecho de los pueblos indígenas, sino que también como un deber del Estado y como un procedimiento que conlleva la interacción de distintos sujetos y el respeto de diferentes culturas.

decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

N° 2. 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”.

Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “el derecho a la consulta, y el deber estatal correlativo, se vinculan con múltiples derechos humanos individuales y colectivos. Además de manifestar el derecho a la participación, el derecho a ser consultado es fundamental para el goce efectivo del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales sobre las tierras que han usado y ocupado tradicionalmente, y también se relaciona directamente con el derecho a la identidad cultural, en la medida en que la cultura de estos pueblos puede resultar afectada por las decisiones estatales que les conciernen”. Así las cosas, a través de la consulta se garantiza el goce de otros derechos.¹⁰³

En opinión del Relator Especial sobre derecho de los pueblos indígenas¹⁰⁴, señor James Anaya, el mecanismo de consulta lleva adelante “negociaciones en procura de acuerdos mutuamente aceptables y [que] se celebren antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no [como] consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el

¹⁰³ OTERO RUIZ, Alejandra. Ob. Cit. (nota 77). Pág. 23

¹⁰⁴ El Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas forma parte del sistema de procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Sus funciones son recopilar información sobre violaciones de los derechos de los pueblos indígenas y denunciar los obstáculos existentes para proteger tales derechos.

proceso de adopción de decisiones”. Es decir, la obligación que pesa sobre el Estado de consultar a un pueblo indígena no se satisface por el sólo hecho de escucharlo¹⁰⁵. Desde el punto de vista del derecho internacional, la consulta es más que la posibilidad de opinar respecto de una determinada medida administrativa o legislativa.

Para la OIT la consulta “debe considerarse una forma clave de diálogo que sirve para armonizar los intereses contrapuestos y evitar, así como también resolver, conflictos”¹⁰⁶, y advierte que “el establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta (...) es fundamental para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones”¹⁰⁷, dejando de manifiesto la interrelación que existe entre ambas disposiciones.

Es importante tener en cuenta que, si bien el Convenio 169 está en pleno vigor en Chile y forma parte de su ordenamiento jurídico, el deber de consultar tiene fundamentos más amplios que el mencionado Convenio y sus

¹⁰⁵ EL CONVENIO 169 DE LA OIT y el Derecho Chileno. Mecanismos y Obstáculos para su implementación. Ob. Cit. (nota 95). Pág. 206

¹⁰⁶ Observación General sobre el Convenio núm. 169, 79ª sesión, 2008, (publicación 2009), citada por la Guía de Aplicación del Convenio 2009 pp. 59. Citada en: ABOGABIR MÉNDEZ, Matías. 2014. Estudio de Caso Chile. Convenio N° 169 de la OIT y la consulta a los pueblos indígenas en proyectos de inversión. [en línea]. Oficina Internacional del Trabajo (OIT). <<http://www.cpc.cl/wp-content/uploads/2014/10/141016EstudioCasoChileOITCapitulosI-II-III-IV.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 18.

¹⁰⁷ El Informe 2010 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones examina de manera particular el significado y los alcances de la consulta indígena. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.2011. Conferencia Internacional del Trabajo 100ª reunión [en línea] pp. 860 <http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/100thSession/WCMS_151559/lang-es/index.htm>. [consulta: 14 de Marzo 2014]. Citada en: Ibid. Pág. 19.

artículos N°6 y 7. El propio Convenio trata expresamente acerca del deber de consulta y el derecho de participación en los artículos 6, 7, 15, 17, 22, 27 y 28, y tal como ha señalado la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT¹⁰⁸, la consulta atraviesa todo el Convenio 169.

De igual forma lo ha sostenido el Relator Especial en sus informes: “la consulta a los pueblos indígenas está regulada también por otros instrumentos internacionales aprobados por Chile incluyendo la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y varios tratados de derechos humanos de carácter general de los que Chile es parte. Entre estos instrumentos se encuentran el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”¹⁰⁹.

Siguiendo también esta línea de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Pueblo Indígena “Kichwa de Sarayaku v/s Ecuador”, tras analizar los desarrollos normativos y jurisprudenciales

¹⁰⁸ La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) es un organismo de carácter permanente, asesor de la Conferencia Internacional del Trabajo e integrado por juristas especialistas en Derecho Internacional del Trabajo, cuya función es examinar las memorias que todos los países tienen la obligación de presentar cada año, detallando el estado en que se encuentra la aplicación de los convenios internacionales ratificados en su territorio.

¹⁰⁹ ANAYA, James. 2012. Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de Gobierno para Nueva Normativa de Consulta y Participación Indígena de Conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”. [en línea]. Noviembre de 2012. Chile. <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/consulta/reglamentacion/1687-comentario-reglamento-chile.html>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág.8.

internacionales y comparados, incluyendo casos de países que no han ratificado el Convenio 169, ha concluido que “la obligación de consulta a los pueblos indígenas, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional” ¹¹⁰. En su sentencia, la Corte Interamericana hace una exposición exhaustiva de los diversos elementos de la obligación de consulta, con base en un corpus de instrumentos y precedentes pertinentes.

Como se puede apreciar, los estándares internacionales sobre el derecho a ser consultados previamente se encuentran en instrumentos jurídicos de distinta naturaleza, así como en normas que no tienen la calidad propiamente de derecho, sino que más bien corresponden a directrices u orientaciones generales. Así, estos estándares se encuentran recogidos en tratados internacionales plenamente vinculantes, como es el caso del Convenio 169, y en declaraciones, como la Declaración Universal sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, que si bien tiene estándares sustantivamente más altos (por ejemplo, se mejora el estándar de la consulta con el de consentimiento pleno, libre e informado, y se reconoce el derecho de autodeterminación), por su naturaleza jurídica se sitúa en un plano de menor obligatoriedad hacia los

¹¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de Junio de 2012. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

estados en comparación con los convenios, tal como quedará explicitado en el capítulo II de este trabajo.

Igualmente, dichos estándares están plasmados en la jurisprudencia de órganos internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión de Expertos de la OIT, y también en funcionarios especializados, como el Relator Especial de la ONU. Todo ello en el contexto de una creciente aplicación de estos estándares en los tribunales nacionales, especialmente en América Latina¹¹¹.

1.2.1.4. Contenido esencial del derecho a la consulta previa.

Las normas internacionales y los pronunciamientos de órganos internacionales establecen con claridad los lineamientos básicos sobre la manera de realizar los procesos de consulta con los pueblos indígenas. Estos lineamientos constituyen, a su vez, el contenido esencial del derecho a la consulta previa.

Así, los desarrollos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales del derecho internacional de los pueblos indígenas han determinado que el proceso de consulta debe ser:

¹¹¹ EL CONVENIO 169 DE LA OIT y el Derecho Chileno. Mecanismos y Obstáculos para su implementación. Ob. Cit. (nota 95). Pág. 201.

- Previo (antes de aprobar la ley, la medida administrativa, el plan de desarrollo o el proyecto de exploración o explotación);
- Libre (sin violencia, presiones o condicionamientos de ninguna índole); e
- Informado (sobre las condiciones de ejecución y las consecuencias del proyecto, plan, ley o medida).

Igualmente, se ha establecido que:

- Debe realizarse mediante procedimientos culturalmente adecuados y accesibles, de conformidad con las tradiciones propias de los pueblos;
- Mediante sus instituciones representativas;
- De buena fe; y
- Con el objetivo de obtener el consentimiento libre, previo e informado por parte de las comunidades indígenas.

"Además de lo anterior, las consultas deben contar con un marco regulatorio adecuado. Adicionalmente, en los procesos de consulta previa las partes deben someterse al deber de acomodo (flexibilidad para acomodar los intereses y derechos en juego y disposición para ajustar o cancelar el proyecto) y las autoridades estatales, al deber de adoptar decisiones razonadas, objetivas y proporcionales, cuando no se logre el acuerdo o el acomodo del proyecto no sea posible"¹¹².

¹¹² GALVIS PATIÑO, María Clara y RAMÍREZ RINCÓN, Ángela María. Ob. Cit. (nota 90). Pág. 51.

Por otra parte, es dable preciar que "la consulta es vinculante en ciertos aspectos (...) que son bastante claros en la jurisprudencia internacional, que es el traslado forzoso de comunidades, el depósito de residuos tóxicos y los proyectos que supongan un grave riesgo a las formas de vida indígenas"¹¹³.

1.2.1.5. Opinión de los pueblos indígenas sobre el derecho a la consulta previa.

Muchos de los pueblos indígenas de América Latina reivindican que la consulta "es una práctica milenaria desarrollada de generación en generación plasmada en los libros sagrados para tratar asuntos comunitarios (...), por lo que no debe verse como hecho aislado, sino comprenderse dentro de este contexto"¹¹⁴. "En tal sentido, también puede afirmarse que forma parte de su organización social y sistema jurídico propio. De hecho, es norma de cumplimiento general que las autoridades tomen decisiones únicamente después de consultar a la asamblea comunitaria y obtener el consentimiento de

¹¹³ Así lo señaló el profesor Salvador Millaleo Hernández (abogado, Director de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Doctor en Sociología por la Universidad de Bielefeld, Alemania) en entrevista realizada en el marco del presente trabajo. Ver Anexo N° 2.

¹¹⁴ EL DERECHO A LA CONSULTA de los pueblos indígenas en Guatemala: la ruptura entre el discurso y la práctica. Periodo 1996-2010. 2010. [en línea]. <http://www.ituc.csi.org/IMG/pdf/Informe_PCGIG.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 50.

ésta. Por lo tanto, lo que procedería, en el marco de lo establecido en el Convenio 169 de OIT, sería apearse a la tradición comunitaria"¹¹⁵.

Para los pueblos originarios chilenos, la consulta previa es un derecho que ha sido ganado desde hace varios años, lo que se puede apreciar con la dictación, ratificación y posterior entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, consideran que ha existido, de parte del Estado de Chile, indolencia respecto a su cumplimiento, toda vez que se ha optado por dar preferencia a los derechos de otros (como inversionistas y empresas) en desmedro de los pueblos indígenas. No se debe olvidar que este derecho debe ejercerse cada vez que el Estado vaya a dictaminar cualquier medida administrativa o legislativa que pueda afectarlos¹¹⁶.

Una característica primordial sobre la consulta previa que se considera relevante de parte de los pueblos originarios, y en la que todos ellos coinciden, es que debe regirse por un diálogo intercultural desarrollado con buena fe¹¹⁷,

¹¹⁵ MAYÉN, M. Guisela.2012. Guatemala: el derecho a la consulta previa. [en línea]. En: Por Vladimir Ameller "et al". El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina. Bolivia. Fundación Konrad Adenauer (KAS) - Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI). Pp. 117-148. <http://www.kas.de/wf/doc/kas_33592-1522-4-30.pdf?130221162840>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 121.

¹¹⁶ MILLALEO, Salvador.2014. ¿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. En: ¿CHILE INDÍGENA? Desafíos y Oportunidades para un Nuevo Trato. 2014. Por Braulio Cariman Linares "et al". Santiago, Ediciones y Publicaciones El Buen Aire S.A. .pp. 52-102. Pág. 55 y siguientes.

¹¹⁷ INSTITUO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2013. Informe misión de Observación Mesa de Consenso Indígena. Agosto de 2013. [en línea] <<http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/588/Informe?sequence=1>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 16 y 18.

esto es, que el Estado realmente asegure que en la práctica se van a aplicar los principios y normativa consagrados en el Convenio 169, por ser éstos fundamentales para llegar a un verdadero entendimiento.

Por ello, los pueblos indígenas consideran que los principales protagonistas deben ser las comunidades de la mano con el Estado. Este último además debe ser el conductor del proceso de consulta, ya que es él quien lo debe dirigir, por ley y por consenso social¹¹⁸. Del mismo modo, las comunidades deben ser el centro del proceso, toda vez, que se trata de tomar en cuenta sus

Una de las complejidades de la consulta es el dialogo intercultural propio de ella, como nos señaló doña Antonia Urrejola, abogada y experta en temática indígena y derechos humanos, en entrevista realizada con fecha 29 de Enero de 2015 , al decir que “(...) ahí hay una complejidad que tiene que ver al final del día, yo creo, con el tema (aunque parece un cliché) de la buena fe, pero no es un cliché al final, es cómo “yo Estado” me siento a consultar; si yo me siento a consultar de buena fe, en el sentido de que yo de verdad quiero escuchar tú opinión, estoy dispuesto a cambiar mi medida luego de escucharte, o simplemente estoy jugando a escucharte pero yo voy a seguir haciendo lo que yo quiero hacer, y eso tú no puedes regularlo por ley, eso depende ya de la voluntad política de turno y depende de los actores”. “(...) De esta forma, creo que el tema del Convenio 169 también pasa por un tema cultural, entonces su aplicación va más allá del tema legislativo y de los reglamentos, pasa por una voluntad política, sin lugar a dudas, pasa por un tema del cambio de mentalidad de los funcionarios públicos”. Anexo N° 6.

Lo anterior, puede verse reflejado en palabras de doña Minda Bustamante, al consultársele sobre la conformidad de los pueblos originarios radicados en Chile respecto a los procedimientos de consulta realizados hasta la fecha en nuestro país, al contestar que “(...) creo que hay un descontento sobre cómo se ha llevado a cabo la tramitación de la consulta porque en algunos casos los hacen o consultoras o los pueblos indígenas pocas veces han podido acceder a un asesor, también se han validado procedimientos con lista de asistencia, entonces ha habido mucha mala fe en todos los procedimientos de consulta que se han llevado hasta la fecha(...)”. Anexo N° 4.

¹¹⁸ Sobre este punto la abogada y experta en temática indígena y Derechos Humanos, doña Antonia Urrejola, nos expresó que “yo per se, no tengo ningún problema de que a veces sea la propia empresa la que haga la consulta, como en los Sistemas de Evaluación de Impacto Ambiental, más allá de que sé que es una responsabilidad del Estado y no de las empresas, pero hay un tema de realismo, donde en la práctica a lo mejor el Estado no puede estar en todo. En este sentido, no me opongo per se, pero sí creo que hay una labor fundamental del Estado en términos de fiscalizar los procesos de consulta, no puede estar ajeno a la fiscalización, a ver que esos procesos sean de acuerdo a los estándares, me entiendes, y que al final del día el responsable igual es el gobierno. O sea, lo que hace el Estado cuando la consulta la realiza la empresa es delegar su responsabilidad en ella, pero el responsable es el Estado, me entiendes, no es la empresa, y esto los gobiernos lo deben tener súper claro (...)”. Anexo N° 6.

puntos de vistas y hacerlos partícipes de las tomas de decisiones del Estado que les puedan afectar.

1.2.1.6. Distinción entre derecho de consulta y derecho de participación.

A fin de establecer esta distinción, es necesario enfatizar que, de acuerdo a la normativa internacional (vista en los puntos precedentes de este trabajo), la obligación estatal de celebrar consultas con los pueblos indígenas es una medida especial para garantizar el derecho de tales pueblos a participar en la adopción de decisiones públicas que puedan afectar sus derechos e intereses de una manera diferenciada. Sin embargo, el derecho a la participación para los pueblos indígenas no se reduce sólo a la consulta y su participación en las decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses de una manera diferenciada, sino que también puede implicar la participación en procesos de distinta índole, tales como los procesos electorales, los procesos parlamentarios, y otros asuntos públicos de incidencia general¹¹⁹.

La consulta es un derecho (como lo determinamos en el punto 1.2.1.2. de esta memoria), expresión del derecho humano a la participación política, que funciona como un mecanismo de instrumentalización de la participación, permitiendo a los pueblos indígenas expresarse y participar, por medio de un

¹¹⁹ ANAYA, James. Ob. Cit. (nota 109).

diálogo intercultural, sobre medidas legislativas o administrativas impulsadas por el Estado y que puedan afectar sus vidas. La finalidad de la consulta debe ser alcanzar un acuerdo o consentimiento, y los titulares de este derecho deben ser consultados de buena fe, preguntando y escuchando su opinión, e incorporando sus solicitudes sobre la forma, el momento y los motivos de las medidas que los afecten directamente.

De acuerdo a la OIT, las consultas deben ser: 1) de carácter previo, formales, y además debe producirse un diálogo real entre los gobiernos y los pueblos indígenas, 2) deben existir mecanismos apropiados a escala nacional para llevarla a cabo, 3) debe consultarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas cuando se trate de medidas legislativas y administrativas que los afecten, para lo que debe primar el criterio de la auto identificación, y 4) su objetivo debe ser llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas, lo que no implica un derecho a veto. Lo anterior, debe hacerse de acuerdo a las características de cada país y de una manera adaptada a las circunstancias, es decir, no existe un mecanismo único para realizar las consultas.

El derecho ciudadano a la participación, por su parte, presenta características especiales en el caso de los pueblos indígenas a fin de permitir un diálogo intercultural y la participación de éstos en los asuntos públicos y

medidas que les afecten¹²⁰. Esta especial configuración se encuentra dada por los derechos a la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado que están establecidos en diversos preceptos del Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La participación es un derecho orientado a facilitar el diálogo y la intervención de los pueblos indígenas en todos los procesos que pueden afectar sus vidas, creencias, instituciones, tierras, territorios y bienestar, es decir, la participación se refiere al derecho a decidir sus propias prioridades y controlar su propio desarrollo económico, social y cultural¹²¹.

Cabe tener presente en este punto que el Convenio, en su artículo 2 N° 1, prescribe que “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad 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”; por su parte, el artículo 6 letra b) señala que los estados deberán “establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma

¹²⁰ Dentro de este contexto, recordemos que "la consulta indígenas es un mecanismo de participación colectiva, es un diálogo entre colectivos, de índole intercultural, pero que requiere una comunicación entre colectivos, y luego una deliberación interna de los mismos".

Así lo ha señalado el profesor Salvador Millaleo Hernández, en entrevista realizada en el marco del presente trabajo. Ver Anexo N° 2.

¹²¹ OBSERVATORIO CIUDADANO [s.a.] El Derecho a participación y consulta en el Convenio 169 de la OIT. [en línea]. Santiago. Observatorio Ciudadano. <http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/cartilla_participacion_y_consulta.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan”.

Tal como indica el estudio sobre “Los pueblos indígenas y el derecho a participar en la toma de decisiones”, realizado por el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el derecho a la participación en las decisiones públicas abarca múltiples dimensiones y se puede expresar en diversos mecanismos y arreglos institucionales¹²².

Finalmente, a modo de sintetizar las diferencias expuestas en los párrafos precedentes respecto de los derechos en comento, se puede establecer que el derecho de consulta es una especie dentro del género del derecho de participación, constituyendo la consulta el umbral participativo mínimo del Convenio 169¹²³.

¹²² Informe sobre el estudio de los pueblos indígenas y el derecho a participar en la toma de decisiones. NACIONES UNIDAS. Asamblea General.2010. *Progress report on the study on indigenous peoples and the right to participate in decision-making*. [en línea].23 de Agosto de 2010. Asamblea General, Naciones Unidas. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/15session/A.HRC.15.35_en.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

¹²³ Parece importante resaltar la participación indígena como paso previo a la consulta, con la finalidad de legitimar el dialogo intercultural Estado-pueblos originarios, y creando políticas públicas con asistencia de todos los actores. De esta forma, como señala doña Antonia Urrejola, en la entrevista realizada en el marco de esta memoria, “voy generando política pública que ya va a tener un poco más de legitimidad, después igual tengo que consultar, pero ya mi consulta va a tener mayor legitimidad porque la trabajé previamente en la propuesta con los actores políticos más relevantes en esa materia, y por lo tanto esos mismos actores van a hacer tus aliados en el proceso de consulta”. Anexo N° 6.

En el mismo sentido don Mauricio Llaitul, quien expresó: "si se hace un proyecto compartido entre dos es muy difícil, prácticamente imposible que uno de estos dos se oponga, porque se consensuó y se trabajó,

1.2.2. Institucionalidad del Convenio: Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR).

Habiendo establecido que es el Convenio 169 y uno de sus principales derechos, como es la consulta previa de los pueblos indígenas, en este punto se abordará el organismo internacional originado en la OIT, que a través de sus opiniones y recomendaciones, en el ámbito internacional asiste y orienta a los gobiernos para la efectiva realización de tal derecho. Esto, derivado de la circunstancia de que cuando un país ratifica un convenio de la OIT, como en este caso es el Convenio 169, se ve obligado a presentar ante tal organización, memorias regulares sobre las medidas que ha arbitrado para aplicarlo.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR)¹²⁴ es un organismo de carácter permanente, originado en 1926, asesor de la Conferencia Internacional del Trabajo e integrado por juristas especialistas en Derecho Internacional del Trabajo, cuya función es examinar las memorias que todos los países tienen la obligación de

se informó, se buscó la mejor salida, por tanto es imposible que un sector se oponga, entonces ¿cuando empiezan las oposiciones? cuando efectivamente no hay una inclusión, y hoy día en Chile las decisiones centralistas terminan no tomando en consideración las realidades locales de la sociedad en general y por sobre todo de los pueblos indígenas (..) el Convenio 169 no restringe, créeme -insisto- si yo tengo un buen diálogo contigo y entre los dos somos capaces de tomar mutuos acuerdos y respetarlos, dudo mucho que tú me vengas a decir mañana "quiero que me consultes", ¿por qué? porque lo trabajamos juntos". Anexo N° 5.

¹²⁴ En adelante indistintamente "la Comisión" ó "la Comisión de expertos".

presentar cada año, detallando el estado en que se encuentra la aplicación de los convenios internacionales ratificados en su territorio.

A fin de cumplir tal función, la Comisión indica en qué medida la legislación y la práctica de los estados está en conformidad con los convenios ratificados y con las obligaciones asumidas por cada país, independientemente de las condiciones económicas y sociales imperantes en un país determinado¹²⁵. Estas prescripciones son constantes y uniformes para todos los países, con la única reserva de las eventuales excepciones que el respectivo convenio autorice de manera explícita. Al efectuar esta tarea, la Comisión se guía únicamente por las normas contenidas en los convenios, sin perder de vista el hecho de que las modalidades de su aplicación pueden variar de un estado a otro.

Cada año esta Comisión debe presentar su informe a la Conferencia, con la opinión que le merece la situación de cada país y las recomendaciones que propone en cada caso. Sin perjuicio de ello, y a pesar de que la misma realiza un ejercicio de interpretación de las normas internacionales y que a través de los años su jurisprudencia ha adquirido una fuerza moral

¹²⁵ GRAVEL, E. y CHARBONNEAU-JOBIN, CH. 2003. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones: Dinámica e Impacto. [en línea]. Ginebra, Suiza. Organización Internacional del Trabajo. <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/normes/documents/publication/wcms_087811.pdf>. [consulta: 18 de Marzo 2015].

considerable¹²⁶, no hay que olvidar que sólo la Corte Internacional de Justicia tiene competencia para dar una interpretación auténtica de los convenios. Por lo tanto, es necesario señalar que las observaciones constituyen apreciaciones de la conformidad de las leyes nacionales de un estado miembro con los convenios que ha ratificado y en ningún caso interpretaciones definitivas.

A la hora de proceder al examen de la aplicación de las normas internacionales del trabajo, la Comisión de Expertos efectúa dos tipos de comentarios: observaciones y solicitudes directas. Las primeras contienen comentarios sobre las cuestiones fundamentales planteadas por la aplicación de un determinado convenio por parte de un estado; estas observaciones se publican en el informe anual de la Comisión. En cuanto a las segundas, se relacionan con cuestiones más técnicas o con peticiones de más información; no se publican en el informe, sino que se comunican directamente a los gobiernos pertinentes.

Ahora bien, como anteriormente se indicó, cada año la Comisión de Expertos publica un informe y en él se pronuncia sobre la conformidad jurídica de la legislación y la práctica de los Estados miembros de la OIT con el derecho internacional del trabajo, pero ¿cuál es el impacto de los trabajos de la Comisión y de este informe?, ¿cuáles son las consecuencias prácticas en los

¹²⁶ HITTERS, Juan Carlos. 2008. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). [en línea]. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional N°10, Julio-Diciembre 2008. pp. 131-156. <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág.136.

diferentes países interesados del trabajo realizado cada año por expertos independientes provenientes de todos los continentes?, y desde una perspectiva temporal, ¿cuáles son las transformaciones concretas que se producen tanto en los diferentes sistemas políticos como jurídicos?. De acuerdo a la opinión del Director del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, “la fuerza de la OIT reside en su voluntad permanente de diálogo entre los empleadores, los trabajadores y los Estados miembros. Todos contribuyen con determinación a la evolución de las legislaciones y las prácticas a fin de lograr que las normas internacionales del trabajo se conviertan en una realidad en todos los países y continentes”¹²⁷.

1.2.3. Organismos a través de los cuales exigir el cumplimiento de los derechos del Convenio 169.

Habiendo ya establecido que es el derecho a la consulta previa y cuáles son las entidades de Naciones Unidas que tienen relación directa con la misma, en el siguiente punto se revisarán, de forma somera, los mecanismos internacionales que existen para exigir el cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas contenidos en el Convenio 169, los cuales se enmarcan dentro de los siguientes organismos: Organización Internacional del Trabajo, la

¹²⁷ GRAVEL, E. y CHARBONNEAU-JOBIN, CH. Ob. Cit. (nota 125).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1.2.3.1. Organización Internacional del Trabajo.

La OIT tiene conocimiento de presuntas violaciones a los derechos de los pueblos indígenas contenidos en el Convenio 169, a través de los siguientes mecanismos:

- a) Informes de los Estados: como se indicó en el punto 1.2 de este capítulo, los Estados tienen el deber de informar regularmente a la OIT sobre el estado de la implementación de los convenios ratificados, no sólo indicando si las leyes nacionales cumplen con el convenio en cuestión, sino también informando pormenorizadamente lo que se ha hecho para garantizar que el convenio tenga un impacto a nivel práctico;
- b) Iniciando un procedimiento de queja: para esto se requiere que la denuncia sea hecha a través de organizaciones de trabajadores(as) (sindicatos) o de empleadores. Este mecanismo requiere de manera obligatoria que miembros de comunidades indígenas, establezcan relaciones de confianza con las organizaciones de trabajadores, pues es, a través de ellas, que pueden dar inicio a dicho procedimiento¹²⁸.

¹²⁸ Si bien los pueblos indígenas no ocupan un puesto formal en la estructura tripartita de la OIT, pueden participar en sus reuniones y actividades, y manifestar sus opiniones e inquietudes por las siguientes vías:

1.2.3.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante “CIDH”, es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), con sede en Washington D.C., Estados Unidos, y conjuntamente con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica, conforman el sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos en América. La CIDH surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En este sentido, la CIDH realiza su mandato con base en tres pilares de trabajo:

- a) El sistema de petición individual;
- b) El monitoreo de la situación de los derechos humanos en los estados miembros;
- c) La atención a líneas temáticas prioritarias.

-
- a) Como representantes de gobiernos o de organizaciones de trabajadores o de organizaciones de empleadores;
 - b) Como representantes de organizaciones no gubernamentales (ONG) que figuren en la Lista Especial de Organizaciones Internacionales No Gubernamentales de la OIT.

A través de este andamiaje, la Comisión considera que, en el contexto de la protección de los derechos de toda persona bajo la jurisdicción de los estados americanos, es fundamental dar atención a las poblaciones, comunidades y grupos históricamente sometidos a discriminación. En forma complementaria, otros conceptos informan su trabajo: el principio pro homine, según el cual la interpretación de una norma debe hacerse de la manera más favorable al ser humano, la necesidad de acceso a la justicia, y la incorporación de la perspectiva de género a todas sus actividades¹²⁹. Siguiendo esta línea de principios, la CIDH creó, en el año 1990, la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, con el objeto de brindar atención a los pueblos indígenas de América que se encuentran especialmente expuestos a violaciones de derechos humanos por su situación de vulnerabilidad, así como de fortalecer, impulsar y sistematizar el trabajo de la propia Comisión Interamericana en el área¹³⁰.

¹²⁹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANO [s.a.] ¿Qué es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos? [en línea]. <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

¹³⁰ En específico, la Relatoría tiene como mandato la realización de las siguientes actividades:

1. Promover el desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en materia de protección a los pueblos indígenas, y en especial, promover el avance y consolidación de la jurisprudencia del sistema sobre derechos de los pueblos indígenas. En este ámbito, promover y facilitar el acceso de los pueblos indígenas al sistema interamericano.
2. Participar en el análisis de peticiones individuales y solicitudes de medidas cautelares en las que se aleguen presuntas violaciones de los derechos de los pueblos indígenas y/o de sus miembros.
3. Apoyar la realización de visitas “in loco” a los países miembros de la OEA para profundizar en la observación general de la situación, y/o para investigar una situación particular de pueblos indígenas, así como participar en la preparación del informe respectivo de la visita.
4. Elaborar informes temáticos sobre aspectos atinentes a los derechos humanos de los pueblos indígenas en el hemisferio, que contengan recomendaciones a los Estados miembros de la OEA

Ahora bien, entre las funciones generales de la CIDH destacan:

- a) Recibir, analizar e investigar peticiones individuales (es decir, denuncias de cualquier individuo o grupo de personas) que aleguen violaciones de los derechos humanos contenidos, ya sea en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o en la Declaración de los Derechos y deberes del hombre.
- b) Observar la vigencia general de los derechos humanos en los estados miembros, y cuando lo considere conveniente, publicar informes especiales sobre la situación en un estado en particular.
- c) Requerir a los estados a que tomen "medidas cautelares" específicas para evitar daños graves e irreparables a los derechos humanos en casos urgentes. Puede también solicitar a la Corte Interamericana para que ésta requiera "medidas provisionales" de los Gobiernos en casos urgentes de peligro a personas, aún cuando el caso no haya sido sometido todavía a la Corte.

sobre la adopción de medidas que contribuyan a promover y garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas.

5. Realizar y participar en conferencias, seminarios y reuniones de distinto carácter con representantes de los gobiernos, la academia, la sociedad civil y los pueblos indígenas con el objeto de difundir y analizar los temas propios de su mandato.
6. Prestar colaboración permanente a la presidencia y al Grupo de Trabajo del Consejo Permanente de la OEA encargado de elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

Fuente: ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS [s.a.] Mandato y funciones de la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. [en línea]. <<http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/mandato/funciones.asp>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

d) Someter casos a la jurisdicción de la Corte Interamericana y actuar frente a la Corte en dichos litigios¹³¹.

Para poder acudir ante la CIDH a través del mecanismo de denuncia individual, es decir, para que un individuo (sin importar si es o no miembro de una comunidad indígena), o grupo de individuos, pueda denunciar la presunta violación de un derecho contenido en la Convención Americana, es necesario que éste cumpla simplemente con los requisitos establecidos en el artículo 46¹³² de la Convención Americana¹³³.

La presentación de las denuncias no requiere de ningún formato especial, ni de representante legal o abogado. De acuerdo con el inciso d) del artículo 46 de la citada convención, sólo requiere la narración sucinta de los hechos que vulneran los derechos contenidos en ella, el nombre, la

¹³¹ ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS [s.a.] Mandato y funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. [en línea]. < <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/funciones.asp> >. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

¹³² Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 46. N° 1. “Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;
b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;
c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y

d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando:

a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y
c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos”.

¹³³ OTERO RUIZ, Alejandra. Ob. Cit. (nota 77). Pág. 51

nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

1.2.3.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Una vez que la Comisión (CIDH) ha decidido que los hechos sometidos a su conocimiento configuran una posible violación de la convención, somete el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ésta es uno de los tres tribunales regionales de protección de los Derechos Humanos, conjuntamente con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. La Corte tiene esencialmente tres funciones:

- a) Contenciosa;
- b) Consultiva¹³⁴; y
- c) Con facultad de adoptar medidas provisionales¹³⁵.

La función contenciosa corresponde al mecanismo por el cual la Corte determina, recibido el caso por parte de la Comisión, si un estado ha incurrido

¹³⁴ La función consultiva, es el medio por el cual la Corte responde consultas sobre el sentido de la Convención, que formulan los Estados miembros de la OEA o la Comisión.

¹³⁵ La Corte puede adoptar las medidas provisionales que considere pertinentes en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, tanto en casos que estén en conocimiento de la Corte, como en asuntos que aún no se han sometido a su conocimiento, a solicitud de la Comisión Interamericana.

Fuente:

REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Ángela.1996. Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. [en línea]. México. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2047>>. [consulta: 20 de Marzo de 2015]. Capítulo V., Pág. 208.

en responsabilidad internacional por haber violado alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana. Conforme al artículo 61.1¹³⁶ de dicha convención, sólo los estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.

1.3. Relator Especial de la Naciones Unidas para los pueblos indígenas.

El Relator Especial forma parte del sistema de procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Sus funciones son recopilar información sobre violaciones de los derechos de los pueblos indígenas y denunciar los obstáculos existentes para proteger tales derechos.

“El Relator se pronuncia fundamentalmente a través de informes anuales que presenta al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y que se centran en temas específicos de la situación de los pueblos indígenas. Adicionalmente, envía comunicaciones confidenciales con recomendaciones a los Estados con base en información que recibe sobre violaciones o amenazas a los derechos indígenas y realiza diferentes actividades de seguimiento a las recomendaciones a los Estados y a las

¹³⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 61. Sección 2. Competencia y Funciones. “Nº 1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”.

agencias de las Naciones Unidas, tanto a partir de las visitas a los Estados como en los informes anuales. Entre estas actividades de seguimiento, el Relator organiza seminarios, foros y redacta informes. A pesar de no ser vinculantes, y de tener un bajo nivel de implementación, los informes del Relator tienen una gran fuerza política”¹³⁷.

El mandato del Relator Especial ha resultado un instrumento crucial para hacer más visible la situación de los pueblos indígenas en el trabajo de las agencias internacionales y organismos de derechos humanos, y ha abierto espacios de diálogo entre los pueblos indígenas, los Gobiernos y organizaciones internacionales¹³⁸.

El profesor Rodolfo Stavenhagen fue el primer Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas. Fue nombrado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU el año 2001. En Marzo 2008, el Consejo de Derechos Humanos nombró al profesor James Anaya. Posteriormente, el 3 de Marzo de 2014, el presidente del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas nombró a Victoria Tauli-Corpuz como nueva Relatora Especial.

¹³⁷ OTERO RUIZ, Alejandra. Ob. Cit. (nota 77).Pág. 55

¹³⁸ GRUPO INTERNACIONAL DE TRABAJO SOBRE ASUNTOS INDIGENAS [s.a.] El Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas [en línea] <<http://www.iwgia.org/derechos-humanos/procesos-internacionales/relator-especial-onu>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

En septiembre de 2010, el Consejo de Derechos Humanos cambió el título del mandato de "Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas" a "Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas"¹³⁹.

En lo que respecta a esta memoria, es necesario destacar que, mediante informe emitido durante el mes de Noviembre de 2012, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Señor James Anaya, realizó comentarios acerca del documento denominado "Propuesta de Gobierno para Nueva Normativa de Consulta y Participación Indígena de Conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo", publicado por el Gobierno de Chile el 8 de Agosto de 2012. Lo anterior, en razón de la solicitud remitida a su persona por la Unidad de Coordinación del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, con fecha 18 de Agosto de 2012.

Los comentarios del Relator Especial se formularon en virtud del mandato que le concedió el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de establecer un "diálogo de cooperación sistemático con todos los actores que corresponda pertinentes (...) en particular sobre las posibilidades de proporcionar cooperación técnica que soliciten los gobiernos (...). En este sentido, los (...) comentarios se enmarcan dentro del diálogo de cooperación

¹³⁹ *Ibíd.*

entablado entre el Relator Especial, el Gobierno de Chile y organizaciones de los pueblos indígenas, desde su visita al país en abril de 2009, en torno a la cuestión de la consulta a los pueblos indígenas en materia de medidas administrativa y legislativas, proyectos de inversión, y otro tipo de proyectos”¹⁴⁰.

Luego de revisado el texto, el Relator Especial indicó que “la utilidad de cualquier norma reglamentaria que eventualmente se adopte en este contexto, y su compatibilidad con la normativa internacional aplicable, dependerá en última instancia de su interpretación e implementación práctica en casos específicos”¹⁴¹.

De esta forma, el Relator Especial consideró que la Propuesta de Nueva Normativa de Consulta contenía importantes elementos que podrían servir para dar cumplimiento práctico al deber estatal de consultar a los pueblos indígenas de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 y otros instrumentos internacionales. Sin embargo, y de acuerdo a su opinión, el texto de la Propuesta presentó deficiencias y, por lo tanto, debía ser revisado para asegurar el establecimiento e implementación de procesos de consulta que en la práctica sean conformes a la normativa internacional¹⁴².

¹⁴⁰ ANAYA, James. Ob. Cit. (nota 109). Pág. 3.

¹⁴¹ *Ibíd.* Pág. 4.

¹⁴² Asimismo manifestó comprender que el documento de la Propuesta, como su nombre lo indica, era un documento preliminar para avanzar en el diálogo con los pueblos indígenas sobre una normativa para regular la consulta. En ese entendimiento, sus comentarios buscaron contribuir a identificar los aspectos a mejorar, así como presentar sugerencias concretas que pudiesen servir de antecedente para las discusiones hacia un nuevo documento de proyecto de reglamento. Señaló, a la vez, que sus comentarios

1.4. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.¹⁴³

Adicionalmente al Convenio 169 de la OIT, la Asamblea de Naciones Unidas aprobó, el 13 de Septiembre de 2007, la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” (en adelante e indistintamente “la Declaración”) con el voto favorable de ciento cuarenta y tres países, once abstenciones y cuatro rechazos (Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda)¹⁴⁴, fortaleciendo la normativa internacional en esta

no presentan necesariamente una exposición exhaustiva de las críticas y sugerencias que se podrían hacer para mejorar la Propuesta.

¹⁴³ De acuerdo a las Naciones Unidas, “el término “declaración” se utiliza para designar distintos instrumentos internacionales. No obstante, las declaraciones no son siempre jurídicamente vinculantes. Este término se usa a menudo deliberadamente para indicar que las partes no desean establecer obligaciones vinculantes sino simplemente dan a conocer determinadas aspiraciones. Un ejemplo de ello es la Declaración de Río de 1992. No obstante, las declaraciones también pueden constituir tratados en sentido genérico que han de tener carácter vinculante con arreglo al derecho internacional. (...)”. NACIONES UNIDAS [s.a.] Definiciones de términos para la base de datos sobre declaraciones y convenciones. [en línea]. <<http://www.un.org/spanish/documents/instruments/terminology.html>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

¹⁴⁴ Al momento de aprobarse la Declaración, los comentaristas coincidieron en que se trató de un logro histórico, ya que tras dos décadas de debates y negociaciones, finalmente se logró consensuar un documento que busca dotar de mayor autoridad y asegurar la protección de los más de trescientos millones de indígenas del mundo, elevando los estándares internacionales de derechos humanos.

Fuente: EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL de autonomía territorial: realidad y experiencias comparadas. 2010. Por Gloria Mercedes Álvarez Núñez “et al”. [en línea]. Colección textos de jurisprudencia. Bogotá, Colombia. Editorial Universidad del Rosario.

<<https://books.google.cl/books?id=9l7pWDe9hsC&pg=PR9&lpg=PR9&dq=Carlos+Andr%C3%A9s+ZAPATA+CARDONA+El+reconocimiento+jur%C3%ADdico+de+la+autonom%C3%ADa+de+los+pueblos+ind%C3%ADgenas+en+Colombia.&source=bl&ots=pW6917kyVH&sig=ETgALXMBq6yOgelZ7TBpmd7nbWg&hl=es&sa=X&ei=GCoLVa->

[kIcrCggSEvYDIBQ&ved=0CBwQ6AEwAA#v=onepage&q=Carlos%20Andr%C3%A9s%20ZAPATA%20CARDONA%20El%20reconocimiento%20jur%C3%ADdico%20de%20la%20autonom%C3%ADa%20de%20lo](https://books.google.cl/books?id=9l7pWDe9hsC&pg=PR9&lpg=PR9&dq=Carlos+Andr%C3%A9s+ZAPATA+CARDONA+El+reconocimiento+jur%C3%ADdico+de+la+autonom%C3%ADa+de+los+pueblos+ind%C3%ADgenas+en+Colombia.&source=bl&ots=pW6917kyVH&sig=ETgALXMBq6yOgelZ7TBpmd7nbWg&hl=es&sa=X&ei=GCoLVa-)

materia. Recordemos que las declaraciones representan aquellas metas y objetivos que la comunidad internacional se impone. Son lo que en el derecho internacional se conoce como “*soft law*”, esto es, una guía que, sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estados, representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes.

De esta forma, la citada Declaración, pese a no tener el carácter de vinculante, se le reconoce, como uno de sus principales méritos, el recoger y sistematizar los avances existentes a nivel internacional, hasta la fecha de su dictación, en materia de pueblos indígenas¹⁴⁵.

En este sentido, el Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas¹⁴⁶, en un comentario general, ha puntualizado que: “la Declaración no es un tratado y, en consecuencia, no tiene la fuerza vinculante de un tratado. No obstante, ello no significa en absoluto que la Declaración deje de tener efecto jurídicamente vinculante alguno. Al aprobar los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas, se aspira a que tengan cierto

[s%20pueblos%20ind%C3%ADgenas%20en%20Colombia.&f=false](#)>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].Pág.288.

¹⁴⁵ ZALAUQUETT DAHER, José. Ob. Cit. (nota 69). Pág. 140.

¹⁴⁶ El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la ONU es un organismo asesor del Consejo Económico y Social, con el mandato de examinar las cuestiones indígenas relacionadas al desarrollo económico y social, la cultura, la educación, la salud, el medio ambiente y los derechos humanos. NACIONES UNIDAS [s.a.] Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. [en línea]. <<http://undesadspd.org/Default.aspx?alias=undesadspd.org/indigenouses>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

efecto vinculante. El valor vinculante de la Declaración debe verse en el contexto normativo más amplio de las innovaciones ocurridas en los últimos años en las normas internacionales de derechos humanos”¹⁴⁷. Luego, como la Declaración no es oficialmente un tratado, no es exigible internacionalmente, es decir, no se puede demandar su incumplimiento¹⁴⁸.

No obstante, el mismo Foro ha expuesto que: “El propósito de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas es servir de base jurídica para todas las actividades en la esfera de las cuestiones indígenas. Ella es el instrumento más universal, amplio y fundamental sobre los derechos de los pueblos indígenas”¹⁴⁹. Asimismo, el ingente valor de la Declaración ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que ha sentenciado que constituye principios generales del derecho para todos los países que la han aprobado, siendo uno de estos Chile.

Consecuentemente con ello, podemos establecer, en cuanto a fuerza normativa, que la Declaración, al ser fruto de negociaciones y aceptación por la mayoría de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conlleva una fuerza

¹⁴⁷ NACIONES UNIDAS [s.a.] Sistema de las Naciones Unidas en Chile, Grupo Interagencial sobre Pueblos Indígenas [en línea]. <<http://www.onu.cl/onu/sample-page/grupos-tematicos/grupo-interagencial-sobre-pueblos-indigenas/>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

¹⁴⁸ OTERO RUIZ, Alejandra. Ob. Cit. (nota 77). Pág. 19.

¹⁴⁹ NACIONES UNIDAS. Ob. Cit. (nota 147).

moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional hacia el respeto y la tutela de los pueblos indígenas, al plantear un contenido de los derechos humanos en el ámbito de los pueblos originarios, y si bien, lo expresado en este instrumento internacional no es de vinculación obligatoria, ello no implica que no tenga ningún efecto jurídico.

En razón de lo expuesto, y dada su naturaleza jurídica, la declaración no contempla un órgano o mecanismo de protección. No obstante, en su artículo 42 señala que “las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente Declaración”.

En este marco podemos concluir que los derechos de los pueblos indígenas contenidos en el Convenio 169, deben ser interpretados a la luz de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, pues su valor radica en que al ser un instrumento de derecho humanos, debe ser la dirección a la que deben dirigirse los Estados¹⁵⁰.

¹⁵⁰ OTERO RUIZ, Alejandra. Ob. Cit. (nota 77). Pág. 19.

1.4.1. Principales aspectos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Uno de los principios rectores de la Declaración es el reconocimiento a la autodeterminación de los pueblos indígenas¹⁵¹, aspecto reticente de aceptar por parte de numerosos estados y la doctrina tradicional¹⁵². Esta autodeterminación debe entenderse tanto interna como externamente. La primera, consiste en la facultad de cada pueblo de decidir su sistema político y su desarrollo económico, social y cultural sin injerencia exterior; mientras que la segunda, es la facultad que tiene todo pueblo de determinar su estatus político y su futuro colectivo en relación con otros grupos políticos. También podemos encontrar en ella una serie de derechos, expresamente señalados, que van

¹⁵¹ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas. Artículo 3 “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Artículo 4 “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”.

¹⁵² Así lo señala don Daniel Guerra Sesma “Parte de la doctrina ha interpretado que algunos de los incisos recogidos en los pactos civiles y políticos de 1966 y en la resolución 2625 de 1970 apuntan a la ampliación del concepto de libre determinación de los pueblos hacia su ejercicio interno por parte de minorías nacionales e indígenas que forman parte de Estados pluriétnicos. Ampliación que sería más palpable con las resoluciones AG/47/1965 (1992) y 61/295 (2007), referidas a los derechos de las personas pertenecientes a minorías y a los pueblos indígenas”. GUERRA SESMA, Daniel. [s.a.] Autodeterminación y Secesión en el Ordenamiento Internacional. Los Casos de Quebec, Escocia y Cataluña. [en línea] <<http://www.aecpa.es/uploads/files/modules/congress/11/papers/665.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 5.

desde derechos culturales, derechos a las tierras, territorio y recursos naturales, y derecho a autogobierno:

- a) Derechos culturales. Entre ellos, podemos encontrar el derecho a la autoidentificación¹⁵³, a la práctica y conservación de su cultura¹⁵⁴, patrimonio y propiedad intelectual¹⁵⁵, derecho indígena¹⁵⁶, derecho de reparación¹⁵⁷, etc.

¹⁵³ La autoidentificación podemos encontrarla, por ejemplo, en los artículos 9 y 33, número 1, de la Declaración: Artículo 9 “Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo”. Artículo 33, número 1 “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven”.

¹⁵⁴ Igualmente, el derecho a la práctica y conservación de la cultura puede apreciarse, entre otros, en el artículo 5 de la Declaración, que señala: “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”.

¹⁵⁵ Dicho derecho se encuentra prescrito en el artículo 31 de la Declaración, que dice “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales. 2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos”.

¹⁵⁶ En lo referente al derecho indígena, los artículos 34 y 40, por ejemplo, lo indican expresamente. Artículo 34 “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.” Artículo 40: “Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos”.

¹⁵⁷ Señalado, entre otros, en el artículo 11, inciso 2 de la Declaración. Artículo 11, inciso 2: “Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales,

b) Derechos a las tierras, territorio y recursos naturales¹⁵⁸.

c) Derecho a autogobierno. Entendido tanto como derecho a la autonomía¹⁵⁹ como derecho a la participación¹⁶⁰ y consulta¹⁶¹.

En definitiva, la Declaración viene a reconocer la diversidad cultural de las naciones, otorgándoles derechos, tanto individuales como colectivos, a los pueblos originarios, cuya relevancia puede evidenciarse desde lo jurídico a lo político. Así, su valor jurídico, pese no ser vinculante, es del tipo programático y moral, toda vez que los estados se comprometen al estricto cumplimiento de los principios enunciados en ella, adaptando sus legislaciones para estos efectos.

religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres”.

¹⁵⁸ Reconocido expresamente en los artículo 26 y siguientes de la Declaración. Artículo 26: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”.

¹⁵⁹ Prescrito en el artículo 4 de la Declaración, que indica “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”. Dicho derecho incluye, a su vez, los derechos a mantener y desarrollar sistemas e instituciones propias (artículo 20), derecho a determinar sus prioridades de desarrollo (artículo 23) derecho al reconocimiento de tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos (artículo 37), etc.

¹⁶⁰ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas. Artículo 18: “Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”.

¹⁶¹ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas. Artículo 19: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

Desde el punto de vista político, los Estados desarrollan programas y políticas orientadas por los principios señalados en la Declaración, partiendo de una base de diversidad cultural, y no de asimilación, como ocurría hace algunos años atrás, tal como pudimos apreciar en el punto 1.1 del presente capítulo.

No obstante lo anterior, y como crítica, queda pendiente la definición de los conceptos de “pueblo” e “indígena”, los cuales no fueron incluidos debido a las discrepancias que suscitaban entre los estados al momento de discutirse la Declaración¹⁶².

1.4.2. Problemáticas planteadas por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

La Declaración, como se dijo previamente, señala una serie de derechos a favor de los pueblos originarios, además de establecer obligaciones a los estados, como aquella del artículo 30, N°2, que prescribe “los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones

¹⁶² En cuanto a la aplicación de la Declaración en nuestro país esta ha sido compleja, en atención al carácter no vinculante de ella, lo que ha llevado a que, en la práctica, sólo se utilice para reforzar otras normativas existentes, por ejemplo, el Convenio N° 169 de la OIT o la Ley N°19.253. No obstante lo anterior, para el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, “la aplicación de la Declaración debe ser considerada un imperativo político, moral y, además, jurídico, sin reserva alguna”.

ANAYA, James. 2009. Informe del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. [en línea]. Promoción y Protección de Todos Los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo. Naciones Unidas. 15 de Julio de 2009. Nueva York, Estados Unidos de Norte América. <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/8057.pdf?view=1>>. [consulta: 18 de Marzo 2015]. Párr. 67.

representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares”. Así las cosas, puede evidenciarse de la sola lectura de la Declaración, la complejidad que significa armonizar sus normativas con la legislación de cada país declarante, en conformidad a su artículo 32, que señala “Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración”.

De esta forma, entre los problemas que pueden suscitarse al adoptar las medidas tendientes al aplicar la citada Declaración tenemos la asignación de recursos, precisiones jurídicas y de conciliación de distintos intereses que inevitablemente trae aparejadas el reconocimiento efectivo de los derechos de los pueblos indígenas¹⁶³.

1.4.3. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Derecho a la Consulta Previa.

La Declaración, según se desprende de su lectura, viene a reforzar la protección de varios derechos señalados en el Convenio 169, por ejemplo, los referidos a tierras, territorios, recursos naturales y el derecho a la consulta previa.

¹⁶³ ZALAUQUETT DAHER, José. Ob. Cit. (nota 69). Pág. 147.

Así, por ejemplo, tenemos el artículo 15, N°2, del Convenio que prescribe :”En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

Sobre esta misma materia, la Declaración señala en su artículo 32, N° 1 y 21, “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”. Por su parte, el artículo 19 de la Declaración señala 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 les afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado".

Podemos concluir de los artículos citados, que la Declaración establece un estándar más exigente que el Convenio, en lo referente al derecho de consulta previa, al requerir un consentimiento "libre, previo e informado". Sin embargo, en otros casos, la Declaración no se refiere expresamente a derechos que en el Convenio si se indican, como sucede con el artículo 7, N°3¹⁶⁴.

Para finalizar el presente capítulo, a modo de resumen, y con el objeto de contextualizarlo dentro del trabajo en comento, creemos necesario destacar la relevancia que tiene el Convenio 169 para los pueblos originarios, en atención a los principios que establece, los cuales generan obligaciones para los Estados y derechos para los indígenas; así como también la importancia de uno de sus pilares fundamentales, esta es, la consulta previa, como forma específica de participación de los pueblos originarios en un territorio determinado. De esta forma, el capítulo nos entrega las herramientas

¹⁶⁴ Artículo 15, N° 2 de la Convención 169 de la OIT: " Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas".

requeridas para entender el fundamento de la consulta indígena, sus orígenes y contexto internacional, lo que nos dará luces para resolver las hipótesis planteadas en la presente memoria.

CAPITULO II

MARCO JURÍDICO

Una vez analizado el contexto internacional del derecho a la consulta previa y su relación con los pueblos indígenas, es necesario proceder a examinar dicha relación desde la perspectiva de la normativa nacional, más aún cuando es ésta la que impone los parámetros jurídicos en los cuales se desenvuelve, y en los cuales, a su vez, debiera encontrarse una posible solución al problema planteado en el presente estudio.

De esta forma, se procederá a analizar la legislación nacional de mayor relevancia, empezando con la Constitución de la República, como marco de la normativa nacional, continuando con el Convenio N°169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT, del cual nuestro país es parte, la Ley N°18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, la Ley N° 19.253 que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Pueblos Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, el Decreto N°124 de 2009 del Ministerio de Desarrollo Social, que Reglamenta el artículo 34 de la Ley N° 19.253, a fin de regular la Consulta y la Participación de los Pueblos Indígenas; finalizando con el Decreto Supremo N° 66 de 2014, del Ministerio de Desarrollo Social, que aprueba Reglamento que Regula el

Procedimiento de Consulta Indígena, en virtud del artículo 6 N°1 letra a) y N°2 del Convenio 169 de la OIT y Deroga Normativa que indica.

Cabe hacer presente al lector, que no es pretensión del presente estudio el analizar a cabalidad la legislación antes señalada, sino más bien, sólo aquella parte que guarda relación con el derecho a la consulta previa y su aplicabilidad en el ámbito municipal.

2.1. La Constitución Política de la República de 1980.

Desde la instauración de la República en nuestro país, ninguna Constitución ha aceptado la diversidad cultural de los pueblos indígenas, menos aún, la posibilidad de un Estado plurinacional que les permita desarrollarse como nación independiente, ello en atención a los principios fundantes que las han inspirado, como son la igualdad y unidad del Estado, a diferencia de lo que ocurre con otras constituciones de América Latina¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Así, la Constitución de Colombia de 1991, que en su artículo 7 señala: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

A su vez, la Constitución de Perú de 1993 prescribe en su artículo 2, Número 19: “Toda persona tiene derecho: 19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad”.

Igualmente, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos indica, en su artículo 2: “La Nación Mexicana es única e indivisible.

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (...)”.

No obstante esta realidad, y concordando con las opiniones de algunos autores nacionales, somos de la postura de que ello debiese cambiar. En este sentido, los fundamentos del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas son, para el profesor Alejandro Silva Bascuñán, los principios de igualdad y dignidad humana, como bien lo expresa en el siguiente párrafo: “Me parece, en fin, que afirmar, en el ordenamiento jurídico nacional, el reconocimiento de que en su seno existen varios pueblos indígenas, responde a una exigencia de justicia, tal como lo ha admitido la Iglesia Católica”¹⁶⁶. Por otra parte, el jurista Carlos Peña enuncia distintas razones del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas: “Algunas de ellas derivan de lo que podemos denominar justicia correctiva (es decir, de la idea que hubo daños inmerecidos que deben ser ahora reparados); otras derivan, por su parte, de lo que podemos denominar justicia anamnésica (es decir, razones derivadas de la idea que es necesario completar a cabalidad el relato de lo que somos); en fin,

Por otra parte, encontramos también Constituciones latinoamericanas que aceptan la plurinacionalidad, como la de Bolivia, que en su artículo 1º señala: “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”, y la de Ecuador que en su artículo 1º prescribe: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.

¹⁶⁶ SILVA, Alejandro.1992. Concepto de Pueblo Indígena, en Pueblo, Tierra y Desarrollo: conceptos fundamentales para una nueva ley indígena. En: COMISIÓN CHILENA de Derechos Humanos, Santiago, Chile. p. 27. Como se cita en HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena. 2005. Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional pendiente. [en línea].<<http://creasfile.uahurtado.cl/LOS%20PUEBLOS%20IND%20C3%8DGENAS%20Y%20SU%20RECONOCIMIENTO%20CONSTITUCIONAL%20PENDIENTE.%20LEXISNEXIS.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág.3.

hay todavía razones derivadas de lo que voy a llamar justicia política (las razones, en este caso, derivan de demandas que surgen de principios subyacentes a la actual comunidad política)"¹⁶⁷.

En contra del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas como colectivos sociales, encontramos la postura del profesor Lucas Sierra, quien sostiene en lo sustancial: "No estoy en desacuerdo con el reconocimiento: en principio, no me parece irrazonable que haya un reconocimiento público más explícito a la diversidad étnica de la sociedad chilena. (...) Lo que no me parece es que el reconocimiento se haga a "pueblos" indígenas, ni tampoco que se haga estableciendo o facilitando que se establezcan supuestos "derechos" colectivos. (...) Lo que me preocupa es algo distinto: es la consagración individualizada de colectivos sociales en la Constitución. De prosperar esta iniciativa, entre las personas y el Estado habría ciertos colectivos indígenas, con una determinada potestad normativa (consagrada constitucionalmente) y titulares de ciertos "derechos" colectivos. Esto no es razonable, ya que con seguridad generará tensiones políticas, constitucionales y, también, inamovilidad de recursos"¹⁶⁸.

¹⁶⁷ RIBERA, Teodoro. 2002. Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional en Chile. Comentarios de Carlos Peña. En: SERIE DE DOCUMENTOS de Trabajo, Centro de Estudios Públicos, 343. Santiago. p. 32. Como se cita en HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena. Ob. Cit. (nota 166).Pág. 3.

¹⁶⁸ SIERRA, Lucas.2003. La Constitución y los indígenas en Chile: reconocimiento individual y no colectivo. Estudios Públicos, 92. Santiago. p. 23. Como se cita en HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena. Ob. Cit. (nota 166). Pág. 11.

La actual Constitución Política de Chile (en adelante “la Constitución”) - promulgada en 1980 por la Junta Militar que encabezó durante diecisiete años el General Augusto Pinochet Ugarte- establece un catálogo de derechos fundamentales, con una importante protección al derecho de propiedad por una parte, y con limitaciones, por la otra¹⁶⁹, a los llamados derechos de prestación social, como son la educación o la salud, así como ningún tipo de reconocimiento de derechos colectivos de pueblos indígenas, todo ello en el marco de un régimen fuertemente presidencialista¹⁷⁰.

La génesis de nuestra actual carta fundamental se produjo tras un plebiscito nacional, que se realizó sin registros electorales ni otras garantías democráticas¹⁷¹, promulgándose su texto definitivo por la Junta de Gobierno mediante el Decreto Supremo N° 1.150 de 1980 del Ministerio del Interior. A la fecha, el texto ha sido reformado en numerosas ocasiones, dos de las cuales han implicado cambios políticos importantes. Al respecto, a fines de la década de 1980 se aprobaron cincuenta y cuatro enmiendas, entre las que destaca la

¹⁶⁹ Véase LEÓN CÁCERES, Mauricio. 2008. ¿Facticidad o Validez? La Constitución Política de 1980 a la luz de la Teoría Discursiva del Derecho de Jürgen Habermas. [en línea]. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. <http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-leon_m/pdfAmont/de-leon_m.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

¹⁷⁰ Cabe precisar que en este tipo de régimen, el Presidente de la República controla la agenda legislativa y participa de manera activa en la tramitación de las leyes, por ejemplo, disponiendo los tiempos de discusión y debate parlamentario. Por lo mismo, buena parte de las decisiones de políticas públicas recaen en las iniciativas que impulse el Poder Ejecutivo.

¹⁷¹ LEÓN CÁCERES, Mauricio. Ob. Cit. (nota 169).

adhesión expresa al derecho internacional de los derechos humanos. Por otro lado, en el 2005 se aprobaron casi sesenta reformas, momento que el entonces Presidente Ricardo Lagos Escobar calificó como “el fin de la transición a la democracia”, al reemplazar por la suya la firma de Augusto Pinochet Ugarte en el texto constitucional. Las reformas en comento decían relación principalmente con la reorganización del poder público, como el otorgamiento de mayores atribuciones al Tribunal Constitucional, aumento de facultades al poder civil por sobre el poder militar y el fin de los senadores designados o vitalicios. Entre las reformas rechazadas, destaca el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, muestra de la falta de voluntad política¹⁷² para atender las demandas que por años vienen levantando los pueblos originarios¹⁷³.

¹⁷² Debemos señalar en este punto que fueron varios los proyectos de reforma constitucional que pretendían el reconocimiento expreso de los pueblos originarios en nuestra carta fundamental y que fueron rechazados o archivados en su momento. Destacan, entre ellos, el proyecto ingresado en 1991 por el entonces presidente de la República, don Patricio Aylwin Azócar; el de “reforma constitucional que reconoce la existencia de los pueblos indígenas y les otorga participación política en el Estado”, boletín n°2360, moción de los diputados Huenchumilla, Elgueta, René García, Tuma, Hernández, Ojeda, Luksic, Juan Bustos, Ceroni y Juan Pablo Letelier, de 1999; el proyecto de “reforma constitucional que reconoce el aporte de los pueblos originarios a la conformación de la nación chilena”, boletín 5324, moción de los Senadores Andrés Allamand Zavala, Carlos Cantero Ojeda, Alberto Espina Otero, José García Ruminot, Sergio Romero Pizarro, de 2007, y refundido con N° Boletín 5522.

Para mayor información sobre el tema, recomendamos leer :

a) POLÍTICA INDÍGENA [s.a.] Proyectos de ley sobre reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas (1991-2013). [en línea]. Programa de Política Indígena. <<http://www.politicaindigena.org/pdf/Proyecto%20de%20Ley%20sobre%20Reconocimiento%20Constitucional%20de%20los%20Pueblos%20Indigenas%201991%20-%202013.pdf> >. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

b) HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena. 2005. Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional pendiente. [en línea]. <<http://creasfile.uahurtado.cl/LOS%20PUEBLOS%20IND%C3%8DGENAS%20Y%20SU%20RECONOCIMIENTO%20CONSTITUCIONAL%20PENDIENTE.%20LEXISNEXIS.pdf> >. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

¹⁷³ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2013. No nos toman en cuenta. Pueblos Indígenas y Consulta Previa en las Pisciculturas de

En efecto, desde la vuelta a la democracia, en los años 90, han existido variados proyectos de reforma a la Constitución¹⁷⁴ que buscaban el reconocimiento de los pueblos indígenas y de sus derechos, los cuales o han sido rechazados o no han logrado el quórum necesario para su aprobación, como sucedió con la reforma del 2005. En buena medida ha sido el uso del término “pueblos” lo que ha dificultado la aceptación de estas reformas constitucionales, pues muchos parlamentarios han temido que el reconocimiento de esa entidad de origen a demandas reivindicativas que pongan en cuestión la existencia y unidad del “pueblo o nación chilena”.

En cuanto a la implementación de futuras reformas constitucionales, la obligación que tiene del Estado chileno de llevar adelante un proceso de consulta de conformidad al Convenio 169 y a los estándares internacionales, para la adopción de las mismas, fue expuesta incluso por el Relator Especial para Pueblos Indígenas, James Anaya, cuando estuvo en Chile en abril de 2009. Tras su visita, Anaya declaró que "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

la Araucanía. [en línea]. Santiago. Ediciones Universidad Diego Portales. < http://hrp.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2013/09/NNTC_completo.pdf >. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 182

¹⁷⁴ HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena. Ob. Cit. (nota 172, letra b)). Pág.11

indígenas dentro del marco de una sociedad democrática y las normas internacionales a las que el Estado de Chile adhiere"¹⁷⁵.

Habiendo señalado sucintamente, el origen de nuestra actual Constitución, y su inexistente reconocimiento hacia los pueblos originarios del país, lo que ha provocado una sistemática invisibilización de los mismos por parte del Estado; así como las reformas que se han intentado para salvaguardar tal defecto, pasaremos a abordar ciertos aspectos relevantes de la Constitución que tienen directa relación con este trabajo.

2.1.1. Los tratados internacionales en la Constitución Política de la República.

Resulta importante abordar el tema de los tratados internacionales en este punto, en atención al estatus que tienen en la Carta Fundamental y en atención a que el instrumento internacional que establece el derecho de consulta previa de los pueblos indígenas se enmarca dentro de esta categoría. En este sentido, a fin de comprender de mejor manera lo que es un tratado internacional, debemos tener claro que ellos son una fuente del derecho distinta que la ley y de la normativa interna de un país, debido a su diversa naturaleza. La ley y los reglamentos son actos jurídicos autónomos y unilaterales del

¹⁷⁵ ANAYA, James. Ob. Cit. (nota 162). Párr. 65.

Estado, esencialmente modificable por la misma voluntad jurídica que lo generó. El tratado se origina en un acuerdo internacional, producido entre Estados soberanos o entre Estados soberanos y organismos internacionales, regido por el derecho internacional, por esta razón no existe ninguna posibilidad de asimilación conceptual entre el tratado y la ley u otra regulación interna de un país.

En cuanto a la definición de “tratado”, podemos encontrarla en la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, su artículo 2º, letra a), la cual fue señalada en el capítulo preliminar¹⁷⁶.

Respecto a la interrelación de los tratados y las leyes, y el posible conflicto normativo que se pudiese originar en nuestro ordenamiento jurídico al momento de su aplicación, es dable preguntarse la jerarquía que tienen estos instrumentos internacionales dentro de la legislación nacional. Pues bien, en Chile la Constitución dispone en el artículo 5, que: “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de Los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Como se puede observar, la Carta Fundamental no establece cuál es la jerarquía de los tratados internacionales (como el Convenio 169), frente al

¹⁷⁶ Para mayor información, recomendamos ver pie de página n°17 de la presente memoria.

ordenamiento jurídico interno, por lo que es necesario acudir al Tribunal Constitucional, como intérprete de la Constitución, quien en sentencia del año 2002, definió que los tratados son inferiores a la Constitución, pero superiores a cualquier otra norma jurídica: “los tratados constituyen una jerarquía de normas que están por debajo de la Constitución, pero antes de la ley común y de todas las demás normas jurídicas que se dicten dentro del Estado, de manera, entonces, que debe prevalecer, en el derecho interno, todo el contenido de los tratados que regularmente se hayan tramitado y siempre que tal contenido esté dentro de los preceptos constitucionales”¹⁷⁷.

Aunque el Tribunal Constitucional aparentemente zanjó este asunto, creciente jurisprudencia de la Corte Suprema ha moderado este pronunciamiento¹⁷⁸. No obstante, de variados fallos emitidos por la misma, se puede concluir que los tratados de derechos humanos, como el Convenio 169, forman parte del texto constitucional¹⁷⁹ ¹⁸⁰, “en definitiva los derechos humanos

¹⁷⁷ CHILE. Tribunal Constitucional. Rol N°346/2002. Sentencia de 8 de Abril de 2002.

¹⁷⁸ La distinta naturaleza de dichas fuentes normativas fue aclarada por la reforma constitucional del año 2005 al artículo 54 N° 1 de la Carta Fundamental, que señaló que “en lo pertinente el tratado quedará sometido a la tramitación de la ley”. De esta reforma nació desde algunos autores la tesis de la jerarquía legal de los tratados, la cual indica que un eventual conflicto normativo de un tratado internacional con una ley o un decreto con fuerza de ley sólo podría ser zanjado por la aplicación del criterio de temporalidad, es decir, si la ley o norma con rango legal es posterior dejará sin efecto el tratado internacional anterior que la contradiga. Sin embargo, el cumplimiento de las obligaciones internacionales obliga a desechar esta solución, principalmente por lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, que dispone: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

¹⁷⁹ OTERO RUIZ, Alejandra. Ob. Cit. (nota 77). Pág. 64.

asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos”¹⁸¹.

En el caso del Convenio N°169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT, la doctrina internacional y los organismos internacionales, como la OIT, consideran que el citado Convenio se enmarca dentro de los tratados de derechos humanos existentes en materia internacional, ya que sus disposiciones derivan del respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que en este caso serían específicamente los de los pueblos originarios¹⁸².

Cabe hacer presente que en nuestro país para que un tratado internacional se encuentre incorporado a nuestra legislación, debe ser negociado y suscrito por el Presidente de la República, aprobado por el

¹⁸⁰ Recordemos que la definición de convenio o tratado se encuentra definido en el pie de página número 17 de la presente memoria. En cuanto a la naturaleza jurídica del Convenio 169, ésta será tratada en el punto 2.2. de este capítulo; y para profundizar más sobre el rango jerárquico del Convenio 169, puede remitirse apartado 2.2.3 de este capítulo, denominado "Alcances de la aplicación del Convenio 169 en Chile", especialmente su punto N° 1.

¹⁸¹ CHILE. Corte Suprema de Justicia. Rol N° 3.125/2004. Sentencia de 13 de Marzo de 2007.

¹⁸² OTERO RUIZ, Alejandra. Ob. Cit. (nota 77). Pág. 64.

Congreso Nacional, ratificado por el Jefe de Estado y , promulgado y publicado en el Diario Oficial, en conformidad a lo prescrito por la Constitución¹⁸³.

Finalmente, se puede establecer que la relación entre un tratado internacional y la Constitución es compleja, debiendo analizarse en el sentido de evitar el conflicto normativo entre ambos, mediante el control previo de constitucionalidad del tribunal Constitucional. En el caso de que se observe una incompatibilidad entre Tratado y Constitución, el Estado tendrá, al menos, tres vías a su alcance: a) no seguir adelante con su tramitación; b) plantear las reservas pertinentes, en el caso de ser admisibles; y c) reformar la Constitución para que sea concordante con el tratado. De esta forma, es evidente la importancia del control previo y obligatorio de constitucionalidad de los tratados

¹⁸³ La Constitución señala en su artículo 32 N°15 que “Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 15°.- Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 N° 1°. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere;”.

Igualmente, el artículo 54 N°1 prescribe: “Son atribuciones del Congreso: 1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley (...).”.

En cuanto a mecanismos de control establecidos en la Constitución para los tratados y su incorporación al orden jurídico interno, encontramos el efectuado por el Tribunal Constitucional, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, números 1 y 3, que establecen : “ Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 1°.- Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación;(…) 3°.- Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.”

internacionales, en tanto evita el conflicto normativo entre tratado y Constitución, e impide el control represivo de constitucionalidad.

2.1.2. Las municipalidades en la Constitución Política de la República.

Continuando con el análisis de la Constitución en el marco del presente trabajo, debemos señalar que el artículo 38, y los artículos 118 y siguientes se refieren explícitamente a las municipalidades, y que, si bien en este punto se expondrán sucintamente estos articulados, más adelante, en el capítulo III se analizará detalladamente la naturaleza jurídica de dicho organismo público; luego, en el capítulo IV, se analizarán las medidas emitidas por las municipalidades susceptibles de afectación a los pueblos originarios; para terminar en el capítulo V con el análisis de la aplicación de la consulta previa a nivel municipal.

Los artículos 118 y siguientes de la Carta Fundamental establecen la “Administración Comunal”, señalando que “Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna”; asimismo, el inciso 2° del artículo 118 dispone que “La ley orgánica

constitucional respectiva establecerá las modalidades y formas que deberá asumir la participación de la comunidad local en las actividades municipales (...). Del mismo modo, su inciso 5° expresa que “Una ley orgánica constitucional determinará las funciones y atribuciones de las municipalidades. Dicha ley señalará, además, las materias de competencia municipal que el Alcalde, con acuerdo del concejo o a requerimiento de los 2/3 de los concejales en ejercicio, o de la proporción de ciudadanos que establezca la ley, someterá a consulta no vinculante o a plebiscito, así como las oportunidades, forma de la convocatoria y efectos(...)”¹⁸⁴.

2.2. Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT en Chile.

Tal como lo expresamos en el capítulo I, en septiembre del año 2009 entró en vigencia en Chile el Convenio 169 de la OIT, uno de los instrumentos internacionales más importantes en materia de derechos de los pueblos indígenas, con estándares plenamente vinculantes para los Estados que lo ratifican. La ratificación del Convenio por parte de nuestro país, respondió a una

¹⁸⁴ Por su parte, el artículo 38, inciso 2°, prescribe la responsabilidad de los órganos de la administración del Estado al indicar que “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

de las reivindicaciones más importantes y antiguas de estos pueblos, iniciada cuando Chile recuperaba la democracia, a fines de la década de los ochenta. Por ello, su puesta en práctica es uno de los pasos más relevantes que ha dado nuestro país para la vigencia efectiva de los derechos que se reconocen a los pueblos originarios.

Respecto a la naturaleza jurídica del Convenio, podemos decir que se trata de un instrumento internacional regido tanto por el derecho internacional general como por el derecho interno del Estado parte que lo haya ratificado, de conformidad con las propias normas del segundo y del derecho internacional. Desde el punto de vista de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como explicamos en el punto 2.1.1, es un tratado internacional, ya que, según la propia Convención, ambos términos son equivalentes. Por ende, pertenece al derecho internacional convencional, siendo regido por el derecho internacional general. En otras palabras, ha nacido a la vida jurídica por un acto de voluntad del organismo del Estado que, de conformidad con la Constitución Política, tiene el poder de celebrar tratados y haya, además, satisfecho los requisitos exigidos por el derecho internacional general para su legal conformación.

De esta forma, y en atención a que el Convenio 169 ya fue analizado en un contexto general en el punto 1.2 del capítulo I, nos abocaremos a exponer sobre la historia de su implementación en Chile, analizando el pronunciamiento

emitido por el Tribunal Constitucional y los alcances que dicho instrumento tiene en nuestro país.

2.2.1. Implementación del Convenio 169 en Chile.

Cabe señalar que en el año en que surgió el Convenio 169, nuestro país estaba iniciando el proceso de transición política, desde una dictadura militar hacia una democracia. Así las cosas, la ratificación del Convenio por parte de nuestro país fue una de las promesas que la Concertación de Partidos por la Democracia realizó en 1989 al suscribir el Acuerdo de Nueva Imperial¹⁸⁵ con representantes de pueblos indígenas¹⁸⁶. Como se puede apreciar, nuevamente la política indígena de Chile se vinculó a una necesidad mayor, esta es, la del nuevo gobierno que pudiera dar estabilidad al país, consiguiendo para ello el apoyo del sector indígena, tal como se hiciera a comienzos del siglo XIX^{187 188}.

¹⁸⁵ ACTA DE COMPROMISO. [en línea]. Nueva Imperial, 01 de Diciembre de 1989. <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/biblioteca/doc_details/21-acuerdo-de-nueva-imperial-1989.htm> [consulta: 18 de Marzo de 2015].

¹⁸⁶ CONTESSE, Jorge y LOVERA, Domingo.2011. El Convenio 169 de la OIT en la Jurisprudencia Chilena: Prólogo del Incumplimiento. [en línea]. Anuario de Derecho Público, N° 1. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. <http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2011/06_Contesse_Lovera.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 128

¹⁸⁷ Recordemos lo descrito en cuanto a la historia de los pueblos indígenas chilenos en el letra C del capítulo preliminar de este trabajo.

No obstante el compromiso anterior, la elite política del país, durante la década de los 90, negó en reiteradas oportunidades la ratificación del Convenio, así como la posibilidad de reformar la Constitución para dar reconocimiento a los pueblos originarios¹⁸⁹. Sin embargo, al iniciarse el siglo XXI, tanto la corriente indigenista internacional, como la nacional, han promovido dicha ratificación y reconocimiento, traducándose en la aprobación del primero, y de una nueva promesa del segundo en una esperada nueva constitución.

En este contexto, la ratificación del Convenio 169 en Septiembre de 2008, y su entrada en vigencia en Septiembre de 2009, estuvieron marcadas por una muy prolongada discusión legislativa. En efecto, el proyecto de acuerdo¹⁹⁰ fue ingresado en 1990 y aprobado casi veinte años después. La discusión parlamentaria giró siempre en torno de los alcances jurídicos de ratificar un tratado de estas características, siendo la piedra de tope de ciertos sectores, como ya se adelantó, la terminología que utiliza el Convenio para definir ciertas entidades. El concepto de “pueblo¹⁹¹” fue (y sigue siendo) objeto de las mayores suspicacias, cuando no de una férrea oposición¹⁹².

¹⁸⁸ Para mayor información se recomienda leer: NAMUNCURA, Domingo. Ob. Cit. (nota 68).

¹⁸⁹ El tema de los proyectos de reformas constitucionales que pretendían obtener el reconocimiento de los pueblos originarios fue tratado en el punto 2.1. de este capítulo, específicamente en su pie de página N° 172.

¹⁹⁰ Mensaje de S. E. el Presidente de la República. Proyecto de acuerdo relativo al Convenio N°169 sobre pueblos indígenas, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 27 de Junio de 1989, Boletín 233-10, 21 de Diciembre de 1990.

¹⁹¹ La noción de “pueblo indígena” fue definida en la letra A del capítulo preliminar de esta memoria.

Tampoco el proceso legislativo estuvo exento de tensiones extraparlamentarias. Además de las diferencias políticas en el seno del Congreso, comenzaba a tener presencia, el ya indicado, emergente movimiento indigenista, que articulaba de manera creciente las demandas de los pueblos originarios en cuanto a sus derechos. Por todo ello, la ratificación del Convenio fue considerada por todos los actores involucrados como un gran paso adelante: había sido una demanda y una promesa desde el inicio de la transición a la democracia, y era importante que el Estado chileno diera muestras ciertas de su compromiso por alinear sus políticas internas a las exigencias internacionales en estas materias¹⁹³.

Entre las disposiciones más relevantes del Convenio 169 podemos citar las siguientes¹⁹⁴:

¹⁹² Los problemas indicados en cuanto a la ratificación del Convenio 169 fueron planteados también por doña Antonia Urrejola, en la entrevista realizada para efectos del presente trabajo, al señalarlos que "(...) el proceso de ratificación del Convenio, fue un proceso muy lento, muy complejo, me imagino que ustedes estudiaron todo lo que fue la decisión en el Congreso, y ese mismo proceso de discusión para su ratificación también se ve hoy día en la aplicación; es decir, yo creo que en Chile hay una tensión súper fuerte respecto del tema de las autonomías. Creo que hay una falta de comprensión respecto a lo que es la autonomía de los pueblos indígenas, todavía es un tema muy fuerte y existe una confusión respecto a lo que es una autonomía con lo que es segregación del Estado, autodeterminación de los pueblos en el sentido de soberanía política y división del Estado, en el fondo, y eso se ve también en lo que es la consulta indígena y el Convenio 169". Anexo N° 6.

¹⁹³ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Ob. Cit. (nota 173). Pág. 29.

¹⁹⁴ DONOSO, Sebastián. 2008. Chile y el Convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro. [en línea]. Temas de la Agenda Pública N° 16, año 3, Abril 2008. Centro de Políticas Públicas UC, Pontificia Universidad Católica de Chile <http://politicaspublicas.uc.cl/cpp/static/uploads/adjuntos_publicaciones/adjuntos_publicacion_archivo_adju nto_a71856f201d91db2.53544131362e706466.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 5 y 6.

1. Definición de pueblos indígenas¹⁹⁵,
2. Utilización del término “pueblos” y no “poblaciones”.
3. Establecimiento de ciertos derechos a los pueblos indígenas, entre ellos: a) Derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo; b) Derecho a los recursos existentes en sus tierras, lo que comprende su derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos; c) Derecho de participar en la adopción de decisiones respecto a políticas y programas que les conciernen.
4. Establecimiento de principios y obligaciones para los Estados parte, entre ellos: a) No discriminación (negativa); b) Discriminación positiva; c) Participación y Consulta; d) Tierras o territorios: al respecto, el Convenio obliga a los Estados a respetar la relación que tienen los pueblos originarios con la tierra; así mismo, se incluye dentro del concepto “tierra” el de “territorios”, entendiéndose como tal la totalidad del hábitat que los indígenas ocupan o utilizan de alguna manera; igualmente, pretende el reconocimiento por parte de los Estados del derecho de propiedad sobre las tierras que ocupan los indígenas, así como salvaguardar el derecho a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupados por ellos pero a las que tradicionalmente

¹⁹⁵ Ob. Cit. (nota 191).

hayan tenido acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

En el siguiente apartado, se señalará el pronunciamiento del Tribunal Constitucional al referido Convenio, con el objeto de entender la dificultad de su aplicación en Chile.

2.2.2. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

En Julio del año 2007, un grupo de 31 parlamentarios presentó ante el Tribunal Constitucional un requerimiento, solicitándole que ejerciera el control de constitucionalidad, conforme al artículo 93 N°1 de la Constitución de la República, respecto a los artículos 6, N° 1, letra a), y N° 2, y 7º, N° 1, oración segunda, del Convenio 169¹⁹⁶ (referentes a la consulta previa y participación indígena). Luego del examen respectivo, el tribunal rechazó finalmente el

¹⁹⁶ Convenio 169: "Artículo 6. 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; (...)

2. 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".

"Artículo 7. 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente." Lo sometido a control de este último precepto es la oración final.

citado requerimiento¹⁹⁷, sosteniendo una serie de argumentos, de los cuales señalaremos los más importantes:

1. El considerando décimo tercero señala que de la consulta a los pueblos interesados que dispone el N° 1 del artículo 6° del Convenio no podrá entenderse que implique el ejercicio de soberanía. Además, la forma de participación consultiva que la norma en examen contempla tampoco podría adoptar la modalidad de un plebiscito o de una consulta popular vinculante, los cuales son regulados por la Constitución Política de la República en sus artículos 118 y 128.
2. Su considerando décimo cuarto agrega que debe entenderse que al disponer el artículo 6, N° 2, que la finalidad de las consultas es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece.
3. Igualmente, el considerando décimo quinto indica que la posibilidad de participación que las normas en análisis del Convenio entregan a los pueblos indígenas no pugnan con el principio de participación con

¹⁹⁷ CHILE. Tribunal Constitucional. Rol N°1050/2008-CPR. Sentencia de 3 de Abril de 2008. [en línea]. <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=904>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

igualdad de oportunidades en la vida nacional, que consagra el artículo 1º de la Carta Fundamental, toda vez que ellas disponen, para un grupo socioeconómicamente vulnerable, con la especificidad histórica cultural que le es propia, un mecanismo de participación que no tiene carácter vinculante.

Cabe hacer mención que este no fue el primer requerimiento sometido al Tribunal Constitucional, puesto que en el año 2000 se formuló otro, con el objeto de declarar inconstitucional tanto el Convenio en su integridad como ciertos artículos¹⁹⁸, el cual fue, en su oportunidad, también rechazado¹⁹⁹.

¹⁹⁸ CHILE. Tribunal Constitucional. Rol N° 309/2000. Sentencia de 4 de Agosto de 2000. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=310>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

¹⁹⁹ En la sentencia en causa Rol 1.050 del 3 de Abril de 2008, el Presidente del Tribunal concurre al fallo teniendo presente el requerimiento del año 2000, señalando: “3º. Que en el aludido requerimiento se planteó la inconstitucionalidad de las siguientes disposiciones: Artículo 9º, numeral 1º, al establecer una norma de excepción en materia penal; Artículo 9º, numeral 2º, que considera las costumbres de dichos “pueblos” al aplicar sanciones penales; Artículo 10º, numerales 1º y 2º, que toma en cuenta las características económicas, sociales y culturales en la imposición de las sanciones, dándose preferencia a aquellas distintas al encarcelamiento; Artículo 14, que impone al Estado la obligación de reconocer el derecho de propiedad y la posesión a los “pueblos interesados” sobre “las tierras que tradicionalmente ocupan”; Artículo 15, que afecta el derecho del Estado sobre las minas, como igualmente el derecho real de quienes tienen concesiones mineras, al imponerles limitaciones a favor de un grupo étnico determinado; y Artículo 17, numeral 2º, que impone a los chilenos de origen indígena una limitación a su derecho de dominio sobre bienes raíces, al obligarlos a consultar a “sus pueblos” previamente para disponer de sus tierras fuera de sus comunidades;4º. Que, en la sentencia de 4 de agosto de 2000, el Tribunal indicó que, respecto del artículo 9º, numeral 1º del Convenio: “al ser incompatible con el sistema constitucional chileno de solución de conflictos penales, no puede tener aplicación y, como su natural consecuencia, no permite ser tachado de inconstitucional, toda vez que dispone el tratado que la norma en análisis va a recibir aplicación sólo en cuanto sea compatible con el sistema jurídico propio de cada Estado.”

En tanto que, en relación al artículo 9, numeral 2º, del Convenio, señaló que: “en la medida en que autoriza al juez para tomar en cuenta la costumbre, no contraviene la Constitución Política, toda vez que la jurisdicción que ejerce y que, para el caso concreto, se singulariza en su competencia específica, lo autoriza para ponderar todos los elementos de hecho y de derecho ventilados en el proceso, entre los cuales pueden encontrarse las costumbres de los pueblos indígenas, sin que ello violente, de manera alguna, la igualdad ante la ley, y menos, la igual protección de sus derechos ante la justicia que ésta le brinda.”

Sobre el artículo 14 del Convenio, indicó que: “el Convenio no ejecuta por sí mismo las medidas sino que invita al Estado a ponerlas en ejecución, debe precisarse que los procedimientos necesarios para

En ambos fallos el Tribunal Constitucional realiza una distinción entre “normas programáticas” (“no auto-ejecutables” o “*non self executing*”), respecto de las cuales se requiere actividad normativa de implementación, y las “normas auto-ejecutables” (o “*self executing*”), que tienen fuerza vinculante sin necesidad de reglamentación posterior, señalando la sentencia del año 2008 que corresponden a esta última categoría los artículos sometidos a su conocimiento²⁰⁰. Las consecuencias de la anterior distinción implican que la normativa que se entiende autoejecutable se considerará en vigor desde la entrada en vigencia del Convenio, mientras que las disposiciones programáticas imponen al Estado la obligación de dictar normas para su implementación,

implementarlas, deben ajustarse al marco del sistema jurídico nacional en el que, ni la Constitución Política ni la ley, dan cabida a expropiaciones para tal efecto”, añadiendo que “no queda comprendido en el marco del sistema jurídico nacional de expropiaciones,” por lo que “tampoco vulnera el artículo 19, N° 24°, de la Carta Fundamental.”

En relación al artículo 15 del Convenio expresó que: “no compromete las bases constitucionales del régimen de concesiones mineras, ni afecta los derechos de los concesionarios”, indicando más adelante que “al ser en su esencia programática y al confirmar el derecho de los pueblos indígenas de acceder a la propiedad minera, se ajusta a la preceptiva constitucional, no existiendo reproche que hacerle en este sentido.”

Añade el Tribunal que sobre el artículo 17 del Convenio: “no impone a los chilenos de origen indígena ninguna limitación nueva a su derecho de dominio ni violenta el artículo 19, N° 24°, de la Constitución Política (...).”

²⁰⁰ El considerando 6° de la sentencia en causa Rol 1.050 del 3 de Abril de 2008 señala “(que del) artículo 7, N° 1°, oración final, del tratado en estudio (...) es suficiente para estimar que estamos en presencia de una norma autoejecutable como se infiere con claridad de la forma imperativa en que se encuentra redactada al disponer que los pueblos “deberán participar” (...). Igualmente, su considerando 7° indica: “7°. Que, por su parte, el artículo 6°, N° 1°, letra a), del tratado en estudio (...) a juicio del Tribunal, tiene el carácter de autoejecutable o de aplicación directa (...).”

quedando su entrada en vigencia supeditada a la dictación de dicha normativa²⁰¹.

Respecto a ambas sentencias, la doctrina ha sido fuertemente crítica, tanto por parte de los detractores del Convenio como de aquellos que los apoyan. Así, por ejemplo, el jurista Arturo Fermandois señala, entre otras cosas, que la distinción aludida no existe en nuestro ordenamiento jurídico²⁰². De igual forma, los juristas Jorge Contesse y Domingo Lovera critican la exigua argumentación del fallo, donde el Tribunal Constitucional no se refirió sobre “cómo los órganos del Estado pueden honrar el compromiso de cumplir de buena fe el tratado internacional y ejercer sus competencias. Sin embargo, en lugar de señalar cómo el Convenio puede tener aplicación, la sentencia se encarga de enumerar obligaciones que no emanan del Convenio (...)”²⁰³.

²⁰¹ Esta doctrina se remonta a un fallo de 1829 de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Foster & Elam v. Neilson, y distingue en un tratado las cláusulas que son autoejecutables o self executing de aquellas que se consideran no autoejecutables, programáticas o non self executing. DONOSO, Sebastián. 2009. Convenio 169 de la OIT: implicancias de una ratificación [en línea]. Documento de Trabajo N° 8, Noviembre, 2009. Facultad de Gobierno, Facultad de Economía y Negocios, Universidad del Desarrollo. <<http://gobierno.udd.cl/files/2012/12/Sebastian-Donoso.-11-2009.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 9.

²⁰² DONOSO, Sebastián. Ob. Cit. (nota 194). Pág. 7.

²⁰³ CONTESSÉ, Jorge y LOVERA, Domingo. 2010. Pueblos Indígenas y Participación Política en la Óptica del Tribunal Constitucional. [en línea]. Anuario de Derecho Público, N° 1, 2010. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales <http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2010/03_Contesse_Lovera.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 30 y 31.

En el mismo texto, los mencionados autores critican “el escaso rigor con que el TC (Tribunal Constitucional) se acerca a la interpretación de fuentes del derecho internacional, así como en la insuficiente disposición que exhibe de servir como agente que abra los canales de participación a grupos marginados del proceso político, como ocurre con los pueblos indígenas”. Pág. 25.

Es especialmente grave la posición del Tribunal Constitucional en cuanto a la “consulta”, toda vez que en su considerando décimo cuarto señala “que la finalidad de las consultas es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión (...)”. Como puede apreciarse de la sola lectura, el considerando desvirtúa el valor intrínseco dado a la consulta por el Convenio, los organismos internacionales y el derecho internacional, toda vez que ésta debiera servir de oportunidad para influir de forma efectiva en las decisiones que afecten los intereses de los pueblos indígenas. A su vez, referido a la “participación”, la sentencia del Tribunal Constitucional, en su considerando décimo quinto, tampoco se extiende mayormente en el tema, limitándose a señalar su concordancia con el artículo 1° de la Constitución Política de la República, y resaltando que el mecanismo de participación “no tiene carácter de vinculante”.

2.2.3. Alcances de la aplicación del Convenio 169 en Chile.

El Convenio 169 finalmente entra en vigor en Chile el 15 de Septiembre de 2009, generando una serie de implicancias de carácter políticas, jurídicas y de políticas públicas, las que serán abordadas, a grandes rasgos, en los próximos párrafos.

Desde el punto de vista político, a nivel interno, la entrada en vigencia del Convenio vino a cumplir la promesa hecha por la Concertación desde 1989, pero no generó la total conformidad de los pueblos indígenas, toda vez que, por una parte, las expectativas respecto a éste habían aumentado²⁰⁴, y por otra, con el fallo del Tribunal Constitucional se supeditaba la implementación de muchas de sus normas a una reglamentación posterior, que, para algunos, limitaría la aplicabilidad de éstas, contradiciendo, por tanto, al espíritu del mismo (basta recordar la interpretación de la “consulta” hecha por el Tribunal Constitucional, al referirse a ella como “una forma de recabar opinión”, restándole la importancia que a nivel internacional le han dado).

Desde el punto de vista internacional la imagen del país mejoró, ya que, mientras estuvo pendiente la aprobación del Convenio, diversos organismos internacionales presionaron para la efectiva ratificación de éste. Sin embargo, el problema que acontece actualmente es la aplicación efectiva del Convenio, con su respectiva reglamentación, que ha sido blanco de numerosas críticas, tanto por expertos como por organismos internacionales y los propios pueblos indígenas²⁰⁵.

²⁰⁴ No sólo las expectativas respecto al Convenio, sino también a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas, suscrita por Chile en el año 2007, siendo esperable “que muchos líderes y organizaciones presionen para que el Estado cumpla las disposiciones de dicha Declaración en todo lo que “excede” los derechos y garantías establecidos en el Convenio”. DONOSO, Sebastián. Ob. Cit. (nota 201). Pág. 5.

²⁰⁵ En opinión del Relator Especial James Anaya, el texto de la Propuesta (hoy Reglamento) “presenta algunas deficiencias y debería ser revisado para mejor asegurar el establecimiento e implementación de

Desde el punto de vista de políticas públicas orientadas a los pueblos indígenas, genera una obligación por parte del Estado de Chile de adecuar la normativa existente a lo establecido en el Convenio, partiendo de ciertos principios que antes no eran considerados al momento de planificar dichas políticas, como “los derechos ancestrales” o la protección de las tierras y recursos naturales asociados a pueblos originarios²⁰⁶.

Finalmente, desde el punto de vista jurídico, la aplicación del Convenio en Chile generó (y genera) una serie de cuestiones:

procesos de consulta que en la práctica sean conformes a la normativa internacional”, ver: ANAYA, James. Ob. Cit. (nota109). Pág.4.

En el mismo sentido, el Instituto Nacional de Derechos Humanos a expresado que "considerando que actores relevantes se marginaron de este proceso, incluidos aquellos que expresaron la voluntad de participar, y por lo tanto, no habiendo renunciado a su derecho a ser consultados, es que estimamos que se debe asumir que lo que se avanzó en términos de acuerdo se conciba como una primera etapa, de un proceso más inclusivo y participativo. De esta manera creemos que es posible avanzar en la legitimidad y eficacia del proceso realizado y evitar cuestionamientos significativos por parte de los pueblos indígenas". INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2013. Informe misión de Observación Mesa de Consenso Indígena. Agosto de 2013. [en línea] <<http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/588/Informe?sequence=1>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 17.

Asimismo el Alcalde de Tirúa Adolfo Millabur, quien fue uno de los expositores en la jornada de consulta indígena organizada por el Ministerio de Desarrollo Social el 5 de septiembre de 2014 en dicha localidad, señaló que "este proceso debiera garantizar lo que indica el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)", el que fue, de acuerdo al edil, "debilitado por el Decreto Supremo N° 66, creado durante el gobierno de Sebastián Piñera". Este decreto, continuó el Alcalde, "restringe la amplitud y alcances del Convenio 169, haciendo inoperante su articulado". "Como dirigente mapuche, me interesa saber si hay una voluntad verdadera por anular o modificar el decreto 66, pues éste entorpece y supedita de tal manera el Convenio de la OIT, que al final resulta inoficioso". MUNI TIRUA. 2014. Inician proceso de consulta indígena en Tirúa. [en línea]. Tribuna del Bio-Bio.cl 10 de Septiembre de 2014. <http://www.tribunadelbiobio.cl/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=8836&Itemid=93>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

²⁰⁶ El abogado Sebastián Donoso señala que “la aprobación del Convenio plantea cuestiones de fondo que tienen que ver diseño global de la política pública hacia los indígenas. Desde este punto de vista, entonces, la forma que adopte la implementación del Convenio tendrá implicancias que marcarán el presente y futuro de muchas generaciones de indígenas y, ciertamente, del resto de los chilenos”. DONOSO, Sebastián. Ob. Cit. (nota 201). Pág. 6.

1. Su rango o jerarquía respecto de otras normas. Cabe señalar, que el Tribunal Constitucional²⁰⁷, en su fallo del 4 de Agosto de 2000, le dio rango constitucional al artículo 7, N°1, oración segunda, así como al artículo 6, N°1, letra a) y N°2, indicando que el resto de las normas del Convenio tenían jerarquía de ley simple²⁰⁸. No obstante lo anterior, algunos autores son de la opinión que el Convenio tiene rango constitucional²⁰⁹. El problema radica

²⁰⁷ Recordemos lo tratado previamente en el punto 2.2.2. de este capítulo, sobre el pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto del Convenio 169.

²⁰⁸ A mayor abundamiento, en sentencia en causa Rol N° 2.387 (acumulada con Rol N°2.388-12) de fecha 23 de Enero de 2013, emitido por el Tribunal Constitucional, señala en su considerando duodécimo : "DUODÉCIMO: Que la sola lectura de las normas contenidas en los artículos 5°, inciso segundo, 32, N° 17°, y 54, N° 1, de la Constitución chilena, que se refieren a los tratados internacionales, es suficiente para concluir que nuestro texto fundamental no contiene una mención explícita al rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando éstos versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Con todo, de su contexto se infiere que los tratados internacionales tienen un rango inferior a la Constitución, porque están sometidos a control preventivo obligatorio de constitucionalidad cuando tratan materias de ley orgánica constitucional, conforme al artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Carta Fundamental, lo que no sería posible si su valor fuere igual o superior a la Constitución misma (...)".

²⁰⁹ El observatorio ciudadano ha sostenido la tesis que el Convenio tiene un rango constitucional (Aylwin, 2009): "Como tratado de derechos humanos, el Convenio 169 además se integra al ordenamiento jurídico interno. De acuerdo al artículo 5, inciso segundo, de la Constitución, es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos humanos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Por lo mismo, como lo ha reconocido la jurisprudencia y el propio gobierno en sus informes ante la ONU, los derechos establecidos en él, se integran al ordenamiento jurídico con rango constitucional". Asimismo, en su "manual" sobre la implementación del Convenio en Chile (Conadi, 2008, págs. 94-95), el gobierno expuso su interpretación del asunto en una línea similar "Por su parte, el artículo 5, inciso segundo, de la Constitución consagra el deber de los órganos del Estado no sólo de respetar y promover los derechos contenido en la misma Constitución (artículo 19) sino también los contemplados en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, aplicando a este caso, el Convenio 169. En consecuencia, no puede un órgano del Estado desconocer los derechos reconocidos en el Convenio y cualquier juez, ante el conflicto de normas, debe preferir las disposiciones del Convenio 169 a otras normas legales". Citado en: DONOSO, Sebastián. Ob. Cit. (nota 201). Pág. 8.

entonces en la posible colisión entre las normas del Convenio y las de leyes sectoriales²¹⁰.

2. La autoejecutabilidad de sus normas. Al respecto, de ser muchas o todas ellas autoejecutables, se incorporarían inmediatamente al ordenamiento jurídico chileno, pudiendo ser invocadas o exigidas por los pueblos indígenas ante los respectivos tribunales de justicia²¹¹. De no ser consideradas autoejecutables, deberían dictarse los reglamentos correspondientes para la aplicación del Convenio. Así las cosas, uno de los primeros decretos dictados fue el Decreto N°124, del 4 de Septiembre de 2009, del Ministerio de Planificación, a fin de regular la Consulta y la Participación de los Pueblos Indígenas, a pesar de que ambas fueron considerados

²¹⁰ El problema de ajustar legislación sectorial al Convenio 169 también fue planteado en la entrevista hecha a doña Antonia Urrejola, quien nos señaló que: "(...) Y el otro tema (el cual creo que se debe empezar a enfrentar en algún momento), es el de las políticas sectoriales, o legislación sectorial, y ahí me refiero básicamente al tema de los recursos naturales, como son el forestal, el minero, aguas. Necesariamente hay un problema ahí con la legislación sectorial que se tiene que ajustar al Convenio, ya que no es un tema fácil, yo sé que el tema con los empresarios no es un tema menor; soy consciente que para Chile es un desafío no menor ese, por el tipo de economía que tenemos". Anexo N° 6.

²¹¹ Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló, en sentencia en causa Rol N° 2.387 (acumulada con Rol N°2.388-12) de fecha 23 de Enero de 2013, en su considerando vigesimotercero que "consecuentemente, 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. Sólo 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".

como “autoejecutables” por el Tribunal Constitucional. Posteriormente, se dictó el Decreto Supremo N° 66 de 2014, del Ministerio de Desarrollo Social que aprueba Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena, en virtud del artículo 6 N°1 letra a) y N°2 del Convenio 169 de la OIT, derogando el Decreto 124 antes mencionado (ambos decretos serán tratados en los puntos 2.5 y 2.6 de este capítulo).

3. Ajustes o modificaciones a la legislación sectorial. Resulta lógica la necesidad de ajustar la legislación sectorial a las normas y principios establecidos en el Convenio, la interrogante dice relación con la forma de realizar dichas modificaciones y con la existencia de derechos adquiridos por parte de diversidad personas (ya sea naturales o jurídicas). Por ejemplo, con el Convenio 169 se introduce el concepto de “territorio” (indígena) el cual no estaba contemplado en nuestra legislación, por lo que estimamos que debiera modificarse la legislación sectorial²¹² (como el Código de Aguas, Código de Minería, Ley de Bases del Medio Ambiente, entre otros).

²¹² Entre las soluciones propuestas han estado la equiparación de estos nuevos conceptos con otros ya existentes en nuestro ordenamiento, como el de “Territorio” con el de “Áreas de Desarrollo Indígenas”.

4. Judicialización de estas cuestiones. Uno de los ejemplos más claros fue el proyecto que “Modifica, en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la Ley N° 18.892 y sus modificaciones”, sometido al trámite de revisión de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, y cuya sentencia de fecha 23 de Enero de 2013 (causa Rol N° 2.387, acumulada con Rol N°2.388-12) señala, en su considerando vigesimoquinto “Que, por tanto, este Tribunal no considera que las normas del proyecto de ley contenidas en el N° 20) del artículo 1°; en la letra c) del N° 3 del artículo 1°, y en el N° 48 del mismo artículo 1°del proyecto de ley Boletín N° 8091-21 vulneren la Constitución así como tampoco concurre la infracción formal relativa a la consulta previa establecida en el Convenio N° 169 de la OIT”²¹³.

²¹³ Dicha sentencia explicita todos los problemas señalados en los puntos anteriores referidos al Convenio: jerarquía, autoejecutabilidad, y ajustes o modificaciones a leyes sectoriales, que en este caso era la Ley de Pesca.

2.3. Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Al respecto, sólo nos remitiremos a lo relacionado con el presente trabajo, es decir, a la reglamentación del derecho a la consulta previa y su aplicabilidad en el ámbito municipal. Asimismo se hace presente que abordaremos con más profundidad a las municipalidades en los capítulos tercero y cuarto.

En razón de lo anterior, por ahora sólo cabe dejar establecido que la Ley N°18.695 nos señala, en su artículo 1, inciso 2, el carácter de órganos autónomos de derecho público de las municipalidades, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural²¹⁴. Su artículo 3²¹⁵ nos prescribe las funciones privativas de las municipalidades, como son la confección del plan

²¹⁴ Artículo 1º de la Ley N° 18.695 “La administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad. Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural”.

²¹⁵ Artículo 3º “Corresponderá a las municipalidades, en el ámbito de su territorio, las siguientes funciones privativas: a) Elaborar, aprobar y modificar el plan comunal de desarrollo cuya aplicación deberá armonizar con los planes regionales y nacionales; b) La planificación y regulación de la comuna y la confección del plan regulador comunal, de acuerdo con las normas legales vigentes; c) La promoción del desarrollo comunitario; d) Aplicar las disposiciones sobre transporte y tránsito públicos, dentro de la comuna, en la forma que determinen las leyes y las normas técnicas de carácter general que dicte el ministerio respectivo; e) Aplicar las disposiciones sobre construcción y urbanización, en la forma que determinen las leyes, sujetándose a las normas técnicas de carácter general que dicte el ministerio respectivo, y f) El aseo y ornato de la comuna. de las respectivas comunas”.

comunal de desarrollo, el plano regulador, el desarrollo comunitario, el tránsito y transporte público, lo relativo a construcción y urbanización y a aseo y ornato.

Por su parte, el artículo 6 y siguientes de la Ley en comento, señala los instrumentos de gestión de las municipalidades, siendo estos el plan de desarrollo municipal, plan regulador comunal y el presupuesto municipal²¹⁶. Respecto a las resoluciones municipales, estas pueden ser ordenanzas, reglamentos, decretos alcaldicios e instrucciones, conforme lo describe el 12 de la referida ley²¹⁷.

Finalmente, los artículos 93 y siguientes de la Ley 18.695²¹⁸ establecen la participación ciudadana, a través de ordenanza de participación ciudadana, el

²¹⁶ El plan de desarrollo comunal es, conforme lo describe el artículo 7 de la Ley N° 18.695, el "(...) instrumento rector del desarrollo en la comuna, contemplará las acciones orientadas a satisfacer las necesidades de la comunidad local y a promover su avance social, económico y cultural (...)". Asimismo, el inciso 2° del artículo prescribe "En todo caso, en la elaboración y ejecución del plan comunal de desarrollo, tanto el Alcalde como el concejo deberán tener en cuenta la participación ciudadana y la necesaria coordinación con los demás servicios públicos que operen en el ámbito comunal o ejerzan competencias en dicho ámbito".

²¹⁷ Artículo 12: "Las resoluciones que adopten las municipalidades se denominarán ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones.

Las ordenanzas serán normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad. En ellas podrán establecerse multas para los infractores, cuyo monto no excederá de cinco unidades tributarias mensuales, las que serán aplicadas por los juzgados de policía local correspondientes.

Los reglamentos municipales serán normas generales obligatorias y permanentes, relativas a materias de orden interno de la municipalidad.

Los decretos alcaldicios serán resoluciones que versen sobre casos particulares.

Las instrucciones serán directivas impartidas a los subalternos".

²¹⁸ Artículo 93 : "Cada municipalidad deberá establecer en una ordenanza las modalidades de participación de la ciudadanía local, teniendo en consideración las características singulares de cada comuna, tales como la configuración del territorio comunal, la localización de los asentamientos humanos, el tipo de actividades relevantes del quehacer comunal, la conformación etérea de la población y cualquier otro elemento que, en opinión de la municipalidad, requiera una expresión o representación específica dentro de la comuna y que al municipio le interese relevar para efectos de su incorporación en la discusión y definición de las orientaciones que deben regir la administración comunal.

consejo comunal de organizaciones de la sociedad civil, audiencias públicas, oficina de informaciones, reclamos y sugerencias, y plebiscitos comunales.

2.4. Ley N° 19.253 que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Pueblos Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

En 1993, el Congreso Nacional aprobó la Ley N° 19.253 que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Pueblos Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, conocida como “Ley indígena”, la cual fue publicada en el Diario Oficial el 5 de octubre del mismo año. El texto original de la ley provino de la Comisión Especial para Pueblos Indígenas (en adelante “CEPI”), constituida a petición del Presidente de la República –a esa época- don Patricio Alwyn Azócar, toda vez que el contar con un cuerpo legal específico para los pueblos indígenas era una de las demandas y promesas que habían quedado plasmadas en el Acuerdo de Nueva Imperial²¹⁹, entendiéndose que con ello podría mejorarse la situación de

Con todo, la ordenanza deberá contener una mención del tipo de las organizaciones que deben ser consultadas e informadas, como también las fechas o épocas en que habrán de efectuarse tales procesos. Asimismo, describirá los instrumentos y medios a través de los cuales se materializará la participación, entre los que podrán considerarse la elaboración de presupuestos participativos, consultas u otros”.

²¹⁹ ACTA DE COMPROMISO. Ob. Cit. (nota 185).

desventaja histórica y legal de los pueblos indígenas, y dar solidez al pacto fundacional de la renacida democracia chilena²²⁰.

El texto final aprobado, sin embargo, fue distinto del que había considerado la CEPI. Por entonces, los parlamentarios de oposición rechazaban la utilización de la expresión “pueblos”, ya que entendían que ella sólo podía reservarse para el pueblo chileno, y que lo apropiado era usar términos como “poblaciones indígenas” o “etnias”. Para los representantes de los pueblos indígenas, en cambio, la denominación “pueblos” era (y es) clave porque ello supone dar reconocimiento a sus derechos de carácter colectivo, y no sólo de carácter individual²²¹. Pero a esa fecha, Chile aún no había ratificado el Convenio 169, y la ley indígena determinó que la colectividad que tendría reconocimiento legal serían las “etnias”²²².

La citada ley instauró un procedimiento para que los indígenas se constituyeran legalmente (en “comunidades”) para acceder a beneficios económicos y prestaciones, estableciendo ciertas protecciones para las tierras

²²⁰ Al respecto, recomendamos leer el mensaje presidencial de 15 de Octubre de 1991 del “Proyecto de Ley relativo a la protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas”, boletín n°514. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 1993. Historia de la Ley N° 19.253 Establece normas sobre protección fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. [en línea]. <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30620>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

²²¹ *Ibíd.*

²²² Como podemos apreciar, uno de los puntos más discutidos al momento de aprobar la ley fue la utilización del término “pueblos”, discusión semántica que no sólo se dio al discutir esta Ley, sino también al momento de ratificar el Convenio 169, como quedó plasmado en el punto 2.2.1., párrafo 3 de este capítulo.

indígenas (en especial, respecto a su venta), y creando la Corporación de Desarrollo Indígena (en adelante e indistintamente “CONADI”), organismo que desde entonces se ha encargado de implementar la política pública indígena en Chile. A través de ésta se instauró, finalmente, un fondo de aguas y tierras que permitiría al Estado comprar estos bienes y traspasarlos a los indígenas que los hubiesen perdido a lo largo de la historia. Igualmente, la ley contemplaba una norma sobre participación indígena que, de alguna manera, aspiraba al cumplimiento de los estándares internacionales²²³, no obstante quedar como una mera proclamación, sin concretarse hasta el año 2009, momento en que fue reglamentada en conjunto con el ya aprobado Convenio 169 por medio de un decreto del Ejecutivo (Decreto Supremo N°124 de MIDEPLAN)²²⁴.

A continuación procederemos a enunciar las características principales de esta ley, entre las que encontramos:

1. El reconocimiento de la existencia de etnias indígenas en el territorio de la nación (artículo 1)²²⁵.

²²³ Las disposiciones de la ley, si bien son un avance comparadas con la ausencia de reglamentación que existía hasta esa fecha, y con las políticas de la dictadura de dividir a las comunidades y poner fin a la propiedad comunitaria, no alcanzaron a cumplir ni con las expectativas que los propios indígenas tenían, como tampoco con los estándares internacionales sobre la materia, en particular el Convenio 169 de la OIT.

²²⁴ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Ob. Cit. (nota 173). Pág. 27.

²²⁵ Artículo 1 “El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura.

2. Desvinculación de la definición de indígena de la radicación en tierras indígenas, integrando elementos culturales y de descendencia, además de la autoidentificación (artículo 2)²²⁶.
3. Reconocimiento del pluralismo cultural existente en Chile (artículo 1, inciso 2°, última párrafo).
4. Definición de “comunidad indígena” (artículo 9 y siguientes)²²⁷.
5. Definición de “tierras indígenas” y dictación de mecanismos tendientes a protegerlas (artículos 12²²⁸ y siguientes).

El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguita del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes.

El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores.

Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.”

²²⁶Artículo 2 “Se considerarán indígenas para los efectos de esta ley, las personas de nacionalidad chilena que se encuentren en los siguientes casos: a) Los que sean hijos de padre o madre indígena, cualquiera sea la naturaleza de su filiación, inclusive la adoptiva. Se entenderá por hijos de padre o madre indígena a quienes desciendan de habitantes originarios de las tierras identificadas en el artículo 12, números 1 y 2; b) Los descendientes de las etnias indígenas que habitan el territorio nacional, siempre que posean a lo menos un apellido indígena; Un apellido no indígena será considerado indígena, para los efectos de esta ley, si se acredita su procedencia indígena por tres generaciones, y c) Los que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena, entendiéndose por tales la práctica de formas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual o cuyo cónyuge sea indígena. En estos casos, será necesario, además, que se autoidentifiquen como indígenas”.

²²⁷ Artículo 9: “Para los efectos de esta ley se entenderá por Comunidad Indígena, toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones: a) Provengan de un mismo tronco familiar; b) Reconozcan una jefatura tradicional; c) Posean o hayan poseído tierras indígenas en común, y d) Provengan de un mismo poblado antiguo”.

²²⁸ Artículo 12: “Son tierras indígenas: 1° Aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de los siguientes títulos: a) Títulos de comisario de acuerdo a la ley de 10 de junio de 1823 b) Títulos de merced de conformidad a las leyes de 4 de diciembre de 1866; de 4 de agosto de 1874, y de 20 de enero de 1883. c) Cesiones gratuitas de dominio efectuadas conforme a la ley N° 4.169, de 1927; ley N° 4.802, de 1930; decreto supremo N° 4.111, de 1931; ley N° 14.511, de 1961, y ley N° 17.729, de 1972, y sus modificaciones posteriores. d) Otras formas que el Estado ha usado para ceder, regularizar, entregar o asignar tierras a indígenas, tales

6. Creación de un Fondo de Tierras y Aguas con el fin de adquirir tierras para personas o comunidades (artículo 20 y siguientes).
7. Creación de un “Fondo de Desarrollo indígena” (artículo 23 y siguientes) dirigido a financiar programas especiales.
8. Creación de las “Áreas de Desarrollo Indígena” (artículo 26 y artículo 27), entendidas como espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades.
9. Promoción del reconocimiento, respecto y protección de las culturas e idiomas indígenas, cuya política quedó a cargo de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (artículos 28 y siguiente).
10. Establecimiento de la participación indígena en materias en que tengan injerencia o relación (artículo 34²²⁹ y siguientes).

como, la ley N° 16.436, de 1966; decreto ley N° 1.939, de 1977, y decreto ley N° 2.695, de 1979, y e) Aquellas que los beneficiarios indígenas de las leyes N° 15.020, de 1962, y N° 16.640, de 1967, ubicadas en las Regiones VIII, IX y X, inscriban en el Registro de Tierras Indígenas, y que constituyan agrupaciones indígenas homogéneas lo que será calificado por la Corporación. 2° Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuche, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, kawashkar y Yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad. 3° Aquellas que, proviniendo de los títulos y modos referidos en los números precedentes, se declaren a n futuro pertenecientes en propiedad a personas o comunidades indígenas por los Tribunales de Justicia. 4° Aquellas que indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito del Estado. La propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definida por esta ley. La propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definida por esta ley. Las tierras indígenas estarán exentas del pago de contribuciones territoriales”.

²²⁹ Artículo 34: “Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley.

11. Establecimiento de las “Asociaciones Indígenas” (artículo 36 y siguientes).

12. Finalmente, la creación de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena” (CONADI) (artículo 38²³⁰ y siguientes).

Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios”.

²³⁰ Artículo 39 : “La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena es el organismo encargado de promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional.

Además le corresponderán las siguientes funciones:

a) Promover el reconocimiento y respeto de las etnias indígenas, de sus comunidades y de las personas que las integran, y su participación en la vida nacional;

b) Promover las culturas e idiomas indígenas y sistemas de educación intercultural bilingüe en coordinación con el Ministerio de Educación;

c) Incentivar la participación y el desarrollo integral de la mujer indígena, en coordinación con el Servicio Nacional de la Mujer;

d) Asumir, cuando así se le solicite, la defensa jurídica de los indígenas y sus comunidades en conflictos sobre tierras y aguas y, ejercer las funciones de conciliación y arbitraje de acuerdo a lo establecido en esta ley;

e) Velar por la protección de las tierras indígenas a través de los mecanismos que establece esta ley y posibilitar a los indígenas y sus comunidades el acceso y ampliación de sus tierras y aguas a través del Fondo respectivo;

f) Promover la adecuada explotación de las tierras indígenas, velar por su equilibrio ecológico, por el desarrollo económico y social de sus habitantes a través del Fondo de Desarrollo Indígena y, en casos especiales, solicitar la declaración de Áreas de Desarrollo Indígena de acuerdo a esta ley;

g) Mantener un Registro de Comunidades y Asociaciones Indígenas y un Registro Público de Tierras Indígenas sin perjuicio de la legislación general de Registro de la Propiedad Raíz;

h) Actuar como árbitro frente a controversias que se susciten entre los miembros de alguna asociación indígena, relativas a la operación de la misma, pudiendo establecer amonestaciones, multas a la asociación e incluso llegar a su disolución. En tal caso, actuará como partidario sin instancia de apelación;

i) Velar por la preservación y la difusión del patrimonio arqueológico, histórico y cultural de las etnias y promover estudios e investigaciones al respecto;

j) Sugerir al Presidente de la República los proyectos de reformas legales y administrativas necesarios para proteger los derechos de los indígenas, y

k) Desarrollar todas las demás funciones establecidas en esta ley.

En el cumplimiento de sus objetivos, la Corporación podrá convenir con los Gobiernos Regionales y Municipalidades respectivos, la formulación de políticas y la realización de planes y proyectos destinados al desarrollo de las personas y comunidades indígenas”.

2.4.1 Aplicación de la Ley N° 19.253 en Chile.

La Ley N° 19.253 ha tenido una amplia aplicación en Chile. No obstante aquello, no está exenta de críticas, toda vez que, por ejemplo, no reconoce la existencia de “pueblos indígenas” (habla de “etnias”, a diferencia del Convenio 169 de la OIT, como se señaló en la letra A del capítulo preliminar de esta memoria), ni considera a los indígenas urbanos, siendo estos un 86,6% de la población indígena, mientras que sólo un 13,4% viviría en zonas rurales, de acuerdo al censo del año 2002²³¹.

Asimismo, su aplicación encuentra obstáculos en legislaciones sectoriales que no se han adaptado a los principios que inspiran la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas ni al Convenio 169 de la OIT, como en ámbitos de derecho de agua y de propiedad.

²³¹ Cabe precisar, que del total de la población del país, un 4,58% corresponde a población indígena (692.192), siendo las regiones IX y Metropolitana las que detentan el mayor el número. Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas.
INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. 2005. Estadísticas Sociales de los Pueblos Indígenas en Chile- Censo 2002 [en línea] Santiago. INE. Programa Orígenes (MIDEPLAN/BID). <http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/etnias/pdf/estadisticas_indigenas_2002_11_09_09.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

2.5. Decreto Supremo N°124 de 2009 del Ministerio de Planificación, que Reglamenta el artículo 34 de la Ley N° 19.253, a fin de regular la Consulta y la Participación de los Pueblos Indígenas.

El 4 de Septiembre de 2009, once días antes de que el Convenio 169 comenzara a regir en Chile, se dictó el Decreto Supremo N° 124 de 2009 del Ministerio de Planificación (MIDEPLAN) que “Reglamenta el artículo 34 de la ley N° 19.253 (Ley Indígena) a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas”²³². Este Decreto, tal como su nombre lo indica, vino a reglamentar por parte del Poder Ejecutivo el artículo 34 de la Ley N° 19.253, en el marco de la consulta y participación de los pueblos indígenas descrito en el Convenio 169, en sus artículos 6, número 1, letra a), y número 2, artículo 7, número 1 oración segunda.

La dictación intempestiva por parte del gobierno de la normativa señalada, tiene entre sus principales razones que los artículos anteriormente citados del Convenio 169, de conformidad al pronunciamiento del Tribunal

²³², Decreto Supremo N°124 de 2009 del Ministerio de Planificación, que Reglamenta el artículo 34 de la Ley N°19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas, 4 de septiembre de 2009.

Constitucional, pasarían inmediatamente a formar parte de la legislación nacional vigente una vez ratificado y publicado el Convenio en nuestro país²³³.

El mencionado Decreto N° 124 se divide en cuatro títulos, más una disposición transitoria. El primer título se refiere a su objeto y ámbito de aplicación; el segundo a las disposiciones comunes a la consulta y la participación; el tercero a la consulta; y el título cuarto a la participación. En cuanto a la disposición transitoria, el artículo señala: “Una vez que entre en vigencia el presente reglamento, se dará inicio a un proceso de consulta a los pueblos indígenas acerca del procedimiento para llevar a cabo los procesos de consulta y participación en conformidad a lo establecido en el artículo 34 de la ley N° 19.253 y en los artículos 6 N° 1 letra a) y N° 2, y 7 N° 1 oración segunda del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”. La existencia de tal disposición se debió a que el Decreto fue identificado por el gobierno con el carácter de reglamento provisional.

A continuación, pasaremos a analizar las disposiciones más relevantes del Decreto Supremo N°124.

1. Establece como objeto del Decreto “regula(r) la obligación de los órganos de la administración del Estado de escuchar y considerar la

²³³ Recordemos la interpretación de estos artículos por parte del Tribunal Constitucional (punto 2.2.2. de este capítulo), y que, de conformidad a las disposiciones del Convenio, el mismo entraría en vigencia en nuestro país un año después de su ratificación. Luego, si Chile lo ratificó el 15 de Septiembre de 2008, jurídicamente sus disposiciones entraron en vigencia en nuestra legislación interna el 15 de Septiembre de 2009.

opinión de las organizaciones indígenas cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, establecida en el artículo 34 de la ley N° 19.253” (Artículo 1, inciso 1).

2. En cuanto a los órganos a quienes se le aplica su artículo 4 señala “(...) a los Ministerios, las Intendencias, los Gobiernos Regionales, las Gobernaciones, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa y el Consejo para la Transparencia. Para los efectos del cumplimiento de la obligación a que se refiere el artículo 1º precedente, los órganos constitucionalmente autónomos podrán sujetarse a las disposiciones del presente reglamento”.
3. Igualmente, asimila, para efectos de la reglamentación, los pueblos indígenas a las etnias indígenas reconocidas en la Ley N°19.253 (artículo 6).
4. Por otra parte, define consulta como “el procedimiento a través del cual los pueblos indígenas interesados, a través de los sistemas que este reglamento diseña, pueden expresar su opinión acerca de la forma, el momento y la razón de determinadas medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente y que tengan su origen en alguno de los órganos de la administración del Estado

señalados en el artículo 4º de este reglamento, mediante un procedimiento adecuado y a través de sus organizaciones representativas” (artículo 2).

5. Respecto a la participación, el artículo 3 señala que “(...) es el procedimiento a través del cual los pueblos indígenas interesados, a través de los sistemas que este reglamento diseña, pueden concurrir a la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente y que tengan su origen en alguno de los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4º de este reglamento”.
6. Establece también criterios de afectación para la procedencia de la consulta y participación, indicando que “se entenderá que hay afectación directa de los pueblos indígenas cuando la medida legislativa o administrativa o el respectivo plan o programa de desarrollo nacional o regional, según corresponda, diga relación exclusiva con las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena establecidas en la Ley N° 19.253, o se refiera a una mayoría significativa de comunidades, asociaciones y organizaciones indígenas determinadas o determinable” (artículo 7).
7. Señala que la consulta y participación se efectuará a través de “(...) de las organizaciones indígenas de carácter tradicional y de las

comunidades, asociaciones y organizaciones indígenas reconocidas en conformidad a la Ley N° 19.253” (artículo 9, inciso 1).

8. En cuanto a la finalidad de la consulta, el artículo 12 dispone que “(...) debe ser realizada con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento respecto de las medidas propuestas, lo que implica la voluntad de efectuar las adecuaciones que sean razonables, posibles, necesarias y pertinentes a los pueblos indígenas, sin que ello impida la realización de aquéllas”.
9. En cuanto a las medidas susceptibles de ser consultadas estas son las legislativas y las administrativas. Entendiendo por las primeras “las ideas matrices de los proyectos de reforma constitucional y de los proyectos de ley, así como los reglamentos, que tengan su origen en los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4º de este reglamento, que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados” (inciso 2, artículo 14). Asimismo, en lo referente a su oportunidad de consulta, el texto indica que si es “(...) acerca de las ideas matrices de los proyectos de reforma constitucional o proyectos de ley podrá realizarse en forma previa a su envío al Congreso Nacional o durante su tramitación legislativa, mientras que la consulta acerca de los reglamentos deberá realizarse en forma previa a su dictación; en ambos casos, cuando la urgencia de la materia así lo

permita” (artículo 15, inciso 1). Respecto a las segundas (medidas administrativas) las define como “(...) las nuevas políticas, planes y programas, con excepción de aquellos contemplados en el artículo 21 de este reglamento, elaboradas por los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4º del presente reglamento, que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados” (inciso 3, artículo 14). Y su oportunidad de consulta “(...) deberá realizarse en forma previa a la aplicación de las nuevas políticas, planes o programas, salvo que, a causa de una emergencia o de las necesidades de buen funcionamiento del respectivo órgano, éste disponga fundadamente lo contrario” (artículo 15, inciso 2).

10. El artículo 16 limita la consulta a que sea “pertinente”, lo que será evaluado conjuntamente entre el órgano de la administración del Estado al que corresponda la iniciativa con el Ministerio de Planificación y el Ministerio Secretaría General de la Presidencia. La misma limitación de “pertinencia” se contempla en el caso de la participación (artículo 21 y 22).

2.5.1 Críticas al Decreto Supremo N° 124 de 2009 del Ministerio de Planificación.

El aludido Decreto recibió una serie de críticas²³⁴, toda vez que transgredía el Convenio 169 al desconocer los estándares internacionales del deber de consulta. En efecto, al momento de ser publicado, diversas organizaciones indígenas presentaron cuestionamientos a la validez y contenidos de dicho documento, señalando que el mismo no fue consultado previamente y que su contenido no se ajustaría a las normas internacionales en materia de consulta.

Lo cierto es –a nuestro entender- que el Decreto Supremo restringió el ámbito de aplicación de la consulta y de la participación tal como están prescritas en el Convenio. Así, desde la misma definición de la consulta surgen problemas, ya que, como se explicó previamente, el Convenio dispone la obligación de los gobiernos de “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas

²³⁴ Tanto de la OIT, Instituto Nacional de Derechos Humanos y pueblos originarios. Al respecto, se recomienda leer el siguiente artículo:
MEZA-LOPEHANDÍA G. 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. [en línea]. <http://mapuexpress.net/images/publications/13_10_2009_21_55_57_1.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

susceptibles de afectarles directamente”, mientras que el decreto chileno dispone que la consulta es “el procedimiento a través del cual los pueblos indígenas interesados, a través de los sistemas que este reglamento diseña, pueden expresar su opinión acerca de la forma, el momento y la razón de determinadas medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente y que tengan su origen en alguno de los órganos de la administración del Estado señalados (...) en este reglamento, mediante un procedimiento adecuado y a través de sus organizaciones representativas”. En una misma frase, la reglamentación chilena señala que la consulta se hace “a través de los sistemas que este reglamento diseña” y “mediante un procedimiento adecuado y en particular a través de sus instituciones representativas”, siguiendo la fraseología del tratado internacional. El problema es que, en detalle, lo que las disposiciones reglamentarias diseñan es un sistema de consulta que establece una serie de restricciones a su ámbito de aplicación²³⁵.

Respecto a las falencias de su articulado tenemos que, tanto el artículo primero como el segundo minimizan la consulta a “escuchar y considerar la opinión” de los pueblos indígenas; su artículo cuarto genera una gran discrepancia al señalar los órganos a quienes se le aplica el Decreto y a

²³⁵ EL CONVENIO 169 DE LA OIT y el Derecho Chileno. Mecanismos y Obstáculos para su implementación Ob. Cit. (nota 95). Pág. 206.

quienes podría aplicárseles (facultativamente, como a las municipalidades); los artículos quinto y séptimo, por su parte, establecen como requisito de aplicación la “tierra indígena”, siendo que, a nivel internacional, se entiende que el deber de consulta debe existir 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”²³⁶; en su artículo doce, se establece que no importa el resultado de la consulta, ya que las medidas se realizarán igual (“sin que ello impida la realización de aquéllas”); respecto a las medidas consultadas, el artículo catorce limita las medidas legislativas a las ideas matrices y a las medidas administrativas a las “nuevas” políticas, planes y programas; en cuanto a la oportunidad, señalada en su artículo quince, se critica que se establezcan momentos para efectuar la consulta, cuando ésta debiera hacerse durante todo el proceso; finalmente, se critica el establecimiento de la “pertinencia” por parte de órganos del Estado y no de los propios pueblos indígenas, quienes deberían decidirlo.

Así las cosas, en Noviembre de 2010 la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, transmitió al Gobierno de Chile un conjunto de observaciones en

²³⁶ ANAYA, James. Ob. Cit. (nota 162). Párr. 44.

que se identificó una serie de defectos en el Decreto Supremo N°124 de 2009 del MIDEPLAN²³⁷.

Por otra parte, el Instituto Nacional de Derechos Humanos, durante el mes de Diciembre de 2010, en su informe anual, concluyó que “El Decreto Supremo 124 restringe severamente las medidas y las materias a consultar, y los plazos establecidos difícilmente resultan suficientes respecto de la naturaleza y envergadura de las materias puestas a consideración de las comunidades indígenas. La expresa exclusión de los proyectos de inversión constituye una grave omisión, particularmente porque las principales tensiones con las comunidades indígenas se producen por la expansión de megaproyectos energéticos, mineros, de acuicultura y forestación²³⁸.”

Las críticas de fondo formuladas por variados actores, como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, el Instituto Nacional de Derechos Humanos y los propios pueblos indígenas, sirvieron de base para que, el día 8 de agosto de 2012, el Gobierno presentara a la CONADI una “Propuesta de

²³⁷ ORGANIZACIÓN NACIONAL DEL TRABAJO. 2010. Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Solicitud directa a Chile (CEACR) - Adopción: 2010 [en línea] Publicación: 100ª reunión CIT (2011) (“Informe OIT 2010”) <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:2334939,102588,Chile,2010>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

²³⁸ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2010. Informe anual 2010. Situación de derechos humanos en Chile. [en línea] <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2010/12/Informe_Final_Corregido1.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág.101.

Nueva Normativa de Consulta y Participación”, para que fuese distribuida a los pueblos indígenas, a fin de iniciar un proceso de consulta sobre ella²³⁹.

En este contexto, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, al momento de emitir el informe sobre esta nueva propuesta de gobierno, expresó entender que dicho documento de propuesta era un primer paso del Gobierno en dirección a reemplazar el Decreto Supremo N° 124 de 2009 del MIDEPLAN, asimismo destacó y valoró la existencia de una convergencia de las partes, Gobierno, parlamentarios y organizaciones de los pueblos indígenas, respecto a la necesidad de reemplazar el Decreto N°124 de 2009 del MIDEPLAN y ajustar la normativa de consultas a los estándares internacionales de derechos humanos²⁴⁰.

²³⁹ CONADI. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Gobierno de Chile. 2012. Gobierno entregó a organizaciones indígenas y al Senado la propuesta para la nueva normativa de Consulta a los Pueblos Originarios. [en línea]. <<http://www.conadi.gob.cl/index.php/2-noticias/782-gobierno-entrego-a-organizaciones-indigenas-y-al-senado-la-propuesta-para-la-nueva-normativa-de-consulta-a-los-pueblos-originarios/>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

EMOL.2012. Gobierno entregó a organizaciones indígenas y al Senado la propuesta para la nueva normativa de Consulta a los Pueblos Originarios. 2012. [en línea]. EMOL. Miércoles 8 de Agosto de 2012. <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/08/08/554771/gobierno-entrego-a-organizaciones-indigenas-y-al-senado-la-propuesta-para-la-nueva-normativa-de-consulta-a-los-pueblos-originarios.html>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

²⁴⁰ ANAYA, James. Ob. Cit. (nota 109). Pág.3.

2.6. Decreto Supremo N° 66 de 2014 del Ministerio de Desarrollo Social que aprueba Reglamento que Regula el Procedimiento de la Consulta Indígena, en virtud del artículo 6 N°1 letra a) y N°2 del Convenio 169 de la OIT y Deroga Normativa que indica.

En atención a la existencia de fuertes críticas contra el Decreto N°124 de 2009 del MIDEPLAN, en el Gobierno de don Sebastián Piñera Echeñique se dio inicio, en Marzo de 2011, a un proceso de “Consulta sobre Institucionalidad Indígena”, el cual comprendía, entre sus materias, el establecimiento de un mecanismo de consulta indígena acorde al Convenio 169²⁴¹.

Si bien las primeras etapas de este proceso consideraron la realización de talleres en todo el país con la participación de dirigentes indígenas, el desarrollo de dicho proceso fue rechazado por los pueblos originarios toda vez que no cumplían con los estándares internacionales. En razón de ello, en Septiembre de ese año, el Gobierno, acogiendo las observaciones de diversas organizaciones indígenas, decidió implementar cambios al proceso, modificando aspectos metodológicos y la forma de trabajo con las instituciones representativas de los pueblos originarios. Adicionalmente, se ajustó el proceso, priorizando los temas procedimentales y el marco jurídico de la

²⁴¹ LA NACIÓN.2011. Gobierno anuncia "consulta" sobre institucionalidad indígena. [en línea]. La Nación. Martes 8 de Marzo de 2011. <<http://www.lanacion.cl/gobierno-anuncia-consulta-sobre-institucionalidad-indigena/noticias/2011-03-08/185309.html>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

consulta, enfocándose en la definición de un marco normativo y metodológico para realizar las consultas, esto es, concretar una normativa general de consulta consensuada, incorporándose, al mismo tiempo, un instrumento de consulta indígena especial y diferenciada en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante e indistintamente SEIA)²⁴².

Así las cosas, en el año 2012 el Gobierno entregó una “Propuesta de Nueva Normativa de Consulta y Participación Indígena”, para ser discutido por todos los interesados. Finalmente, en Marzo de 2013 se inició una “Mesa de Consenso²⁴³”, en la cual se reunieron representantes de los pueblos indígenas del país para discutir la propuesta presentada por el Gobierno, además de las observaciones y contrapropuestas hechas a ella (incluidas aquellas del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de la ONU). El trabajo de la Mesa se inició el 12 de Marzo y culminó el 29 de Julio de 2013²⁴⁴,

²⁴² MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Gobierno de Chile. 2011. Ministro Lavín anunció cambios en la Consulta de Institucionalidad Indígena. [en línea]. Ministerio de Desarrollo Social. 6 de Septiembre de 2011. <<http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/noticias/2011/09/06/ministro-lavin-anuncio-cambios-en-la-consulta-de-institucionalidad--indigena>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].

ANAYA, James. Ob. Cit. (nota 109).Párr. 18 al 20.

²⁴³ INSTITUO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. Cit. (nota 10).

²⁴⁴ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Gobierno de Chile. 2013. Concluye la Mesa de Consenso para Nuevo Reglamento de Consulta Indígena con importante número de acuerdos [en línea]. Ministerio de Desarrollo Social. 6 de Agosto de 2013. <<http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/noticias/2013/08/06/concluye-la-mesa-de-consenso-para-nuevo-reglamento-de-consulta-indigena-con-importante-numero-de-acuerdos>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

consistiendo en nueve sesiones de trabajo, de aproximadamente tres días cada una, durante las cuales se discutieron los temas referidos a la consulta, se intercambiaron criterios, y se modificó la totalidad de la propuesta inicialmente presentada por el Gobierno. Al concluir su trabajo, los representantes de los pueblos indígenas asistentes y el Gobierno firmaron un protocolo señalando la existencia de un acuerdo en más del 80 por ciento de la normativa, entre ellos, la derogación del Decreto Supremo N° 124 de 2009 del MIDEPLAN, el objeto de la consulta, los órganos de la consulta, los sujetos e instituciones representativas, el rol de la CONADI, buena fe, procedimientos apropiados, responsable del proceso de consulta, el carácter previo, la pertinencia de la consulta, los plazos y etapas de la consulta, entre otros. Adicionalmente, este protocolo estableció los temas en los cuales aún no existía acuerdo, entre ellos: afectación directa, medidas a ser consultadas y proyectos o actividades que ingresan al SEIA²⁴⁵.

Como resultado de la “Mesa de Consenso”, el Gobierno entregó, en Octubre de 2013, un informe final denominado “Propuesta de Nueva Normativa de Consulta Indígena”, el cual se materializó en el “Decreto Supremo N° 66 que aprueba Reglamento que Regula el Procedimiento de la Consulta Indígena, en

²⁴⁵ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, Universidad Diego Portales. 2014. Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014. [en línea]. Ediciones Universidad Diego Portales. <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/index.php/informe-anual/repository/func-startdown/1/>>. [consulta: 20 de Marzo de 2015]. Pág. 217, numero 2.2.

virtud del artículo 6 N°1 letra a) y N°2 del Convenio 169 de la OIT y Deroga Normativa que indica” (el mencionado Decreto Supremo N°124, abordado precedentemente en el punto 2.5. de este capítulo), promulgándose el 15 de Noviembre de 2013 y siendo publicado el 4 de Marzo de 2014.

De esta forma, el Decreto Supremo N° 66 de 2014 del Ministerio de Desarrollo Social, se divide en tres títulos, más una disposición transitoria. El primer título se refiere a las disposiciones generales; el segundo a los principios de la consulta; y el tercer título al procedimiento de consulta. En cuanto a la disposición transitoria, el artículo único señala: “La substanciación y ritualidad de los procesos de consulta iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta normativa, se regirán por las normas del presente reglamento una vez publicado. Para dicho efecto los procesos ya iniciados deberán homologar la etapa en que se encuentren a la etapa que corresponda definida en este reglamento, respetando todo lo obrado previamente y adoptando los cambios que sean necesarios desde la etapa que se encuentren en adelante”.

A continuación, pasaremos a analizar las disposiciones más relevantes del Decreto Supremo N° 66.

1. Establece como objeto del Decreto dar “(...) ejecución al ejercicio del derecho de consulta a los pueblos indígenas el cual se realiza a través del procedimiento establecido en el presente instrumento (...)” (artículo 1).

2. Asimismo, define la consulta como “ un deber de los órganos de la administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente por la adopción de medidas legislativas o administrativas, que se materializa a través de un procedimiento apropiado y de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas susceptibles de afectarlos directamente y que debe realizarse de conformidad con los principios recogidos en el Título II del presente reglamento” (artículo 2).

3. En cuanto a los órganos a quienes se aplica, su artículo 4 prescribe “El presente reglamento se aplica a los ministerios, las intendencias, los gobiernos regionales, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. Para los efectos de cumplir con la obligación de consulta, los órganos constitucionalmente autónomos podrán sujetarse a las disposiciones del presente reglamento. Sin embargo, no se entenderán exentos del deber de consultar a los pueblos indígenas, cuando ello sea procedente en conformidad a la legislación vigente.

Las referencias que este reglamento haga a los órganos de la administración, órgano responsable, administración, administración

del Estado o Estado, se entenderán efectuadas a los órganos y organismos señalados en el presente artículo”.

4. Respecto a los “pueblos indígenas”, indica que se considerarán como tales los definidos en el Convenio 169 y que estén reconocidos en el artículo primero de la Ley N° 19.253. Igualmente indica que “Se entenderá que una persona es miembro de alguno de los pueblos indígenas señalados en el inciso anterior cuando cumpla con lo establecido en el artículo 2° de la Ley N° 19.253” (artículo 5).

5. En cuanto a las medidas susceptibles de afectación, nuevamente se distinguen entre medidas legislativas y medidas administrativas.

Las primeras, son “(...) los anteproyectos de ley y anteproyectos de reforma constitucional, o la parte de éstos, cuando sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas” (inciso 2, artículo 7). Las segundas, por su parte son “(...) aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite

para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción; y, cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas” (inciso 3, artículo 7).

El Decreto, además, limita las medidas administrativas al disponer “(...)que (aquellas que) no producen una afectación directa respecto de los pueblos indígenas no estarán sujetas a consulta, como sucede con aquellos actos que no producen un efecto material o jurídico directo respecto de terceros, como ocurre con los dictámenes, actos de juicio, constancia o conocimiento, así como los actos que dicen relación con la actividad interna de la administración, como los nombramientos de las autoridades y del personal, el ejercicio de la potestad jerárquica o las medidas de gestión presupuestaria” (inciso 6, artículo 7).

Otra limitación serían aquellas medidas dictadas en situaciones de excepción o emergencia, las cuales no requerirán de consulta (inciso 4, artículo 7).

6. Finalmente, se establece que “los actos de mero trámite y las medidas de ejecución material o jurídica se entenderán comprendidas en la consulta del acto terminal o decisorio al que han servido de fundamento o que deban aplicar” (inciso 5, artículo 7).
7. El Decreto señala otra excepción a la consulta reglamentada en él, en el caso de los proyectos o actividades que ingresan al SEIA y que requieran, por la propia normativa de la Ley N°19.300, un proceso de consulta indígena (artículo 8)²⁴⁶.
8. Prescribe, asimismo, explícitamente el carácter previo de la consulta en su artículo 11.
9. En cuanto a la procedencia de la consulta, ésta se deberá realizar de oficio cada vez que el órgano responsable prevea la adopción de una medida susceptible de afectar a los pueblos indígenas, pudiendo solicitar un informe de procedencia en caso de dudas (artículo 13 inciso 1).

Igualmente, establece que “cualquier persona interesada, natural o jurídica, o instituciones representativas podrán solicitar fundamentamente al órgano responsable de la medida, la realización de

²⁴⁶ Recordemos que la reglamentación de la consulta sobre proyectos de inversiones fue ampliamente discutido antes, durante y después de la mesa de consenso. Ver punto 2.6. párrafo 2 y 3 de este capítulo.

un proceso de consulta” (inciso 2, artículo 13). También puede solicitar la evaluación de procedencia de la consulta la CONADI.

10. El Decreto también establece el procedimiento específico de la consulta en sus artículos 15 y siguientes, señalando forma de inicio, etapas del mismo, plazos y suspensión del proceso.

2.6.1. Críticas al Decreto Supremo N° 66 de 2014 del Ministerio de Desarrollo Social.

El Decreto Supremo N° 66 de 2014 del Ministerio de Desarrollo Social también ha recibido una serie de críticas²⁴⁷, tales como que, al igual que el Decreto Supremo N°124 de 2009 del MIDEPLAN, limita su aplicación a ciertos órganos del Estado, siendo facultativo para otros, pero agregando que éstos “no se entenderán exentos del deber de consultar a los pueblos indígenas, cuando ello sea procedente en conformidad a la legislación vigente” (artículo cuarto)²⁴⁸.

²⁴⁷ FÜTAWILLIMAPU. 2013. Claudia Pailalef, consejera mapuche williche, analiza escenario tras firma de nuevo reglamento de consulta indígena. [en línea]. Fütawillimapu: Espacio Mapuche Williche en Internet. 2 de Diciembre de 2013. <<http://www.futawillimapu.org/Litu/Claudia-Pailalef-consejera-mapuche-williche-analiza-escenario-tras-firma-de-nuevo-reglamento-de-consulta-indigena.html>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

²⁴⁸ En este sentido, las municipalidades, como órganos autónomos del Estado, no están obligadas a aplicar el Decreto N°66 de 2014. Este punto fue ampliamente discutido en la mesa de consenso, como nos informó doña Minda Bustamante (abogada peruana y actual asesora de comunidades indígenas chilenas, en cuya calidad participó en la mesa de consenso), al declarar que “fue unos de los temas que estuvo desde el principio hasta el final, porque en verdad la relación que hay entre municipalidades y pueblos es directa, y la institución del Estado que más se relaciona con los pueblos indígenas es la municipalidad, la que aplica normas, ordenanzas, directivas que van modificando de alguna forma la vida de los pueblos es la municipalidad, entonces tendrían que tener una aplicación del convenio, y ese era el pedido de todos los

Igualmente, su artículo séptimo limita la procedencia de la consulta a medidas que “afecten directamente a los pueblos indígenas”, restricción que a nuestro entender contradice los principios del Convenio 169 y su interpretación internacional; finalmente, la extraña situación que se crea con el artículo 8 del Decreto Supremo, al generar, en definitiva, dos sistemas de consultas en el país, uno para las medidas que califican proyectos o actividades que ingresan al SEIA, acogidas a la Ley N°19.300, con sus propios plazos pero respetando las etapas señaladas en el artículo 16 del Decreto, y otra para las medidas indicadas en el artículo 7 del Decreto.

En cuanto al procedimiento que dio nacimiento al Decreto Supremo N° 66 de 2014, es decir, al diálogo establecido en la “Mesa de Consenso”, el Instituto Nacional de Derechos Humanos ha señalado que: “Considerando que actores relevantes se marginaron de este proceso, incluidos aquellos que expresaron la voluntad de participar, y por lo tanto, no habiendo renunciado a su derecho a ser consultados, es que estimamos que se debe asumir que lo que se avanzó en términos de acuerdo se conciba como una primera etapa, de un proceso más inclusivo y participativo. De esta manera creemos que es posible avanzar en la legitimidad y eficacia del proceso realizado y

dirigentes pero desde el Estado querían simplemente sacar un decreto, un decreto que no obligaba a las municipalidades, sólo se les daba la facultad de que si querían o no, pero nunca quisieron tocar el tema completo, ni siquiera dejarlo planteado para que se vea en una ley porque lo importante era sacar el decreto”. Anexo N° 4.

evitar cuestionamientos significativos por parte de los pueblos indígenas." Como podemos apreciar, en lo sustantivo para este organismo, los resultados obtenidos en la "Mesa de Consenso" adolecen de legitimidad y eficacia, debido a que actores relevantes se marginaron del proceso²⁴⁹.

Para concluir este capítulo, nos parece relevante destacar la dificultad de implementación del Convenio 169 en Chile, ya que no sólo –desde un principio- se obstaculizó su firma y ratificación, sino también su posterior ejecución, en atención a diversos factores (desde jurídicos, sociales a políticos), lo que ha ido generando un cierto estado de incertidumbre jurídica, reflejado en los dos decretos existentes que han intentado regular el derecho de consulta previa, en una breve extensión de tiempo. Ambos ampliamente criticados por diversos sectores (desde las propias comunidades indígenas hasta el Instituto de Derechos Humanos en Chile), y que ponen en entredicho hasta el propio procedimiento que los generó, como ocurre con el Decreto Supremo N° 66 de 2014 del Ministerio de Desarrollo Social.

Así las cosas, la aplicación de este último Decreto Supremo en el ámbito de consulta previa a nivel municipal genera más dudas que certezas, no obstante esto, reconocemos que, pese a ello, no corresponde cuestionar la legitimidad del citado Decreto, toda vez que excede el ámbito de esta memoria.

²⁴⁹ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. Cit. (nota 205).

De esta forma, lo que sí pretendemos analizar es la aplicación por parte de las municipalidades del Decreto Supremo N° 66 de 2014 que, como se dijo, es voluntario por parte de ellas (artículo cuarto), así como la posibilidad de no aplicar dicho Decreto Supremo, en atención a la jerarquía normativa que regula a las municipalidades, esta es, una Ley Orgánica Constitucional, tal como se verá en los capítulos III y V de este trabajo.

CAPITULO III

MUNICIPALIDADES Y PARTICIPACION CIUDADANA

En este capítulo se abordará la naturaleza jurídica de las municipalidades, en cuanto organismo autónomo, con sus funciones y atribuciones propias, ejercidas en virtud de las potestades que les entrega la ley, con la finalidad de poder establecer en el capítulo IV si las decisiones de estos organismos, expresadas a través de medidas administrativas municipales, son susceptible de afectar directamente a los pueblos originarios chilenos; asimismo, pretendemos resolver si la naturaleza de estos órganos autónomos del Estado representa un óbice para la aplicación del procedimiento de consulta reglamentado por el Poder Ejecutivo.

Para tales efectos, se desarrollará el tema a partir del concepto de municipalidad, señalando brevemente sus orígenes e historia, analizando el marco legal que las regula, describiendo los elementos que la conforman, examinando sus funciones, atribuciones, potestades y la autonomía que las definen. Finalmente, abordaremos el tema de la participación ciudadana a nivel municipal, para intentar determinar si los mecanismos municipales de participación satisfacen o no el derecho de consulta previa.

3.1. Las Municipalidades.

3.1.1. Concepto de municipalidad.

El municipio²⁵⁰ históricamente creció antes que el Estado. Se ha afirmado incluso que la municipalidad no nace de la ley, que es un hecho de convivencia social el que induce a grupos familiares contiguos a buscar esta organización necesaria para la custodia de intereses comunes²⁵¹. Partiendo de esta afirmación, se puede establecer que el municipio se fundamenta en el grupo social llamado vecindario, por lo cual, tal como señala José Fernández Richard en su libro Derecho Municipal Chileno, aparece como una definición muy precisa la que da don Patricio Aylwin Azócar al decir que es “una corporación territorial, cuya base son los habitantes de una comuna o agrupación de comunas”.

No obstante las definiciones anteriores, en Chile, a diferencia de otros países, el municipio responde más a un concepto de orden político y administrativo del Estado que a una organización funcional de origen natural

²⁵⁰ De aquí en adelante se utilizarán indistintamente los términos municipalidad o municipio, ya que de conformidad al Diccionario de la Real Academia Española ambos términos son sinónimos. Diccionario de la Real Academia Española. [en línea] <<http://lema.rae.es/drae/?val=municipio>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

²⁵¹ ESTÉVEZ, Carlos. 1949. Elementos de Derecho Constitucional Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 195.

para atender las necesidades comunales²⁵². Lo anterior, debido a que en América Latina la situación de los municipios sufrió una evolución bastante distinta a la vivida en Europa, a pesar de haber sido un sistema completamente importado desde España y que no fue influenciado por la organización que poseían los pueblos originarios a la llegada de los conquistadores. Recordemos en este punto, que el municipio o ayuntamiento español se encontraba, en Europa, en plena decadencia a la época de la conquista española²⁵³, y que el mismo fue instaurado en nuestro país a contar del siglo XVI con la finalidad de lograr mayor organización política²⁵⁴ y presencia en los territorios pertenecientes a los pueblos indígenas.

Si bien históricamente el municipio es anterior al Estado, en la actualidad, dada la evolución jurídica de nuestro régimen y sus relaciones con el poder central -lo que veremos más adelante-, podemos afirmar que el municipio es un órgano medianamente descentralizado²⁵⁵ del Estado, que tiene

²⁵² NUÑEZ MUÑOZ, Ricardo. 2006. Realidad y desafíos del municipio chileno. [en línea]. Marzo de 2006. Universidad Autónoma de Chile. <http://www.munitel.cl/file_admin/archivos_munitel/estudios/estudios2.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 1.

²⁵³ HERNÁNDEZ, Antonio María. 2003. Derecho Municipal. [en línea]. México, Universidad Nacional Autónoma de México. <http://www.inafed.gob.mx/work/models/inafed/Resource/322/1/images/Derecho_Municipal_Antonio_maria_hernandez.pdf>. [consulta: 18 de Marzo 2015]. Pág. 102.

²⁵⁴ FERNANDEZ, Richard J. 2007. Derecho Municipal Chileno. 2º ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 34.

²⁵⁵ La descentralización en términos amplios se puede entender como la transferencia de responsabilidades de planificación, gerencia y recaudación y asignación de recursos, desde el gobierno

por misión fundamental la satisfacción de las necesidades de la comunidad local, tal como lo prescribe nuestra Carta Fundamental.

En nuestro sistema normativo, encontramos el concepto de municipalidad en el artículo 118, inciso 4º de la Constitución Política y en el artículo 1º, inciso 2º de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, los cuales indican que “las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna”²⁵⁶. Estableciendo además, dichos cuerpos normativos, que la administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad, la que se encuentra constituida por el Alcalde, que es su máxima

central a una entidad distinta que posea patrimonio propio, personalidad jurídica distinta de la del nivel central y un grado de autonomía.

Dentro de este concepto podemos distinguir la descentralización funcional, que consiste en el reconocimiento al órgano correspondiente de competencias específicas o delimitadas sólo a un sector de actividad (por ejemplo SERNATUR, INDAP, CORFO, CONAF, entre otras.); y la descentralización territorial, que es cuando las funciones son asignadas a órganos cuyo ámbito de actividad o jurisdicción lo constituye un territorio o una localidad (Gobiernos Regionales y Municipios).

Por su parte, la desconcentración corresponde a la redistribución de poder de decisión y de responsabilidades financieras y de administración entre varios niveles del gobierno central a través de su línea jerárquica, es decir entre entidades con la misma personalidad jurídica (Secretarías Regionales Ministeriales).

HENRÍQUEZ O., Osvaldo.2012. Concepto de Descentralización y Reformas Legales [en línea]. Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, Gobierno de Chile. <http://www.pmgdescentralizacion.gov.cl/presentaciones/2012/24042012/01_concepto%20y%20ley.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

²⁵⁶ Esta disposición corresponde a la redactada por la comisión de estudios de la nueva constitución y sólo ha sido modificada en la reforma de 1991 al incorporarse la palabra “autónomas”.

autoridad, y por el concejo. Asimismo, la ley orgánica constitucional respectiva establece las modalidades y formas que debe asumir la participación de la comunidad local en las actividades municipales.

De las ideas expuestas, se concluye que el municipio es una institución pública esencialmente democrática; luego, "un municipio sin representación popular y sin participación de la comunidad deja de ser municipio, pierde su razón de ser, y se convierte en un servicio público más"²⁵⁷.

3.1.2. Orígenes del sistema municipal vigente en Chile.

Si bien la historia municipal en nuestro país se inicia con la llegada de los españoles al territorio chileno en el siglo XVI²⁵⁸, en el presente trabajo sólo esbozaremos una breve reseña de la historia contemporánea de las municipalidades, con el objeto de introducir al lector sobre los orígenes del actual sistema municipal chileno.

²⁵⁷ FERNANDEZ, Richard J. Ob. Cit. (nota (254). Pág.11.

²⁵⁸ Las municipalidades chilenas tienen su antecedente en los antiguos cabildos españoles donde los ciudadanos se reunían para discutir sobre los temas relevantes de las comunas. Dichos organismos son conocidos por la gran trascendencia que tuvieron en nuestro proceso de emancipación de España, ya que fue en el cabildo abierto de Santiago del 18 de Septiembre de 1810, donde se declaró la independencia de Chile.

NUÑEZ MUÑOZ, Ricardo. Ob. Cit. (nota 252).

El régimen municipal sufrió una profunda transformación a partir del golpe de Estado del 11 de Septiembre de 1973. Tras el golpe militar, y en razón de la crisis que las municipalidades arrastraban desde hacía ya bastante tiempo²⁵⁹, estas corporaciones sufrieron importantes modificaciones que alteraron su normal funcionamiento, siendo totalmente incorporados al sistema general de la administración del Estado y perdiendo, de esa forma, toda suerte de autonomía, además sus autoridades pasaron a ser designadas directamente por el Presidente de la República.

Recordemos que durante la época que comprende desde 1955 a 1973, las municipalidades sufrieron diversos problemas, tales como: recursos mínimos que en la mayoría de los casos ni siquiera cubrían los gastos de operación más indispensables, escasas atribuciones, una excesiva politización, duplicidad de funciones con el gobierno central, falta de participación ciudadana, nula planificación de desarrollo, etc.; por ello, la transformación sufrida abarcó los más variados aspectos, aparte de los ya mencionados, en

²⁵⁹ Cabe hacer presente que la crisis del municipio contemporáneo en este periodo era global. De una parte, estos organismos estaban absolutamente politizados, y de otra, reducidos a funciones mínimas que no justificaban su subsistencia como tales. Además se advertía la absoluta falta de planificación de sus actividades, encontrándose totalmente desconectados de la planificación regional y nacional. Se advertía, asimismo, una falta de coordinación respecto a los municipios entre sí y con relación a los demás servicios y organismos dependientes del poder central. Así las cosas, toda esta estructura inadecuada hace crisis especialmente en las áreas metropolitanas, por ejemplo, en Santiago, donde se advierte la necesidad imperiosa de contar con un régimen especial, al igual que ocurre en muchas metrópolis, como en Buenos Aires, Madrid, Barcelona, París, entre otras. Igualmente, se llega a la conclusión de la necesidad imperiosa de la incorporación efectiva del vecindario a las tareas municipales y, conjuntamente con él, a las demás entidades de significación en la comuna. FERNANDEZ, Richard J. Ob. Cit. (nota 254). Pág.40 y siguientes.

cuanto a su organización, administración de su patrimonio, formas de participación, empresas que podía constituir, entre otros²⁶⁰.

“Las normas dictadas durante el gobierno militar en materia municipal exteriorizan la voluntad clara de las autoridades centrales de la nación de ejercer un control riguroso sobre todos los sectores del país capaz de garantizar la seguridad interior del Estado, jugando en ello un rol fundamental la comunidad local y las organizaciones comunitarias que giraban a su alrededor, transformándose los Alcaldes en agentes del poder político de la autoridad de gobierno, encargados del control del espacio y de la atomización de la población comunal”²⁶¹.

Posteriormente, desaparecida la dictadura militar en Chile, los municipios volvieron a tener raíz democrática a través de la creación de los concejos municipales y la elección por sufragio universal de los Alcaldes y concejales. Por otra parte, la Constitución Política de 1980 dio una fisonomía distinta a este tipo de entidades, al definir las como corporaciones de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es

²⁶⁰ *Ibíd.* Pág.42.

²⁶¹ INSTITUTO CHILENO DE ESTUDIOS MUNICIPALES y UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHILE. 2011. Perspectivas del análisis de la reforma municipal en Chile. [en línea] <<http://ichem.uautonoma.cl/perspectivas-de-analisis-de-la-reforma-municipal-en-chile/>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 39.

satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.

3.1.2.1. El municipio bajo la Constitución de 1980.

Una de los contenidos relevantes de la Constitución de 1980 es el reconocimiento de rango constitucional que le otorga a las municipalidades al dotarlas de personalidad jurídica propia de derecho público, diferente al Estado; junto a ello, además, las dota de patrimonio propio, con lo cual se ordena indirectamente al legislador generar mecanismos adecuados para dotar a estas corporaciones de los recursos necesarios para el cumplimiento de sus fines. En cuanto a sus atribuciones, se mantuvo el sistema de competencia amplia existente a la fecha, lo que se desprende de las finalidades descritas en la definición constitucional, dejando a la ley orgánica la función de delimitar las atribuciones, como expresamente lo establece su texto, al señalar que “una ley orgánica determinará las atribuciones de las municipalidades”.

No obstante lo establecido en la Constitución de 1980, hubo que esperar hasta 1988 para poner en marcha los mecanismos que en materia municipal establecía la carta fundamental, fecha en la que se dictó la Ley N°

18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOC), que derogó expresamente el Decreto Ley N° 1.289²⁶².

Entre las novedades de esta LOC, cabe mencionar que restringe la esfera de atribuciones del gobernador, que a pesar de seguir siendo la máxima autoridad de la provincia, limita sus funciones a una labor coordinadora para intervenir en los casos en que no se llegue a acuerdo entre las municipalidades, o entre ellas y los servicios públicos; establece, además, un procedimiento especial de reclamo para los particulares en contra de cualquier acto u omisión ilegal de la municipalidad, y reconoce la responsabilidad extracontractual por los daños que cauce, incorporándose la figura de la falta de servicio.

Posteriormente, con la Ley de Reforma Constitucional N° 19.097, de fecha 12 de Noviembre de 1991, se llenó el vacío sobre legitimación de las autoridades municipales y democratización en la estructura y el funcionamiento de estas entidades, realizando una serie de modificaciones en esta materia, tendientes a aumentar los niveles de participación de la comunidad local, buscando con ello descentralizar administrativamente el país. Uno de los principales hitos de esta reforma fue la de devolver a la ciudadanía la facultad

²⁶² Con la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695, de fecha 31 de Marzo de 1988, se derogaron tácitamente todas las disposiciones legales que conferían a esa fecha funciones y atribuciones esenciales a las municipalidades, como lo manifestó el Tribunal Constitucional al pronunciarse respecto de la constitucionalidad de la mencionada ley, poniendo con ello fin a la abundante y compleja legislación existente sobre el particular.
CHILE. Tribunal Constitucional. Rol N° 50/1989. Sentencia de 29 de Febrero de 1988. [en línea]. <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=559>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

de elegir a sus autoridades comunales, lo que democratizó estas instituciones²⁶³. En este sentido, la reforma determinó que los concejales, dentro de los cuales estaba considerado el Alcalde, fueran elegidos por sufragio universal, definió su duración en cuatro años y autorizó su reelección.

También se estableció el concejo comunal, que terminó con la exclusividad del Alcalde en la administración de la comuna. Dicho ente se concibió como un órgano normativo, resolutivo y fiscalizador, encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local. Destaca entre sus funciones la consulta obligatoria que debe realizarle el Alcalde para resolver ciertas materias.

Otra importante modificación que se realizó en materia de autonomía municipal fue definir a las municipalidades como corporaciones “autónomas” de derecho público, buscando con ello recalcar los deseos de independencia y autorregulación de estas entidades, los cuales se expresan hasta el día de hoy²⁶⁴. Cabe hacer presente, que esta autonomía no significa que los municipios pueden desempeñar facultades legislativas o que estén excluidos del control de órganos contralores, ya que lo anterior se inserta en los límites

²⁶³ Recordemos que la constitución establecía en su texto original la designación de los Alcaldes por el consejo regional de desarrollo a propuesta en terna del consejo comunal, facultando incluso al Presidente de la República, como se establecía en la Constitución de 1925, de designar a los Alcaldes en las comunas que por su importancia poblacional o geográfica determinara la ley.

²⁶⁴ BERNSTEIN, Felipe y INOSTROZA, José [s.a.] Modernización municipal y un sistema de evaluación de su gestión. Propuesta de una arquitectura. [en línea]. <http://www.sistemaspublicos.cl/wp-content/files_mf/1273071183Paper-Arquitectura-Municipal.pdf> . [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 269.

propios a este tipo de autonomías. Por tanto, esta autonomía entrega a las municipalidades sólo la capacidad para administrarse directamente, sin supeditarse a un organismo superior, debiendo observar únicamente lo que establezca al efecto la Constitución y las leyes respectivas.

Con la promulgación de la Ley N° 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública²⁶⁵, el día 16 de Febrero del año 2011, el Estado reconoció el derecho de las personas a participar de sus políticas, planes, programas y acciones efectuados a través de sus órganos de administración²⁶⁶. Además, esta normativa reconoce el derecho de todas las personas a asociarse libremente para fines lícitos y facilita la constitución de una personalidad jurídica sin fines de lucro. Asimismo, reconoce el carácter de interés público de las organizaciones sociales sin fines de lucro y se compromete a establecer mecanismos para su fortalecimiento y financiamiento; y establece en los municipios los Consejos de la Sociedad Civil (COSOC)²⁶⁷.

²⁶⁵ La Ley N°20.500 modifica la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. En ella se señala que el Estado reconoce a las personas el derecho de participar en sus políticas, planes, programas y acciones e indica que los órganos de la Administración del Estado deberán establecer las modalidades formales y específicas de participación que tendrán las personas y organizaciones en el ámbito de su competencia.

²⁶⁶ Este derecho es incorporado a la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, lo que implica que en todas las futuras políticas públicas se debe considerar la participación ciudadana como parte de la gestión de éstas; aunque no define el carácter que debe tener esa participación. Lo anterior, puede apreciarse en el artículo 70 de la Ley que señala que: "Cada órgano de la Administración del Estado deberá establecer las modalidades formales y específicas de participación que tendrán las personas y organizaciones en el ámbito de su competencia. Las modalidades de participación que se establezcan deberán mantenerse actualizadas y publicarse a través de medios electrónicos u otros."

²⁶⁷ El Consejo de la Sociedad Civil (COSOC) es una evolución del Consejo Económico y Social Comunal (CESCO), anteriormente Consejo de Desarrollo Comunal (CODECO), y si bien sus materias de

Esta ley, también obliga a las municipalidades a actualizar sus Ordenanzas de Participación Ciudadana Comuna (OPCC), debiendo describir en ellas los instrumentos y medios a través de los cuales se materializará la participación. Así, a los instrumentos de participación local ya contenidos en la Ley N°18.695 Orgánica de Municipalidades (como las audiencias públicas), se explicita la incorporación de las consultas y se modifican los plebiscitos, quedando estas tres instancias mandatadas, sin perjuicio de abrirse la posibilidad de que los municipios incorporen voluntariamente otras instancias (como los presupuestos participativos). Es preciso indicar en este punto, que, con la ratificación y posterior entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT en Chile -como ley de la república-, se entiende incorporada en las modalidades de participación municipal, la consulta previa, también llamada "consulta indígena", la cual será abordada en posteriormente en punto 3.2.1.8. de este capítulo.

competencia son similares, el COSOC amplía sus actividades, en cuanto está obligado a informar a las organizaciones que representan para recibir sus consultas y opiniones, además de poder pronunciarse sobre las materias que les son consultadas por el Concejo Municipal.

3.1.3. Marco legal que regula a las municipalidades.

La autonomía de las municipalidades les designa un haz de poderes propios de naturaleza constitucional, cuya fuente directa es la Carta Fundamental. Lo anterior, importa un conjunto de funciones y atribuciones, que originan a nivel jurídico una potestad de autonormación, así como su ejercicio con independencia en los cuadros orgánicos del Estado.

La potestad de autonormación es de naturaleza reglamentaria y se expresa en actos municipales típicos: ordenanzas, reglamentos, decretos e instrucciones²⁶⁸. La independencia de los cuadros orgánicos, además de significar no estar bajo la tutela del Presidente de la República o de sus asesores cercanos, significa que los municipios sólo pueden ser regulados normativamente por la Constitución de la República y por las leyes, siendo contrario a la legalidad aceptar un sometimiento normativo respecto de cualquier otra entidad, lo que resulta fundamental para el presente trabajo, ya que en base a ello determinaremos -en el capítulo V- si el reglamento que

²⁶⁸ Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, artículo 12 “Las resoluciones que adopten las municipalidades se denominarán ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones. Las ordenanzas serán normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad. En ellas podrán establecerse multas para los infractores, cuyo monto no excederá de cinco unidades tributarias mensuales, las que serán aplicadas por los juzgados de policía local correspondientes. Los reglamentos municipales serán normas generales obligatorias y permanentes, relativas a materias de orden interno de la municipalidad. Los decretos Alcaldicios serán resoluciones que versen sobre casos particulares. Las instrucciones serán directivas impartidas a los subalternos”.

regula el procedimiento de consulta en el país debe ser aplicable o no a las entidades municipales.

A fin de poder comprender las particularidades de Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades y del marco normativo en general que regula a estas corporaciones, procederemos a analizar las fuentes del derecho municipal existentes en nuestro ordenamiento jurídico, de forma sucinta.

3.1.3.1. Constitución Política de la República.

Tal como señalamos en el capítulo II, la Constitución Política de la República de 1980²⁶⁹ es el principal cuerpo normativo que regula a las municipalidades, específicamente sus artículos 38 y 118 y siguientes.

El artículo 118 de la Carta Fundamental establece respecto de las municipalidades, lo siguiente:

²⁶⁹ La enumeración cronológica de las Constituciones que consagran los principios fundamentales sobre organización y existencia de los municipios en la historia de Chile, es la siguiente:

- 1) Reglamento Constitucional Provisorio de 27 de Octubre de 1812 (art. 2).
 - 2) Reglamento para el Gobierno Provisorio de 17 de Marzo de 1814 (arts. 5 y 10).
 - 3) Constitución Provisoria de 25 de Octubre de 1818 (arts. 1 al 11).
 - 4) Constitución Política de 29 de Diciembre de 1823 (arts. 215 al 224).
 - 5) Constitución Política de 8 de Agosto de 1828 (arts. 118 al 122).
 - 6) Constitución Política de 25 de Mayo de 1833 (arts. 122 al 131 y posteriormente arts. 113 al 122).
 - 7) Constitución Política del año 1925 (cap. IX, arts. 101 al 106).
 - 8) Constitución Política del año 1980 (arts. 118 al 122).
- FERNANDEZ, Richard J. Ob. Cit. (nota 254). Pág.12.

1. La administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad, la que estará constituida por el Alcalde, que es su máxima autoridad, y por el concejo.
2. La ley orgánica constitucional respectiva establecerá las modalidades y formas que deberá asumir la participación de la comunidad local en las actividades municipales.
3. Los Alcaldes, en los casos y formas que determine la ley orgánica constitucional respectiva, podrán designar delegados para el ejercicio de sus facultades en una o más localidades.
4. Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio único propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.
5. Una ley orgánica constitucional determinará las funciones y atribuciones de las municipalidades. Dicha ley señalará, además, las materias de competencia municipal que el Alcalde, con acuerdo del concejo o a requerimiento de los 2/3 de los concejales en ejercicio, o de la proporción de ciudadanos que establezca la ley, someterá a consulta no vinculante o a plebiscito, así como las oportunidades, forma de la convocatoria y efectos.

6. Las municipalidades podrán asociarse entre ellas en conformidad a la ley orgánica constitucional respectiva, pudiendo dichas asociaciones gozar de personalidad jurídica de derecho privado. Asimismo, podrán constituir o integrar corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro cuyo objeto sea la promoción y difusión del arte, la cultura y el deporte, o el fomento de obras de desarrollo comunal y productivo. La participación municipal en ellas se regirá por la citada ley orgánica constitucional.
7. Las municipalidades podrán establecer en el ámbito de las comunas o agrupación de comunas, de conformidad con la ley orgánica constitucional respectiva, territorios denominados unidades vecinales, con el objeto de propender a un desarrollo equilibrado y a una adecuada canalización de la participación ciudadana.
8. Los servicios públicos deberán coordinarse con el municipio cuando desarrollen su labor en el territorio comunal respectivo, en conformidad con la ley.
9. La ley determinará la forma y el modo en que los ministerios, servicios públicos y gobiernos regionales podrán transferir competencias a las municipalidades, como asimismo el carácter provisorio o definitivo de la transferencia.

3.1.3.2. Ley Nº 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

La Ley Nº 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades fue publicada el 31 de Marzo de 1988 y nace de un mandato de la Constitución Política de 1980, establecido en su artículo 118, tal como lo pudimos observar en el punto anterior. Esta ley, al igual que las otras leyes orgánicas constitucionales, constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico²⁷⁰, pues fueron introducidas por la citada Constitución²⁷¹.

Ahora bien, en este apartado sólo expondremos algunas disposiciones relevantes de esta LOC (toda vez que su articulado y análisis se irá exponiendo a medida que avance el capítulo), siendo éstas aquellas que facultan a los municipios para:

1. Establecer las modalidades y formas que debe asumir la participación de la comunidad local en las actividades municipales.
2. Determinar los casos y formas en que los Alcaldes pueden designar delegados para el ejercicio de sus facultades en una o más localidades.

²⁷⁰ Junto a las leyes orgánicas constitucionales, la Constitución de 1980 incorporó las leyes interpretativas de la Constitución y las leyes de base.

²⁷¹ La primera ley que intenta regular orgánicamente las municipalidades data del 8 de Noviembre de 1854. Posteriormente tenemos la Ley de 12 de Septiembre de 1887 y la Ley de 22 de Diciembre de 1891, sobre Comuna Autónoma. A continuación, el Decreto Ley Nº 281 de 22 de Enero de 1915; Decreto Ley Nº 740 de 7 de Diciembre de 1925; las modificaciones introducidas por las Leyes Nº 4.568, 5.357, 6.425, 6.587, 6.827, 7.196, 7.756, 7.767, 8.944, 8.987, 9.292, hasta llegar a la dictación de la Ley Nº 9.342, la Ley Nº 11.860 sobre Organización y Atribuciones de las Municipalidades, Decreto Ley Nº 1.289, y finalmente la Ley Nº 18.695 con sus modificaciones que rige hasta hoy.
FERNANDEZ, Richard J. Ob. Cit. (nota 254). Pág.85.

3. Determinar las funciones y atribuciones de las municipalidades.
4. Determinar la forma en que las municipalidades pueden asociarse entre ellas.
5. Determinar la forma de constituir o integrar corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro cuyo objeto sea la promoción y difusión del arte, la cultura y el deporte, o el fomento de obras de desarrollo comunal y productivo.

Por su parte, el artículo 1º de esta ley conceptualiza a los municipios de la siguiente manera:

“La administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad.

Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas”.

3.1.3.3. Leyes varias.

Ellas vienen a implementar y complementar la LOC sobre organización y atribuciones de las municipalidades. Entre las principales encontramos las siguientes:

1. Ley N° 18.883 Estatuto Administrativo de los Empleados Municipales.
2. Decreto Ley N° 3.063 Ley de Rentas Municipales.
3. Ley N° 15.231 sobre Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local.
4. Ley General de Urbanismo y Construcciones, cuyo texto fue fijado por Decreto con Fuerza de Ley N° 458.
5. Ley N° 19.483 sobre Organizaciones Comunitarias y Juntas de Vecinos.
6. Código Sanitario.
7. Ley N° 17.105 Ley de Alcoholes.
8. Ley N° 18.290 Ley del Tránsito.
9. Ley N° 19.653, sobre Probidad Administrativa.
10. Ley N° 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública.

3.1.3.4. Normativa interna.

Ésta es propia de cada municipio, y por lo tanto innumerable. Se caracterizan por no guardar uniformidad, ya que dependen de la tipología y problemas de cada comuna. Esta normativa se traduce en las diferentes

resoluciones que adopten las municipalidades, las cuales se denominan y definen de la siguiente manera:

1. Ordenanzas: normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad.
En ellas se pueden establecer multas para los infractores, cuyo monto no excederá de cinco unidades tributarias mensuales, las que serán aplicadas por los juzgados de policía local correspondientes.
2. Reglamentos municipales: normas generales obligatorias y permanentes, relativas a materias de orden interno de la municipalidad.
3. Decretos Alcaldicios: resoluciones que versan sobre casos particulares.
4. Instrucciones: directivas impartidas a los subalternos.

3.1.4. Elementos que conforman la municipalidad.

De la naturaleza particular de los municipios, al ser organismos destinados a satisfacer las necesidades de la comunidad, pertenecientes a la administración del Estado, con autonomía otorgada por la Constitución y con base democrática, nacen los elementos que son necesarios para su constitución. En este sentido, para ser tal, el municipio necesita territorio, población, patrimonio y atribuciones, todo ello en un esquema

fundamentalmente participativo de la comunidad. A continuación se entregará una noción básica de cada uno de estos elementos²⁷²:

1. Territorio: el municipio para ser tal necesita un territorio determinado en el cual ejercer su acción. Esto es, un término jurisdiccional en que ejerce su potestad administrativa y en el cual su autoridad tiene vigencia. En la actualidad se denomina comuna al territorio jurisdiccional en que la respectiva municipalidad tiene a su cargo la administración local²⁷³.
2. Población: la población es otro de los elementos esenciales del municipio y se encuentra íntimamente ligada al territorio. Está constituido por el conjunto de habitantes, tanto nacionales como extranjeros, que viven en un determinado territorio y sobre los cuales se ejerce la jurisdicción municipal, sin perjuicio que tal jurisdicción se ejerce igualmente en muchas materias sobre la población “flotante”, caso que se da, en las ciudades metropolitanas y turísticas; por ejemplo, las normas sobre tránsito obligan exactamente igual al residente como al transeúnte. Recordemos en este punto que de conformidad al artículo 19 de la LOC de Municipalidades, para los efectos de determinar la población de las

²⁷² *Ibíd.* Pág.19 y siguientes.

²⁷³ Recordemos que de conformidad al artículo 110 de la Constitución Política de la República, para el gobierno y administración interior del Estado, el territorio de la República se divide en regiones y éstas en provincias; y para los efectos de la administración local, las provincias se dividirán en comunas. La creación, supresión y denominación de regiones, provincias y comunas; la modificación de sus límites, así como la fijación de las capitales de las regiones y provincias, serán materia de ley orgánica constitucional.

comunas se considerará el censo legalmente vigente, y que para el caso de las municipalidades correspondientes a agrupaciones de comunas, el número de habitantes que se tendrá en cuenta será la totalidad de la población de las comunas que las integren.

3. Autoridades municipales: el municipio ejerce su acción preponderantemente por medio de su potestad reglamentaria, imperativa, ejecutiva y sancionadora. Estas potestades son ejercidas tradicionalmente por los Alcaldes y el concejo municipal, según lo dispuesto en el art. 2º de la Ley N° 18.695²⁷⁴.
4. Patrimonio: el patrimonio es un elemento determinante de las municipalidades²⁷⁵, ya que sin él, les sería imposible desarrollar las acciones necesarias para la consecución de sus fines.²⁷⁶ El patrimonio

²⁷⁴ Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, artículo 2 "Las municipalidades estarán constituidas por el Alcalde, que será su máxima autoridad, y por el concejo."

²⁷⁵ Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, artículo 13 "El patrimonio de las municipalidades estará constituido por: a) Los bienes corporales e incorporales que posean o adquieran a cualquier título; b) El aporte que les otorgue el gobierno regional respectivo; c) Los ingresos provenientes de su participación en el Fondo Común Municipal; d) Los derechos que cobren por los servicios que presten y por los permisos y concesiones que otorguen; e) Los ingresos que perciban con motivo de sus actividades o de las de los establecimientos de su dependencia; f) Los ingresos que recauden por los tributos que la ley permita aplicar a las autoridades comunales, dentro de los marcos que la ley señale, que graven actividades o bienes que tengan una clara identificación local, para ser destinados a obras de desarrollo comunal, sin perjuicio de la disposición sexta transitoria de la Constitución Política, comprendiéndose dentro de ellos, tributos tales como el impuesto territorial establecido en la Ley sobre Impuesto Territorial, el permiso de circulación de vehículos consagrado en la Ley de Rentas Municipales, y las patentes a que se refieren los artículos 23 y 32 de dicha ley y 3º de la Ley sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas; g) Las multas e intereses establecidos a beneficio municipal, y h) Los demás ingresos que les correspondan en virtud de las leyes vigentes".

²⁷⁶ Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, artículo 14 " Las municipalidades gozarán de autonomía para la administración de sus finanzas. En el ejercicio de esta autonomía, las municipalidades podrán requerir del Servicio de Tesorerías, información sobre los montos, distribución y estimaciones de rendimiento de todos los ingresos de beneficio municipal que ese organismo recaude.

es uno de los atributos de la personalidad, además el artículo 547, inciso 2º, del Código Civil²⁷⁷ menciona a las municipalidades como personas jurídicas de Derecho Público. Consecuencialmente, poseen su propio patrimonio, constituido por todos los bienes muebles e inmuebles que

Para garantizar el cumplimiento de los fines de las municipalidades y su adecuado funcionamiento, existirá un mecanismo de redistribución solidaria de recursos financieros entre las municipalidades del país, denominado Fondo Común Municipal, el cual estará integrado por los siguientes recursos:

- 1.- Un sesenta por ciento del impuesto territorial que resulte de aplicar la tasa a que se refiere el artículo 7º de la Ley sobre Impuesto Territorial; no obstante, tratándose de las Municipalidades de Santiago, Providencia, Las Condes y Vitacura, su aporte por este concepto será de un sesenta y cinco por ciento;
- 2.- Un sesenta y dos coma cinco por ciento del derecho por el permiso de circulación de vehículos que establece la Ley de Rentas Municipales, sin perjuicio de lo establecido en su artículo 12;
- 3.- Un cincuenta y cinco por ciento de lo que recaude la Municipalidad de Santiago y un sesenta y cinco por ciento de lo que recauden las Municipalidades de Providencia, Las Condes y Vitacura, por el pago de las patentes a que se refieren los artículos 23 y 32 de la Ley de Rentas Municipales, y 3º de la Ley sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas;
- 4.- Un cincuenta por ciento del derecho establecido en el N°7 del artículo 41 del Decreto Ley N° 3.063, de 1979, Ley de Rentas Municipales, en la transferencia de vehículos con permisos de circulación;
- 5.- El monto total del impuesto territorial que paguen los inmuebles fiscales afectos a dicho impuesto, conforme lo establece la Ley N° 17.235; y por un aporte fiscal que se considerará anualmente en la Ley de Presupuestos, cuyo monto será equivalente en pesos a 218.000 unidades tributarias mensuales, a su valor del mes de agosto del año precedente, y
- 6.- El cien por ciento de lo recaudado por multas impuestas por los Juzgados de Policía Local, por infracciones o contravenciones a las normas de tránsito, detectadas por medio de equipos de registro de infracciones. No obstante, tratándose de multas por infracciones o contravenciones al artículo 118 bis de la ley N° 18.290, sólo el 70% de ellas pasarán a integrar el Fondo Común Municipal, quedando el porcentaje restante a beneficio de la municipalidad en que se hubiere aplicado la multa respectiva. Con todo, tratándose de las multas impuestas por infracción a la prohibición establecida en el inciso primero del artículo 114 del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Justicia, de 2007, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.290, sólo el cincuenta por ciento de lo recaudado ingresará al Fondo Común Municipal, pasando el cincuenta por ciento restante a beneficio municipal. La distribución de este Fondo se sujetará a los criterios y normas establecidos en la Ley de Rentas Municipales".

²⁷⁷ Código Civil, artículo 547 "Las sociedades industriales no están comprendidas en las disposiciones de este título; sus derechos y obligaciones son reglados, según su naturaleza, por otros títulos de este Código y por el Código de Comercio. Tampoco se extienden las disposiciones de este título (De las Personas Jurídicas) a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como la nación, el fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades religiosas, y los establecimientos que se costean con fondos del erario: estas corporaciones y fundaciones se rigen por leyes y reglamentos especiales".

posean a cualquier título, gratuito u oneroso, y por las rentas que recaudan directa o indirectamente²⁷⁸.

3.1.5. Funciones y atribuciones municipales.

Las funciones de los municipios están establecidas en la Ley Orgánica N° 18.695. Ellas pueden clasificarse en cuanto a la entidad a quien corresponde su ejercicio. En este sentido, dicha clasificación comprende 4 categorías que definiremos a continuación: a) funciones impropias, b) propias, esenciales o privativas, c) indistintas, y d) mixtas, compartidas o conjuntas²⁷⁹:

- a) Funciones impropias: son aquellas funciones estatales que, por delegación del Estado, se las encarga al municipio. Estas funciones las realiza el municipio como órgano de otro ente (el Estado), sin que, por lo tanto, actúe como ente público, como por ejemplo, la ejecución de un proyecto determinado.
- b) Funciones propias: denominadas también esenciales o privativas, son aquellas que corresponden al municipio como ente público y que sólo él puede ejercitarlas. La Ley N° 18.695 señala en su artículo 3 como funciones privativas las siguientes: a) Aplicar las disposiciones sobre transporte y tránsito públicos, dentro de la comuna, en la forma que

²⁷⁸ FERNANDEZ, Richard J. Ob. Cit. (nota 254). Pág. 21.

²⁷⁹ *Ibíd.* Pág. 31.

determinen las leyes y las normas técnicas de carácter general que dicte el ministerio respectivo; b) Aplicar las disposiciones sobre construcción y urbanización, en la forma que determinen las leyes, sujetándose a las normas técnicas de carácter general que dicte el ministerio respectivo; c) La planificación y regulación urbana de la comuna y la confección del plan regulador comunal, de acuerdo con las normas legales vigentes; d) El aseo y ornato de la comuna; e) La promoción del desarrollo comunitario, y f) Elaborar, aprobar y modificar el plan de desarrollo comunal, cuya aplicación deberá armonizar con los planes regionales y nacionales.

- c) Funciones indistintas: son aquellas que, si bien pueden ser ejercitadas por el municipio como ente público, por lo que tienen el carácter de municipal, también pueden ser desarrolladas por el Estado. Por ejemplo, difusión artística y cultural, abastecimiento de las poblaciones, etc.
- d) Funciones compartidas, conjuntas o mixtas: son aquellas que se confieren simultáneamente al municipio y al Estado a través de cualquiera de sus organismos y que, en consecuencia, se ejercen en forma conjunta. El artículo 4º de la Ley N° 18.695 indica que las municipalidades podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la administración del Estado, funciones relacionadas con: a) La asistencia social; b) La salud pública; c) La protección del medio

ambiente; d) La educación y la cultura; e) La capacitación y la promoción del empleo; f) El deporte y la recreación; g) El turismo; h) El transporte y tránsito públicos; i) La vialidad urbana y rural; j) La urbanización; k) La construcción de viviendas sociales e infraestructuras sanitarias; l) La prevención de riesgos y la prestación de auxilio en situaciones de emergencia, y ll) El desarrollo de actividades de interés común en el ámbito local.

Estas tareas, que le corresponde ejercer a las municipalidades en su calidad de órgano de la administración del Estado, son el origen de toda medida administrativa que las mismas decidan adoptar -ya sea de efectos generales o particulares- dentro de la comuna; luego, y en lo que a este trabajo concierne, serán las funciones propias las que analizaremos en el capítulo IV, a fin de intentar determinar cuáles son las medidas que dictan las entidades edilicias - conforme a estas funciones-, que son susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas.

Para lograr el objetivo descrito en el párrafo precedente, se hace indispensable dejar establecido, desde ya, que para el cumplimiento de las funciones antes indicadas, la normativa entrega atribuciones esenciales a las municipalidades, específicamente en el artículo 5 de la Ley N° 18.695, y que ellas son:

- a) Ejecutar el plan comunal de desarrollo y los programas necesarios para su cumplimiento.
- b) Elaborar, aprobar, modificar y ejecutar el presupuesto municipal.
- c) Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público existentes en la comuna, salvo que, en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la administración del Estado. En ejercicio de esta atribución, le corresponderá, previo informe del Consejo Económico y Social de la Comuna, asignar y cambiar la denominación de tales bienes. Asimismo, con el acuerdo de los dos tercios de los concejales en ejercicio, podrá hacer uso de esta atribución respecto de poblaciones, barrios y conjuntos habitacionales, en el territorio bajo su administración.
- d) Dictar resoluciones obligatorias con carácter general o particular.
- e) Establecer derechos por los servicios que presten y por los permisos y concesiones que otorguen.
- f) Adquirir y enajenar, bienes muebles e inmuebles.
- g) Otorgar subvenciones y aportes a personas jurídicas de carácter público o privado, sin fines de lucro, que colaboren directamente en el cumplimiento de sus funciones. Estas subvenciones y aportes no podrán exceder, en conjunto, al siete por ciento del presupuesto municipal. Este

límite no incluye a las subvenciones y aportes que las municipalidades destinen a las actividades de educación, de salud o de atención de menores que les hayan sido traspasadas en virtud de lo establecido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1-3063, de Interior, de 1980, cualesquiera sea su forma de administración, ni las destinadas a los Cuerpos de Bomberos. Asimismo, este límite no incluye a las subvenciones o aportes que las municipalidades de Santiago, Providencia y Las Condes efectúen a la "Corporación Cultural de la I. Municipalidad de Santiago", para el financiamiento de actividades de carácter cultural que beneficien a los habitantes de dichas comunas.

- h) Aplicar tributos que graven actividades o bienes que tengan una clara identificación local y estén destinados a obras de desarrollo comunal, para cuyo efecto las autoridades comunales deberán actuar dentro de las normas que la ley establezca.
- i) Constituir corporaciones o fundaciones de derecho privado, sin fines de lucro, destinadas a la promoción y difusión del arte y la cultura. La participación municipal en estas corporaciones se regirá por las normas establecidas en el Párrafo 1° del Título VII.
- j) Establecer, en el ámbito de las comunas o agrupación de comunas, territorios denominados unidades vecinales, con el objeto de propender a un desarrollo equilibrado y a una adecuada canalización de la

participación ciudadana. Las municipalidades tendrán, además, las atribuciones no esenciales que le confieran las leyes o que versen sobre materias que la Constitución Política de la República expresamente ha encargado sean reguladas por la ley común, entre otras, la de colaborar en la fiscalización y en el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes a la protección del medio ambiente, en los límites comunales, sin perjuicio de las potestades, funciones y atribuciones de otros organismos públicos.

Las municipalidades podrán asociarse entre ellas para el cumplimiento de sus fines propios, de acuerdo con las reglas establecidas en el Párrafo 2° del Título VII de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

3.1.6. Potestades municipales.

El apoyo jurídico necesario para el ejercicio de las funciones y atribuciones encomendadas a las municipalidades, así como para concretizar las medidas que sean necesarias para el buen funcionamiento de la comuna, está constituido por potestades, las cuales podemos clasificar en: reglamentaria, imperativa, ejecutiva y sancionadora²⁸⁰.

²⁸⁰ Ibíd. Pág. 45

1. Potestad reglamentaria: es aquella en virtud de la cual los municipios pueden dictar normas generales, obligatorias y permanentes, con el objeto de hacer ejecutar las leyes o cumplir la función de administrar que la Constitución Política y las leyes les han asignado. Esta potestad se traduce en la dictación de ordenanzas y reglamentos. Respecto a ella, la Constitución, en su artículo 118²⁸¹, señala que una Ley Orgánica Constitucional determinará las funciones y atribuciones de las municipalidades, agregando que dicha ley establecerá las materias en que el Alcalde requerirá acuerdo del Concejo. A su vez, el artículo 12 de la Ley N° 18.695 establece la potestad reglamentaria del municipio²⁸² y el artículo 65 señala en su letra k) que las ordenanzas municipales son materias en que el Alcalde requiere el acuerdo del concejo municipal.

²⁸¹ Constitución Política de la República. Artículo 118, inciso 1º, 2º y 8º “La administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad, la que estará constituida por el Alcalde, que es su máxima autoridad, y por el concejo. La ley orgánica constitucional respectiva establecerá las modalidades y formas que deberá asumir la participación de la comunidad local en las actividades municipales.”

²⁸² Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, artículo 12 “Las resoluciones que adopten las municipalidades se denominarán ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones. Las ordenanzas serán normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad. En ellas podrán establecerse multas para los infractores, cuyo monto no excederá de cinco unidades tributarias mensuales, las que serán aplicadas por los juzgados de policía local correspondientes. Los reglamentos municipales serán normas generales obligatorias y permanentes, relativas a materias de orden interno de la municipalidad. Los decretos alcaldicios serán resoluciones que versen sobre casos particulares. Las instrucciones serán directivas impartidas a los subalternos.”

2. Potestad imperativa: es aquella en virtud de la cual pueden dictarse órdenes obligatorias para los vecinos y funcionarios del respectivo municipio, en cumplimiento del mandato de administración de los intereses locales. Si bien, la potestad reglamentaria se refiere a resoluciones generales y permanentes, que se traducen en ordenanzas y reglamentos; la potestad imperativa se traduce en simples acuerdos o decretos, según los adopte la corporación edilicia o el Alcalde. En la actualidad, esta potestad se radica en el Alcalde, en atención a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley N° 18.695²⁸³, y se ejerce mediante decretos (a vía de ejemplo: decreto de prohibiciones, autorizaciones, concesiones de permisos, etc.).
3. Potestad ejecutiva: es aquella en virtud de la cual el Alcalde hace cumplir las resoluciones municipales. Esta potestad ha sido ejercida tradicionalmente por los Alcaldes, en base a ella hacen cumplir las ordenanzas, reglamentos, simples acuerdos, etc., y es consubstancial a la administración de los intereses locales, ya que sin ella las resoluciones quedarían incumplidas. También ejercita el Alcalde esta potestad por

²⁸³ Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, artículo 56 “El Alcalde es la máxima autoridad de la municipalidad y en tal calidad le corresponderá su dirección y administración superior y la supervigilancia de su funcionamiento. En la condición antedicha, el Alcalde deberá presentar, oportunamente y en forma fundada, a la aprobación del concejo, el plan comunal de desarrollo, el presupuesto municipal, el plan regulador, las políticas de la unidad de servicios de salud y educación y demás incorporados a su gestión, y las políticas y normas generales sobre licitaciones, adquisiciones, concesiones y permisos.”

medio de decretos, aun cuando pueda hacerlo en muchos casos mediante simples providencias o resoluciones administrativas. Es así que el artículo 63 de la Ley Orgánica de Municipalidades²⁸⁴ señala las atribuciones alcaldicias, que son amplísimas, pudiendo ejecutar los actos y celebrar los contratos necesarios para el adecuado cumplimiento de las funciones de la municipalidad.

4. Potestad sancionadora: en virtud de esta potestad le corresponde al Alcalde y al Concejo, en su caso, señalar sanciones a quienes infrinjan las resoluciones municipales, cuando se trate de ordenanzas. En lo que se refiere al personal municipal, esta facultad recae en el Alcalde (artículo 63, letra d), Ley N° 18.695). La potestad sancionadora consiste en señalar en la respectiva ordenanza la sanción que corresponderá a

²⁸⁴ Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, artículo 63 "El Alcalde tendrá las siguientes atribuciones: a) Representar judicial y extrajudicialmente a la municipalidad; b) Proponer al concejo la organización interna de la municipalidad; c) Nombrar y remover a los funcionarios de su dependencia de acuerdo con las normas estatutarias que los rijan; d) Velar por la observancia del principio de la probidad administrativa dentro del municipio y aplicar medidas disciplinarias al personal de su dependencia, en conformidad con las normas estatutarias que lo rijan; e) Administrar los recursos financieros de la municipalidad, de acuerdo con las normas sobre administración financiera del Estado; f) Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público de la comuna que correspondan en conformidad a esta ley; g) Otorgar, renovar y poner término a permisos municipales; h) Adquirir y enajenar bienes muebles; i) Dictar resoluciones obligatorias de carácter general o particular; j) Delegar el ejercicio de parte de sus atribuciones exclusivas en funcionarios de su dependencia o en los delegados que designe, salvo las contempladas en las letras c) y d). Igualmente podrá delegar la facultad para firmar, bajo la fórmula "por orden del Alcalde", sobre materias específicas; k) Coordinar el funcionamiento de la municipalidad con los órganos de la Administración del Estado que corresponda; l) Coordinar con los servicios públicos la acción de éstos en el territorio de la comuna; ll) Ejecutar los actos y celebrar los contratos necesarios para el adecuado cumplimiento de las funciones de la municipalidad y de lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley N° 18.575; m) Convocar y presidir, con derecho a voto, el concejo; como asimismo, convocar y presidir el consejo comunal de organizaciones de la sociedad civil; n) Someter a plebiscito las materias de administración local, de acuerdo a lo establecido en los artículos 99 y siguientes, y ñ) Autorizar la circulación de los vehículos municipales fuera de los días y horas de trabajo, para el cumplimiento de las funciones inherentes a la municipalidad."

quienes infrinjan sus normas. Se ejerce también en lo interno, en las atribuciones disciplinarias que al Alcalde le competen como superintendente de los servicios municipales, respecto de los funcionarios por las faltas administrativas que éstos cometan²⁸⁵. Las atribuciones disciplinarias del Alcalde se enmarcan dentro del Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales, Ley N° 18.883, artículo 124 y siguientes.

3.1.7. Autonomía constitucional de las municipalidades.

Tal como se señaló al principio de este capítulo, en este punto examinaremos que es la autonomía municipal, así como sus límites, con el objeto de vislumbrar en el capítulo V como este estatus jurídico genera una disyuntiva respecto a la aplicación del procedimiento de consulta establecido por el Poder Ejecutivo, determinando las posibles soluciones al dilema planteado.

²⁸⁵ FERNANDEZ, Richard J. Ob. Cit. (nota 254). Pág. 47.

3.1.7.1. Significado de autonomía municipal.

Para el análisis y comprensión de este apartado comenzaremos exponiendo la acepción que define autonomía en el sentido que nos interesa: "como una potestad dentro del Estado de la que pueden gozar los municipios, provincias, regiones u otras entidades de él, para regir intereses peculiares de su vida interior, mediante normas y órganos de gobierno propios"²⁸⁶.

El anterior concepto entrega una característica fundamental de la autonomía, que es el hecho de reconocer que los órganos que gozan de ella la deben ejercer dentro de un orden estatal, al cual deben someter su funcionamiento. Por consiguiente, la autonomía dista de ser un concepto ilimitado, ya que de lo contrario, significaría no sólo poseer un cúmulo de libertades de actuación, sino que también detentar soberanía. Luego, una de las características fundamentales de la autonomía es la libertad de la que gozan ciertos órganos, para regir por sí mismos los asuntos de su interés, que se desarrollen dentro de su territorio²⁸⁷, pero acatando siempre el ordenamiento estatal.

²⁸⁶ Diccionario de la Real Academia Española. [en línea] <<http://lema.rae.es/drae/?val=autonomia>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

²⁸⁷ Para mayor información ver: VILLAGRAN ABARZÚA, Marcelo.2010. La Autonomía Municipal. [en línea] Revista Iberoamericana de Estudios Municipales. Año 1. N°2. Segundo Semestre Septiembre 2010. <http://revistariem.uautonoma.cl/sites/default/files/revistas/articulo_8_riem_2_0.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

Siguiendo este lineamiento, podemos señalar que la autonomía municipal es “la facultad que posee el municipio, para darse la estructura interna que estime adecuada y para ejercer las funciones que le son propias (...). Existirá autonomía total cuando la municipalidad ejerza estas facultades en forma completamente independiente del gobierno central y, por el contrario, limitada cuando éste ejerza tutela, subordinación o control sobre ellas”²⁸⁸.

“La autonomía garantiza el derecho de los municipios a intervenir en todos los asuntos que afectan directamente a su territorio, de conformidad a los principios de descentralización y máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos, después de todo, recordemos que la descentralización tiene como fin la eficacia en la administración, acercando la toma de decisiones a los ciudadanos y a quienes mejor contacto y conocimiento tienen, vale decir, a las autoridades locales. De esta forma, se materializa uno de los grandes objetivos de la democracia, cual es el de aumentar la participación ciudadana en los asuntos públicos, mediante una intervención responsable de los ciudadanos en todos aquellos asuntos que son de su interés inmediato”²⁸⁹.

En cuanto al contenido de la autonomía municipal, es posible identificar una autonomía reglamentaria, una de gobierno y administración y, finalmente,

²⁸⁸ FERNANDEZ, Richard J. Ob. Cit. (nota 254). Pág. 28.

²⁸⁹ VILLAGRAN ABARZÚA, Marcelo.2010. Ob. Cit. (nota 287). Pág. 221.

una financiera. Estas tres libertades son las que caracterizan una autonomía municipal plena y pueden tener, naturalmente, distinto alcance e importancia.

3.1.7.2. Límites a la autonomía municipal.

“Por encontrarse insertos al interior de un Estado, los municipios no gozan de soberanía. Su autonomía no puede, por tanto, tener características absolutas y se encuentra limitada, sin que por ello se afecte su esencia. Es así que encontramos, dentro de sus limitaciones, el respeto del ordenamiento jurídico, de los planes de desarrollo regional y nacional²⁹⁰ y de la unidad de acción que debe existir al interior de un Estado²⁹¹. Además, los municipios deben actuar en forma coordinada con el resto de los organismos públicos”²⁹².

Sólo considerando a los municipios como entes autónomos, pero subordinados al régimen político del Estado, llegaremos a la conclusión de que, a pesar de la independencia de la que gozan, los municipios no pueden tener la absoluta libertad de gobernarse por sí mismos, ya que no sólo deben

²⁹⁰ Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, artículo 9 “Las municipalidades deberán actuar, en todo caso, dentro del marco de los planes nacionales y regionales que regulen la respectiva actividad. Corresponderá al intendente de la región respectiva velar por el cumplimiento de lo que dispone el inciso anterior.”

²⁹¹ El artículo 3° de la Constitución Política de la República, situado dentro de las Bases de la Institucionalidad (Capítulo I), señala claramente que Chile es un Estado unitario. Ello no obsta a que su territorio se divida en regiones y que su administración pública sea funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada, en su caso.

²⁹² VILLAGRAN ABARZÚA, Marcelo. Ob. Cit. (nota 287). Pág. 224.

preocuparse de desempeñar las funciones propias para su bienestar, sino que también, participar en los asuntos del Estado

3.1.7.3. Autonomía municipal en Chile.²⁹³

En Chile, la autonomía municipal se encuentra consagrada en el artículo 118, inciso 4º de la Constitución Política de la República, así como en el artículo 1, inciso 2º, y en el artículo 1º, de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Estas disposiciones fueron incorporadas por la Ley de Reforma Constitucional N° 19.097, de fecha 12 de Noviembre de 1991, que definió a las municipalidades como “corporaciones autónomas”²⁹⁴. El legislador dejó de manifiesto con dicha reforma que los municipios no deben

²⁹³ El tema de la autonomía municipal es relevante por varias razones: desde las posibilidades que tienen de auto normarse estos organismos hasta la relación que ésta posee con el Convenio 169 y su aplicación. Lo último, toda vez que la finalidad del Convenio 169 es ir hacia un estatuto de autonomía local para los pueblos originarios (así nos lo señaló doña Antonia Urrejola en entrevista realizada en el marco de esta memoria con fecha 29 de Enero de 2015, Anexo N° 6.).

²⁹⁴ Los mencionados artículos prescriben lo siguiente:

Artículo 1º, Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades “La administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad. Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural”

Artículo 118, incisos 1º, 2º y 4º, Constitución Política de la República “La administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad, la que estará constituida por el Alcalde, que es su máxima autoridad, y por el concejo. La ley orgánica constitucional respectiva establecerá las modalidades y formas que deberá asumir la participación de la comunidad local en las actividades municipales. (...) Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio único propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.”

quedar sujetos a autoridad alguna, debiendo relacionarse con la administración central por medio de una coordinación en el trabajo que, a nivel local, realicen diversos servicios públicos.

La normativa señalada refleja que los municipios chilenos no se encuentran sometidos a un vínculo jerárquico o de dependencia del Presidente de la República, ni de los ministerios y que cumplen sus funciones sin supeditarse a otros organismos de la administración del Estado. Sin embargo, ante tal afirmación, se deben tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

1. La autonomía municipal es administrativa²⁹⁵ y no política²⁹⁶, debido a que las municipalidades son órganos de la administración del Estado y sus atribuciones son de índole netamente administrativa.
2. Las municipalidades, en su condición de órgano de la administración del Estado, deben someter su acción a la Constitución y a las leyes dictadas

²⁹⁵ La autonomía administrativa supone la existencia de órganos que forman parte de la administración del Estado, pero cuya relación con el poder central o las máximas autoridades gubernativas es tenue o casi inexistente, lo cual le permite actuar con independencia al momento de adoptar sus propias decisiones. En muchos de estos casos, la entidad autónoma goza de personalidad jurídica y patrimonio propio, pero no es una condición esencial. La autonomía administrativa no supone necesariamente la existencia de descentralización política.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo. [s.a.] La Administración del Estado en Chile y el concepto de Autonomía. [en línea]. Contraloría General de la República: 85 años de Vida Institucional (1927-2012). <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Merged/2012/ARCHIVOS/20121214_Eduardo_Cordero>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 16.

²⁹⁶ La autonomía política la encontramos en aquellos estados compuestos, en donde el poder político no sólo es distribuido a nivel horizontal (poder legislativo, judicial y ejecutivo), sino que también de forma vertical: estado federal y estados federados, estado central y regiones. Son casos que también se comprenden bajo la noción de descentralización política, ya que existe más de un centro de impulsión del poder, como ocurre con los estados federales o regionales, en donde se comparte el poder legislativo a nivel central o federal y a nivel de estados miembros o regiones; lo mismo que el gobierno. Ibíd.

conforme a ella, debiendo actuar dentro de su competencia y sin más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico, como lo establecen los artículos 6 y 7 de la Constitución y el artículo 2 de la Ley N° 18.575.

3. El Estado de Chile es unitario²⁹⁷, como lo establece el artículo 3 de la Constitución y el artículo 1 de la Ley N° 18.575²⁹⁸, por tanto, se debe incluir a las municipalidades dentro de los órganos de la administración

²⁹⁷ Conforme a nuestra Constitución, no es posible la existencia de órganos, entidades o regiones que gocen de autonomía política, ya que esto supone una descentralización política que no se condice con el carácter unitario que le asigna la Carta Fundamental a nuestro Estado (artículo 3°). Sin embargo, lo anterior no es óbice para que dentro de la administración del Estado puedan existir órganos autónomos de naturaleza administrativa, como da cuenta la propia Carta Fundamental: Contraloría General de la República, Banco Central, Municipalidades, Consejo Nacional de Televisión. Además, también se permite al legislador crear órganos de la misma naturaleza (artículo 65 inc. 4° N°2).

En este punto, creemos importante resaltar lo que ha propuesto la Comisión Asesora Presidencial en Descentralización y Desarrollo Regional, en su informe de fecha 7 de Octubre de 2014: “El nuevo marco político constitucional para la organización territorial del Estado de Chile (debe) reafirma(r) el carácter único e indivisible del territorio. Con todo, se propone eliminar de la Constitución la referencia al carácter “unitario” del Estado, prefiriendo designarlo como Estado Descentralizado”. En este escenario “corresponde al Presidente de la República el Gobierno y la Administración del Estado, sin perjuicio que el modelo constitucional del Estado Descentralizado distinguirá claramente las funciones de Gobierno y administración Interior y de Gobierno y administración, Regional y Local”. Luego “la Constitución explicitará que los gobiernos regionales y las municipalidades gozarán de autonomía política, administrativa y fiscal. (...) Sin perjuicio de la autonomía reconocida a gobiernos regionales y municipalidades, la Constitución podrá reconocer la existencia de otros territorios especiales. En este sentido, la Constitución reconocerá el carácter plurinacional y multicultural de la región de la Araucanía, la que estará dotada de un Estatuto Especial definido por ley”.

COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL EN DESCENTRALIZACIÓN Y DESARROLLO REGIONAL. 2014. Propuesta de Política de Estado y Agenda para la Descentralización y el Desarrollo Territorial de Chile. Hacia un país desarrollado y justo. [en línea]. 7 de Octubre de 2014. Chile. <http://www.senado.cl/prontus_senado/site/artic/20141007/asocfile/20141007112343/descentralizacion_informe.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 27 y 28.

²⁹⁸ Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, artículo 1° “El Presidente de la República ejerce el gobierno y la Administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes. La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”.

del Estado, la que constituye un todo armónico que debe propender a la unidad de acción.

4. Las municipalidades deben actuar en el marco de los planes nacionales y regionales, siendo el intendente el encargado de velar por el cumplimiento de tal obligación, establecida en el artículo 9 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.
5. Según lo establece el artículo 118 de la Constitución²⁹⁹, las municipalidades están obligadas a coordinarse entre sí y con los demás servicios públicos, estableciendo en el artículo 123³⁰⁰, fórmulas de coordinación. Lo anterior también se encuentra plasmado en el artículo 5, inciso segundo, de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado³⁰¹ y el artículo 10 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades³⁰².

²⁹⁹ Constitución Política de la República. Artículo 118, inciso 1º, 2º y 8º “La administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad, la que estará constituida por el Alcalde, que es su máxima autoridad, y por el concejo. La ley orgánica constitucional respectiva establecerá las modalidades y formas que deberá asumir la participación de la comunidad local en las actividades municipales. (...) Los servicios públicos deberán coordinarse con el municipio cuando desarrollen su labor en el territorio comunal respectivo, en conformidad con la ley.”

³⁰⁰ Constitución Política de la República. Artículo 123 “La ley establecerá fórmulas de coordinación para la administración de todos o algunos de los municipios, con respecto a los problemas que les sean comunes, así como entre los municipios y los demás servicios públicos. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, la ley orgánica constitucional respectiva regulará la administración de las áreas metropolitanas, y establecerá las condiciones y formalidades que permitan conferir dicha calidad a determinados territorios.”

³⁰¹ Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, artículo 5, inciso 2º “Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de Funciones”.

³⁰² Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, artículo 10 “La coordinación entre las municipalidades y entre éstas y los servicios públicos que actúen en sus respectivos territorios, se

Estos límites han sido precisados por la Contraloría General de la República de Chile en sus dictámenes N° 16.818 y 18.597, ambos del año 1993. Respecto a la autonomía municipal, el ente Contralor ha desarrollado una interesante jurisprudencia, la cual ha dejado de manifiesto su condición exclusivamente administrativa. Si bien las municipalidades no están sometidas a un vínculo jerárquico o de dependencia del Presidente de la República, quedan bajo la supervigilancia del Ministerio del Interior, a través de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo (SUBDERE), y bajo la fiscalización del intendente regional respectivo.

Además, las municipalidades deben respetar en todo momento el principio de legalidad consagrado en la Constitución, en su calidad de organismos integrantes de la administración del Estado y someterse, a pesar de gozar de autonomía financiera, a las normas sobre administración financiera del Estado³⁰³. Recordemos que el principio de legalidad de la Constitución de 1980

efectuará mediante acuerdos directos entre estos organismos. A falta de acuerdo, el gobernador provincial que corresponda dispondrá las medidas necesarias para la coordinación requerida, a solicitud de cualquiera de los Alcaldes interesados. En todo caso, la coordinación deberá efectuarse sin alterar las atribuciones y funciones que correspondan a los organismos respectivos.”

³⁰³ En materia normativa, es necesario precisar que no existe una disposición en la Constitución que faculte a las municipalidades a accionar por vía judicial, en su calidad de titular de la autonomía, frente a posibles abusos del legislador o del Ejecutivo. El control preventivo que realiza el Tribunal Constitucional resulta de gran ayuda, pero sólo se aplica en esta materia sobre las leyes orgánicas constitucionales. Quedan, de esta forma, un gran número de leyes que escapan del control preventivo del Tribunal Constitucional, lo cual puede facilitar la aprobación de normas que contravengan el texto fundamental. En su calidad de personas jurídicas de derecho público, (consideramos que –esto sólo en caso de ser una propuesta-) podría dotárseles de una acción, a semejanza de lo que ocurre en Alemania, que les permita proteger su autonomía garantizada por la Constitución.
VILLAGRAN ABARZÚA, Marcelo. Ob. Cit. (nota 287). Pág. 231.

reconoce, a lo menos, tres aspectos que los municipios deben respetar: 1º) sujeción directa e inmediata a la Constitución como norma jurídica de vinculación directa (artículo 6º); 2º) conforme al principio de legalidad corresponde a ella atribuir la ley, potestades y derechos (artículo 5º y 7º); y 3º) por último, el principio de legalidad involucra no sólo a la ley en sentido estricto, sino a todas las normas positivas que por derivación de validez nazcan de la Carta Fundamental.

De todo lo dicho precedentemente, nos resulta incuestionable que al Presidente de la República le corresponde ejercer el Gobierno y la administración del Estado dentro del marco que la Constitución establece y, en consecuencia, con las limitaciones que ella contempla, como asimismo, que las municipalidades, por mandato de la Constitución, son organismos autónomos, cuya composición, organización, funciones y atribuciones le corresponde determinarlas a una ley orgánica constitucional.

Confirma esto, el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley que regulaba las cuestiones de competencia entre autoridades administrativas, aún antes de la reforma de 1991 sobre municipalidades. En este sentido, el Tribunal indicó que “si bien es cierto que la Constitución en su artículo 107 no dice expresamente que las Municipalidades son entes autónomos, su autonomía se infiere del propio texto constitucional, al establecer que las Municipalidades son corporaciones de

derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios, y que sus atribuciones las derivan directamente de su ley orgánica constitucional. De acuerdo con la disposición mencionada es clara la autonomía constitucional de estos órganos, pues se trata de entes personificados que ha creado el Estado en el propio texto constitucional y cuyas atribuciones no las reciben del Poder Central, sino que de la ley orgánica constitucional”³⁰⁴.

Por otra parte, la jurisprudencia administrativa, esta vez con posterioridad a la reforma constitucional de 1991, que dotó expresamente de autonomía a las municipalidades, ha señalado que tal enmienda no ha hecho más que ratificar los principios ya contenidos en la Constitución y en la Ley Orgánica Constitucional respectiva³⁰⁵.

Ahora bien, tal carácter autónomo de los municipios, vinculado con los mecanismos de participación que poseen, consagrados en una ley orgánica constitucional, serán aspectos relevantes a considerar -en el capítulo V- cuando se establezcan las distintas vías con que cuentan las municipalidades, para regular el procedimiento del derecho de consulta previa.

³⁰⁴ CHILE. Tribunal Constitucional. Rol N° 80/1989. Sentencia de 22 de Septiembre de 1989. [en línea]. <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=532>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Considerando 5°.

³⁰⁵ CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 16.818. 6 de Julio de 1993.

3.1.7.4. Autonomía municipal en un futuro contexto de descentralización.

Con el objeto de establecer indicios sobre lo que podría ocurrir con la autonomía municipal en un futuro próximo, esbozaremos brevemente algunas de las medidas que la Comisión Asesora Presidencial en Descentralización y Desarrollo Regional, propuso en su informe de fecha 7 de Octubre de 2014, y que tienen injerencia en este tema. Hacemos presente la finalidad de las mismas es "descentralizar Chile, con el propósito fundamental de romper las inequidades territoriales, transferir poder y generar mejor democracia en las comunas y regiones, para así, poner al país en la senda de un desarrollo integral, impensable sin sus territorios"³⁰⁶.

Ahora bien, en cuanto al "Traspaso de Competencias, Servicios y Programas"³⁰⁷, la Comisión propone un calendario plurianual para traspasar competencias, servicios y programas públicos desde los ministerios y organismos centrales a la dependencia de los gobiernos regionales y municipalidades³⁰⁸.

³⁰⁶ COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL EN DESCENTRALIZACIÓN Y DESARROLLO REGIONAL. Ob. Cit. (nota 297). Pág. 9.

³⁰⁷ Para profundizar sobre las medidas propuestas por la Comisión Asesora Presidencial en Descentralización y Desarrollo Regional, recomendamos ver su informe, páginas 11 y siguientes. *Ibíd.*

³⁰⁸ Tercera medida esencial, Informe de Descentralización. *Ibíd.*

Respecto a lo que es "Democracia Local y Regional", la Comisión propone un conjunto de ideas de innovación dirigidas a flexibilizar la creación de partidos políticos regionales (modificando la Ley de Partidos Políticos), al establecimiento de primarias obligatorias para la decisión de candidaturas, mecanismos de limitación de la permanencia continua en el poder de unas mismas personas (estableciendo límites a la elección: Intendente y Alcalde hasta dos periodos consecutivos, Concejal y Consejero Regional hasta tres) y la exigencia de voto programático, de modo que la ciudadanía se pronuncie sobre la base de propuestas programáticas concretas, susceptibles de evaluarse en su cumplimiento³⁰⁹.

Por último, en lo referente a "Fortalecer la Participación Ciudadana" la Comisión propone un conjunto de propuestas que estimularían poderosamente la vinculación y la participación de la ciudadanía en los asuntos de interés local y regional, dirigidas a la organización de la sociedad civil, a plebiscitos, decisiones regionales y a una mayor transparencia en la gestión pública. Se incluyen aquí la posibilidad de exigir plebiscitos regionales y locales con un 5% de las firmas del padrón electoral; y la sugerencia de que la ley establezca un sistema de referéndum revocatorio para el mandato de una autoridad regional y local³¹⁰.

³⁰⁹ Novena medida esencial, Informe de Descentralización. *Ibíd.*

³¹⁰ Décima medida esencial, Informe de Descentralización. *Ibíd.*

3.2. Principio de participación ciudadana.

En las democracias constitucionales, como la chilena, la participación es un principio y un valor inherente a la noción y a la esencia misma de democracia, al punto que es difícil concebir la existencia de un verdadero régimen democrático sin derechos de participación y sin mecanismos que garanticen estos derechos de las personas en los procesos de toma de decisiones estatales que puedan afectarlas³¹¹.

En esta lógica, la participación es, además, un fin principal de los gobiernos democráticos, habida cuenta que sus decisiones tienen legitimidad en la medida en que sean producto de la deliberación pública y de la participación ciudadana. De esta forma, el principio democrático debiese concretarse en la protección de los derechos individuales de participación así como en su ejercicio colectivo.

En los países que se rigen por sistemas democráticos, los derechos de participación cuentan con protección jurídica en normas internas, en las constituciones políticas, y en instrumentos internacionales de derechos

³¹¹ Ver capítulo I, punto 1.2.1.6. "Distinción entre derecho de consulta y derecho de participación".

humanos, como son la Declaración Universal de Derechos Humanos³¹², la Convención Americana sobre Derechos Humanos³¹³, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³¹⁴, y el Convenio 169 de la OIT³¹⁵.

En este orden de ideas, la participación ciudadana va más allá de los derechos a acceder al ejercicio de funciones públicas, a conformar los órganos de elección popular y a votar por quienes aspiran a integrar dichos órganos.

³¹² Artículo 21 “1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.”

³¹³ Artículo 23 “Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.”

³¹⁴ Artículo 25 “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.”

³¹⁵ Artículo 6 “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en 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.”

Para configurar una sociedad auténticamente democrática, los derechos políticos, como primera y básica manifestación del principio democrático, deben complementarse con otros mecanismos y formas de participación, que los Estados deben poner a disposición de todas las personas que habitan su territorio. "Este deber estatal tiene particular importancia respecto de las minorías y los grupos vulnerables, a quienes se les deben garantizar las condiciones que les permitan participar real y efectivamente en los asuntos y decisiones que les atañen"³¹⁶. Lo anterior, es especialmente importante en relación con los pueblos indígenas, habida cuenta que "los procesos democráticos y representativos corrientes no suelen bastar para atender sus preocupaciones particulares, ya que estos pueblos, por lo general, quedan excluidos de la esfera política"³¹⁷.

3.2.1. Participación ciudadana: fundamento democrático de los municipios.

Como hemos visto al estudiar brevemente los orígenes del municipio, una característica preponderante es su raíz democrática, evidenciada en sus diversas épocas. En la actualidad, estimamos que dicho fundamento

³¹⁶ GALVIS PATIÑO, María Clara y RAMÍREZ RINCÓN, Ángela María. Ob. Cit. (nota 90). Pág. 50

³¹⁷ ANAYA, James. Ob. Cit. (nota 162). Pág. 16.

democrático debe buscarse preponderantemente en la participación ciudadana, la cual la podemos entender, en el ámbito municipal, como “la posibilidad que tiene los ciudadanos de la comuna de intervenir, tomar parte y ser considerados en las instancias de información, ejecución y evaluación de acciones que apunten a la solución de los problemas que los afectan directa o indirectamente en los distintos ámbitos de la actividad de la municipalidad y el desarrollo de la misma en los diferentes niveles de la vida comunal”³¹⁸.

En este escenario, al municipio “debe concebirse no como una suma de ciudadanos abstractos e intemporales, sino como un conjunto de instituciones al servicio del bien común, compuestas de personas, familias y grupos que operan en la sociedad”³¹⁹, donde se mantiene un equilibrio estable entre los ciudadanos que protagonizan la vida cotidiana y el aparato institucional que ejerce el poder local, procurando -además- que entre ambos niveles exista en funcionamiento una constante red de comunicaciones. Siguiendo esta idea, es fundamental “determinar los cauces de la participación ciudadana en la administración local, ya que ésta se ha considerado siempre

³¹⁸ Artículo 2º de la Ordenanza N° 01/2011 de la Municipalidad de San Joaquín de fecha 12 de Agosto de 2011.

CHILE. Municipalidad de San Joaquín. 2011. Ordenanza N° 1, que aprueba texto refundido, coordinado y sistematizado de la ordenanza de participación ciudadana de la Municipalidad de San Joaquín. [en línea]. 12 de Agosto de 2011. <http://www.redsanjoaquin.cl/sj2010/web/transparencia_todo/ACTOS_Y_RESOLUCIONES_CON_EFECTOS_SOBRE_TERCEROS/Ordenanzas/ORDENANZA_N01_2011_Participacion_Ciudadana_San_Joaquin.pdf>. [consulta: 17 de Marzo de 2015].

³¹⁹ FERNANDEZ, Richard J. Ob. Cit. (nota 254). Pág. 27.

como una escuela de democracia. El contacto entre los ciudadanos y los poderes locales resulta valioso para que el municipio adquiera la vitalidad y el dinamismo que le es esencial”³²⁰.

Es por ello, que la participación ciudadana en el ámbito municipal y los mecanismos a través de los cuales ella se hace efectiva, debiesen recoger las características singulares de la comuna, tales como la configuración territorial, localización de los asentamientos humanos, el tipo de actividades relevantes del que hacer comunal, la conformación de la población y cualquier otro elemento específico de la comuna que requiera una expresión o representación específica de los vecinos dentro de ésta.

Dentro de este contexto, hoy en día los municipios, luego de la dictación de varias leyes relacionadas con la materia³²¹, tienen estructurada una manera de participación ciudadana que es mucho más flexible que antes, dejándole a cada municipalidad la posibilidad de establecer su propia ordenanza relativa al tema. De igual forma, se han introducido instancias de participación más directa de la comunidad, para que represente y satisfaga sus inquietudes, para el caso de los pueblos indígenas hablamos específicamente de la “consulta previa”³²².

³²⁰ *Ibíd.* Pág. 28.

³²¹ Ver apartado 3.1.2.1. de este capítulo.

³²² Respecto a este punto y de conformidad a lo expresado por don Miguel Huaracán, asesor de la Unidad de Consulta Indígena del Ministerio de Desarrollo Social: "Quizás los municipios (ahora que estamos hablando del tema municipal), sean los más adecuados para empezar a hacer esto (participación indígena) como una situación más cotidiana, porque hay municipios que son absolutamente indígenas, en

No obstante lo anterior, y concordando con lo propuesto por la Comisión de Descentralización, creemos que en lo referente a la participación municipal, se hace necesaria una participación más directa³²³ en los asuntos de interés local, la cual debiese expresarse a través de la consagración en la Constitución Política del derecho a la participación política y social en los distintos niveles de la administración del Estado: local, regional y central, o de la posibilidad de realizar plebiscitos y referéndum locales, ya sea de carácter programático y/o que incluyan referéndum revocatorio de mandato y normativas locales y regionales³²⁴.

De todos los mecanismos de participación municipal, pasaremos a analizar los más relevantes en el siguiente apartado³²⁵.

que su territorio hay habitantes arriba del 50% de población indígena, en el norte, en el sur. Entonces, cualquier cosa que ellos hagan va a afectar a la población indígena del lugar (del pueblo que se trate), porque su situación es ser como la ventanilla más próxima a las comunidades y a los ciudadanos indígenas, desgraciadamente en estas entidades no están incorporadas en todo el procedimiento que debería ser, pero yo creo que son los que están más vinculados cotidianamente con los ciudadanos y por ese lado también empezar a hacer la canalización de la participación". Ver Anexo N° 8.

³²³ "En este marco, los mecanismos de democracia directa, desde ya larga data y aplicabilidad, se han transformado en herramientas de democracia participativa, complementarios a la Democracia Representativa en países como Suiza, Italia, Estados Unidos, Uruguay, entre otros. Estas experiencias exitosas que han permitido el perfeccionamiento de la democracia, permitiendo la resolución pacífica de controversias y conflictos sociales a través de mecanismos institucionalizados y regulados". COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL EN DESCENTRALIZACIÓN Y DESARROLLO REGIONAL. Ob. Cit. (nota 297). Pág. 95.

³²⁴ *Ibíd.* Pág. 94.

³²⁵ Los instrumentos de participación ciudadana municipales son: ordenanza de participación, Consejo Económico y Social Comunal, audiencias públicas, oficinas de información y reclamos, plebiscitos comunales, cartas ciudadanas, diálogos ciudadanos, mesas temáticas, presupuestos participativos, entre otros.

3.2.1.1. Instancias municipales de participación.

Luego de la modificación del año 2011, la Ley N°18.695 establece que cada municipalidad debe fijar en una ordenanza las modalidades de participación de la ciudadanía, considerando las características singulares de cada comuna, tales como la configuración del territorio, la localización de los asentamientos humanos, las actividades, el tipo de actividades relevantes del quehacer comunal, la conformación etárea de la población y cualquier otro elemento, como la conformación étnica de la población que, en opinión de la municipalidad, requiera una expresión o representación específica dentro de la comuna y que al municipio le interese relevar para efectos de su incorporación en la discusión y definición de las orientaciones que deben regir la administración comunal.

También establece que la ordenanza deberá contener una mención del tipo de las organizaciones que deben ser consultadas e informadas, como también las fechas o épocas en que habrán de efectuarse tales procesos. Asimismo, describirá los instrumentos y medios a través de los cuales se materializará la participación, entre los que podrán considerarse la elaboración de presupuestos participativos, consultas u otros³²⁶. Ejemplo de esto es lo

³²⁶ Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, artículo 93.

indicado por don Mauricio Llaitul -en entrevista realizada en el marco del presente trabajo-, referente al reconocimiento de una instancia de participación que lograron las organizaciones indígenas de la comuna de Maipú, en la ordenanza de participación ciudadana de dicha comuna³²⁷.

Sumado a lo anterior, una de las modalidades de participación que establece la ley para todo el país, es el derecho que tiene la ciudadanía de asistir a las sesiones del Concejo Municipal³²⁸ y el derecho que tienen los vecinos a revisar la cuenta pública que realiza anualmente el Alcalde, así como, las auditorías que se realizan en el municipio de parte de Contraloría General de la República. No obstante, estas modalidades son poco usadas por la comunidad³²⁹.

³²⁷ El entrevistado en relación a este punto, indicó: "(como organización) hemos estado participando constantemente de estos procesos y en virtud de esa lógica es que nosotros lo que hicimos fue justamente, como institución, aprovechar el momento legislativo que se dio con respecto a la Ley N°20.500 sobre Participación Ciudadana, que estableció que los municipios debían generar un reglamento de participación ciudadana, y en base a esto y a lo que prescribe el Convenio 169, fue que yo y otros dirigentes más comenzamos a generar una presión más política con el municipio, como verás esto tiene que ver con muchas aristas, además yo ya había sido candidato a concejal una vez anterior, entonces eso permite acumular un capital social y un capital político enorme en tu comuna, que es a lo que los dirigentes debieran propender, generar y ganar espacios de poder, que le permitan de alguna forma generar cambios, y esto es lo que venimos pidiendo los pueblos indígenas a propósito de participación y reconocimiento cultural. Nosotros lo que hicimos como organización fue simplemente hacerlo efectivo y eso lo fuimos trabajando. Se pusieron las cartas sobre la mesa con las autoridades municipales, les explicamos porque estábamos solicitando un reconocimiento en la Ordenanza de Participación Ciudadana, y les hicimos ver que lucharíamos como pueblo para ello". Para mayor información ver pie de página N° 385 y Anexo N° 5.

³²⁸ Para hacer este derecho más accesible a la comunidad, algunas municipalidades transmiten las sesiones del Concejo Municipal en vivo, a través de sus canales de internet. MUNICIPALIDAD DE SAN JOAQUÍN. 2014. San Joaquín TV. [en línea]. Municipalidad de San Joaquín. <<http://www.sanjoaquintv.cl>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

³²⁹ Lo cual ha sido constatado por una de las memoristas, quien presta servicios jurídicos en la Municipalidad de San Joaquín, Región Metropolitana.

3.2.1.2. Los plebiscitos comunales.

Como una forma de participación ciudadana a nivel municipal tenemos el plebiscito comunal³³⁰, que es aquella manifestación de la voluntad soberana de la ciudadanía local, mediante la cual ésta manifiesta su opinión en relación a materias determinadas de interés comunal³³¹. Estas materias, de acuerdo al marco de competencia que tienen las municipalidades son, entre otras, las siguientes:

1. Programas o proyectos de inversión específicos, en las áreas de salud, educación, salud mental, seguridad ciudadana, urbanismo, desarrollo urbano, protección del medio ambiente y cualquier otro que tenga relación con el desarrollo económico, social y cultural de la comuna.
2. La aprobación o modificación del Plan de Desarrollo Comunal.
3. La aprobación o modificación del Plan Regulador Comunal.
4. Otras de interés para la comunidad local, siempre que sean propias de la competencia municipal.

³³⁰ Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, artículos 99 y siguientes; y artículo 118 de la Constitución Política de la República.

³³¹ Artículo 6° de la Ordenanza N° 01/2011 de la Municipalidad de San Joaquín de fecha 12 de Agosto de 2011.
CHILE. Municipalidad de San Joaquín. Ob. Cit. (nota 318).

El Alcalde, con acuerdo del Concejo, a requerimiento de dos tercios de los integrantes en ejercicio del mismo y a solicitud de dos tercios de los integrantes en ejercicio del consejo comunal de organizaciones de la sociedad civil, ratificada por los dos tercios de los concejales en ejercicio, o por iniciativa de los ciudadanos inscritos en los registros electorales de la comuna, debe someter a plebiscito las materias de administración local indicadas. Los resultados del plebiscito son vinculantes para la autoridad comunal, siempre y cuando vote más del 50% de los ciudadanos inscritos en el registro electoral. Para el requerimiento del plebiscito comunal a través de la ciudadanía, esta deberá concurrir con la firma ante notario público u oficial del registro civil, de a lo menos el 10% de los ciudadanos inscritos en los registro electorales de la comuna al 31 de diciembre del año anterior a la petición.

“Desde 1989 se han realizado sólo 4 plebiscitos, todos de carácter comunales, tres convocados por Alcaldes (Las Condes 1994, Zapallar 2003 y Peñalolén 2011) y uno por la ciudadanía (Vitacura 2009)”³³².

Además del plebiscito, la ley establece otro tipo de consulta popular para las comunas: las consultas no vinculantes que se realizan sobre materias de interés comunal y se dirigen a la población mayor de 18 años. Los resultados de estas consultas no obligan a las autoridades y en la mayoría de los casos

³³² FUNDACIÓN DECIDE DEMOCRACIA PODER Y TERRITORIO. Ob. Cit. (nota 70). Pág. 86

son tomadas sólo como puntos de referencia, tal como lo veremos en el punto 3.2.1.6. de este capítulo.

3.2.1.3. Consejo Comunal de Organizaciones de la Sociedad Civil.

Otra forma de participación ciudadana es el Consejo Comunal de Organizaciones de la Sociedad Civil. Este organismo³³³ se encuentra compuesto por representantes de la comunidad local organizada y corresponde a un órgano asesor de la municipalidad, en materias de interés comunal que la ley determina, el cual tiene por objeto asegurar la participación de las organizaciones comunitarias de carácter territorial y funcional, y de las organizaciones de interés público de la comuna, pudiendo ser integrado también por representantes de asociaciones gremiales y organizaciones sindicales, y de otras actividades relevantes para el desarrollo económico, social y cultural de la comuna. El Consejo deberá reunirse, a lo menos, cuatro veces por año bajo la presidencia del Alcalde.

La integración, organización, competencia y funcionamiento del Consejo Comunal de Organizaciones de la Sociedad Civil, como también la forma en que podrá auto convocarse, debe ser determinado por la

³³³ Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, artículos 94 y siguientes.

municipalidad mediante un reglamento que el Alcalde someterá a la aprobación de Concejo.

3.2.1.4. Las audiencias públicas.³³⁴

La ley establece que se realizarán audiencias públicas en las que el Alcalde y el Concejo conocerán las materias de interés comunal que les planteen los ciudadanos. Estas audiencias se convocarán cuando lo soliciten más de cien pobladores en las comunas de más de 5.000 habitantes, en las más pequeñas el número lo establecerá el Alcalde.

Corresponde al Alcalde, en su calidad de presidente del Concejo, o a quien lo reemplace, adoptar las medidas que procedan a fin de resolver las situaciones en que incidan las materias tratadas en la audiencia pública, las que, en todo caso, deben ser de competencia municipal y constar en la convocatoria, sin perjuicio de que, en la medida en que sea pertinente, deba contar con el acuerdo del Concejo.

Para solicitar una audiencia pública los ciudadanos deben presentar un escrito al Concejo en el que manifiesten las materias que quieren tratar y su fundamento, el cual deberá ir acompañado por las firmas de los solicitantes a dicha audiencia.

³³⁴ Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, artículo 97.

3.2.1.5. Oficina de informaciones, reclamos y sugerencias.

Cada municipalidad debe habilitar y mantener abierta al público una Oficina de informaciones, reclamos y sugerencias (OIRS)³³⁵. El funcionamiento de la misma se debe establecer a través de una ordenanza y en ella deberán estar disponibles, para quien lo solicite, al menos los siguientes antecedentes:

1. El plan de desarrollo comunal, el presupuesto municipal y el plan regulador comunal con sus correspondientes seccionales y las políticas específicas.
2. El reglamento interno, el de contrataciones y adquisiciones, la ordenanza de participación y todas las ordenanzas y resoluciones municipales.
3. Los convenios, contratos y concesiones.
4. Las cuentas públicas de los Alcaldes de los últimos 3 años.
5. Los registros mensuales de gastos efectuados el menos en los últimos dos años.

Esta Oficina, dependiente de la Secretaría Municipal, tiene por objeto recoger las inquietudes de la ciudadanía, además ingresar los formularios con las sugerencias y reclamos pertinentes.

³³⁵ Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, artículo 98.

3.2.1.6. Las encuestas o sondeos de opinión y las consultas ciudadanas.

Las encuestas o sondeos de opinión y las consultas ciudadanas tendrán por objeto explorar las percepciones y proposiciones de la comunidad hacia la gestión municipal, como asimismo, sobre materias e intereses comunales, con el objeto de definir la acción municipal correspondiente. Ellas podrán ir dirigidas a la comunidad local en general o a sectores específicos de ellos; del mismo modo, estas encuestas y consultas podrán dirigirse a territorios de la comuna, por zonas o barrios.

Para realizar las encuestas o sondeos de opinión y las consultas ciudadanas, el municipio considerará, asimismo, otros antecedentes comunales con que cuente, sean de carácter cultural o territorial. La consulta ciudadana debe ser convocada por el Alcalde, previo acuerdo del Honorable Concejo Municipal, y la forma y el procedimiento que la regula es determinado por un reglamento municipal.

El resultado de las encuestas o sondeos de opinión y las consultas ciudadanas no es vinculante para el municipio, sino que sólo constituye un elemento de apoyo para su toma de decisiones. En este sentido, podemos dar como ejemplo la consulta ciudadana que se realizó en la comuna de Santiago entre el 11 y el 19 de Octubre 2014, proceso que permitió conocer la opinión de

residentes y usuarios de la comuna sobre temas como: cambio de nombre del cerro Santa Lucía a Welén, los horarios de funcionamiento de las botillerías, el uso de bolsas plásticas, al manejo de residuos domiciliarios y el retiro de vehículos mal estacionados, entre otras temáticas³³⁶.

3.2.1.7. Reclamos ciudadanos.

Cualquier particular puede reclamar ante el Alcalde contra sus resoluciones u omisiones, o las de sus funcionarios, que estime ilegales y que afecten el interés general de la comuna o su interés particular³³⁷. Si el reclamo

³³⁶ Para mayor información ver siguiente link:

MUNICIPALIDAD DE SANTIAGO. 2014. Alcaldesa Tohá entrega información de los resultados de consulta Ciudadana a vecinos y usuarios. [en línea].Municipalidad de Santiago. 21 de Octubre de 2014. <<http://www.municipalidaddesantiago.cl/prensas/ver/Alcaldesa-toha-entrega-informacion-de-los-resultados-de-consulta-ciudadana-a-vecinos-y-usuarios>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

³³⁷ Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, artículo 151 “Los reclamos que se interpongan en contra de las resoluciones u omisiones ilegales de la municipalidad se sujetarán a las reglas siguientes:

- a) Cualquier particular podrá reclamar ante el Alcalde contra sus resoluciones u omisiones o las de sus funcionarios, que estime ilegales, cuando éstas afecten el interés general de la comuna. Este reclamo deberá entablarse dentro del plazo de treinta días, contado desde la fecha de publicación del acto impugnado, tratándose de resoluciones, o desde el requerimiento de las omisiones;
- b) El mismo reclamo podrán entablar ante el Alcalde los particulares agraviados por toda resolución u omisión de funcionarios, que estimen ilegales, dentro del plazo señalado en la letra anterior, contado desde la notificación administrativa de la resolución reclamada o desde el requerimiento, en el caso de las omisiones;
- c) Se considerará rechazado el reclamo si el Alcalde no se pronunciare dentro del término de quince días, contado desde la fecha de su recepción en la municipalidad;
- d) Rechazado el reclamo en la forma señalada en la letra anterior o por resolución fundada del Alcalde, el afectado podrá reclamar, dentro del plazo de quince días, ante la corte de apelaciones respectiva. El plazo señalado en el inciso anterior se contará, según corresponda, desde el vencimiento del término indicado en la letra c). El reclamante señalará en su escrito, con precisión, el acto u omisión objeto del reclamo, la norma legal que se supone infringida, la forma como se ha producido la infracción y, finalmente, cuando procediere, las razones por las cuales el acto u omisión le perjudican;
- e) La corte podrá decretar orden de no innovar cuando la ejecución del acto impugnado le produzca un daño irreparable

es rechazado el afectado puede recurrir a la Corte de Apelaciones respectiva. La ley establece que las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá especialmente por falta de servicio.

3.2.1.8. Consulta previa o consulta indígena.

Tal como lo hemos venido indicando a lo largo de este trabajo³³⁸, la consulta previa además de ser un derecho, es un mecanismo de participación que facilita el diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, en el ámbito local, este mecanismo de participación lo encontramos referido específicamente a las municipalidades y a los pueblos indígenas que habitan en su jurisdicción.

al recurrente;

f) La corte dará traslado al Alcalde por el término de diez días. Evacuado el traslado o teniéndosele por evacuado en rebeldía, la corte podrá abrir un término de prueba, si así lo estima necesario, el que se regirá por las reglas de los incidentes que contempla el Código de Procedimiento;

g) Vencido el término de prueba, se remitirán los autos al fiscal judicial para su informe y a continuación se ordenará traer los autos en relación. La vista de esta causa gozará de preferencia;

h) La corte, en su sentencia, si da lugar al reclamo, decidirá u ordenará, según sea procedente, la anulación total o parcial del acto impugnado; la dictación de la resolución que corresponda para subsanar la omisión o reemplazar la resolución anulada; la declaración del derecho a los perjuicios, cuando se hubieren solicitado, y el envío de los antecedentes al Ministerio Público, cuando estimare que la infracción pudiese ser constitutiva de delito, e

i) Cuando se hubiere dado lugar al reclamo, el interesado podrá presentarse a los tribunales ordinarios de justicia para demandar, conforme a las reglas del juicio sumario, la indemnización de los perjuicios que procedieren y ante el Ministerio Público, la investigación criminal que correspondiere. En ambos casos, no podrá discutirse la ilegalidad ya declarada.”

³³⁸ Ver letra C.4. del capítulo preliminar, punto 1.2.1. del capítulo I y punto 2.2. del capítulo II.

Ahora bien, siguiendo el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 1.050-08-CPR³³⁹, los artículos del Convenio 169, que regulan la consulta previa, son normas autoejecutables, que regulan materias reservadas por la Constitución a leyes orgánicas constitucionales, en cuanto, en los casos especiales que el propio Convenio contempla, vienen a establecer modos de participación de los pueblos indígenas en el nivel municipal³⁴⁰. Además, estos artículos al establecer una participación consultiva obligatoria no vinculante en los actos de gobierno local, hacen obligatorio consultar ciertas materias a los municipios y contemplar modos de participación que son materia de la Ley N° 18.695 Orgánica de Municipalidades³⁴¹.

De acuerdo a lo expresado y a su autoejecutabilidad³⁴², se entiende incorporada la consulta indígena a los mecanismos de participación municipal, esto, debido a que la entrada en vigencia del Convenio 169 como ley de la República modificó la ley orgánica constitucional de municipalidades, entregándole a éstas la potestad y obligación de llevarlas a efecto.

“En este escenario, corresponde a los municipios establecer los mecanismos apropiados para realizar las consultas debidas y fijar, hasta donde

³³⁹ CHILE. Tribunal Constitucional. Rol N°1.050/2008-CPR. Sentencia de 3 de Abril de 2008. [en línea]. <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=904>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

³⁴⁰ También a nivel nacional y regional.

³⁴¹ Un análisis más profundo de la sentencia en comento, lo encontramos en el punto 5.1.2.2. del capítulo V.

³⁴² Ver punto 2.2.2 del capítulo II.

sea posible, los criterios con el propósito de determinar si una medida administrativa afecta directamente o no a los pueblos originarios”³⁴³.

3.2.2. Comentarios de la participación ciudadana municipal.

La participación de la ciudadanía en las municipalidades es especialmente importante para que las decisiones que éstas tomen sean realmente las que esperan y necesitan los vecinos. Además, le permite a éstos manifestar sus opiniones sobre las gestiones locales realizadas, y al Alcalde le da la posibilidad de replantear sus proyectos.

Una de las mayores ventajas de las municipalidades es, como se ha manifestado repetidamente en este trabajo, su cercanía con la gente. Sin embargo, esta relación de cercanía no se produce siempre, sea por falta de interés de los vecinos, o por lo burocrático de las vías de participación que propone la institución. Si bien algunos municipios han logrado mejorar su acercamiento con la gente -como es el caso de Maipú al reconocer en su ordenanza de participación ciudadana el derecho de consulta y participación de

³⁴³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE [s.a.] Informe: Marco normativo sobre consulta y participación indígena. [en línea]. <https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&cad=rja&uact=8&ved=0CDoQFjAF&url=http%3A%2F%2Ftransparencia.bcn.cl%2Fobtienearchivo%3Fid%3Drepositorio%2F10221%2F16273%2F1%2FMarco%2520normativo%2520sobre%2520consulta%2520indigena%2520en%2520Chile_v4.doc&ei=K3F8VN6IHoyqgwTog4CAAQ&usg=AFQjCNEzwwScHomD_ZpMHawDWpUSwpmzwQ&bvm=bv.80642063.d.eXY>. [consulta: 18 de Marzo de 2015.]. Pág. 7.

sus habitantes pertenecientes a pueblos originarios o Galvarino al reconocer su realidad fáctica y co-oficializar el mapudungun³⁴⁴- esto no se ha producido gracias a los caminos tradicionales, sino que por las innovaciones y la flexibilización de las instancias de participación; por esto y por la realidad que hemos apreciado en este estudio, creemos posible afirmar que a las municipalidades aún les falta escuchar la opinión de la comunidad y aplicar los incentivos correctos para que ésta participe.

La modificación legal que permite que cada municipalidad fije una ordenanza de participación ciudadana, en general, creemos que es un gran avance, fundamentalmente porque las realidades en las comunas son dispares (solamente imaginemos las distintas problemáticas que presentan los municipios de la zona norte del país comparados con los municipios del sur o extremo sur del país), por lo cual las iniciativas para captar su atención tienen que ser forzosamente diferentes.

En cuanto a la disposición de los vecinos de participar en las actividades de los municipios -desde nuestra experiencia³⁴⁵- observamos en la actualidad que la mayoría de las personas no lo efectúan por iniciativa propia, ni toman parte de los grupos organizados, como las juntas de vecinos o las organizaciones funcionales. Por esto, las instituciones deben incentivar la

³⁴⁴ Ver Anexo N° 5 y punto 4.3.4.2. del capítulo IV.

³⁴⁵ Debemos señalar que una de las autoras de la presente memoria, desempeña funciones -a la fecha- como asesora jurídica de la Municipalidad de San Joaquín, Región Metropolitana.

participación de los vecinos a través de vías alternativas, como la publicidad (ya sea en paraderos del transporte público, metro, supermercados, página web municipal, entre otros) referida a las actividades que se ejecutan en una comuna (por ejemplo, dando a conocer las sesiones del Concejo, licitaciones, etc.); o quizás, estableciendo vías de participación más directas, tal como lo ha propuesto la Comisión de Descentralización³⁴⁶.

Se puede apreciar también que la mayoría de las instancias participativas municipales siguen siendo consultivas, lo que reafirma la lógica de la separación entre representantes y representados, donde son los primeros los que finalmente adoptan las decisiones, y si bien existe el plebiscito comunal como una instancia de decisión directa, éste es difícil de realizar, en atención a los recursos que exige invertir para ser convocado por la ciudadanía (que incluyen juntar firmas y recursos para costear el proceso)³⁴⁷.

Cabe recalcar que la composición propia de la población (edad, género, etnia y nivel socioeconómico) y el territorio (rural, áreas verdes y urbana) de cada comuna, pueden ser mejor abordadas a través de diferentes instrumentos participativos, incluyéndose en ellos la consulta previa ordenada por el Convenio 169 de la OIT.

³⁴⁶ Ver párrafo 5 del punto 3.2.1. de este capítulo.

³⁴⁷ FUNDACIÓN DECIDE DEMOCRACIA PODER Y TERRITORIO. Ob. Cit. (nota 70). Pág. 86

A modo de resumen, el presente capítulo ha intentado explicar al lector la relevancia del carácter autónomo de las municipalidades, no sólo por su posición respecto a otros órganos del Estado (como los servicios dependientes de la administración central), sino también por su forma de ejercer la administración local, mediante el ejercicio de sus funciones, atribuciones y potestades otorgadas por ley (reglamentaria, imperativa, ejecutiva, sancionadora).

Seguidamente, se ha demostrado que existen materias que son competencia exclusiva de las municipalidades, dada su naturaleza jurídica - como es la regulación de los procesos de participación de la comunidad-, cuya regulación no podría ser objeto de una norma jurídica de rango inferior a una ley, quedando zanjada, por tanto, la discusión, de si es posible o no, que el Decreto Supremo N° 66 de 2014 del Ministerio de Desarrollo Social regule a estas entidades de forma obligatoria. Asimismo se analizaron los mecanismos de participación que poseen las municipalidades, incluyéndose entre ellos la consulta indígena.

Finalmente, también se expuso que, en el ejercicio de sus facultades, mediante sus potestades municipales, estos órganos pueden afectar directamente a los pueblos originarios, queda -sin embargo- analizar en el

ejercicio de qué funciones y mediante qué potestades esto ocurriría, lo cual será trabajo del capítulo siguiente.

CAPITULO IV

MEDIDAS MUNICIPALIDADES Y SUSCEPTIBILIDAD DE AFECTACIÓN DIRECTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Como pudimos apreciar en el capítulo III, la Ley Orgánica Constitucional N° 18.695 entregó a las municipalidades potestades y atribuciones propias, así como una amplia gama de facultades privativas y otras compartidas con órganos de la administración del Estado, no existiendo prácticamente materia alguna que escape al ámbito de su competencia local. A ello, deben agregarse los traspasos de los servicios de salud y educación, y las normas que regulan su administración financiera, lo cual ha llevado a los municipios a constituirse en importantes órganos de administración local.

Ahora bien, en este capítulo analizaremos más a fondo que implicancia tienen las atribuciones y funciones entregadas a los municipios en nuestro campo de investigación, especialmente en lo relacionado con la dictación de medidas administrativas municipales. Para ello, relacionaremos dichos conceptos y expondremos ejemplos de los mismos, a fin de demostrar como muchos de los actos emanados de las autoridades edilicias se enmarcan dentro de de la noción de medidas administrativas susceptibles de afectar

directamente a los pueblos indígenas del país, tanto rurales como urbanos³⁴⁸, y que, por lo mismo, tales actos deben ser objeto de un procedimiento de consulta previa³⁴⁹.

4.1. Medidas administrativas que deben ser consultadas.

4.1.1. Estándares internacionales.

En armonía con las normas del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la jurisprudencia de varios países ha reiterado que la consulta previa procede respecto de todas las decisiones que involucren aspectos políticos, sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas y siempre que las autoridades estatales tengan a su cargo la toma de una decisión, bien sea de

³⁴⁸ Por ejemplo, la población indígena estimada en la comuna de Santiago, Región Metropolitana, es de un 8,3 por ciento, (cifra aproximada de la Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional -CASEN-, del año 2002, toda vez que no existen datos actualizados), de acuerdo a información entregada por doña Diva Millapán, en entrevista realizada con fecha 1 de Febrero de 2015, en el marco de la presente memoria.

Ver también párrafo primero del punto 2.4.1. del capítulo II y pie de página 231.

³⁴⁹ En palabras del profesor Salvador Millaleo "(...) las municipalidades son sujetos imperados directo por el Convenio, que no se requiere un marco interno, porque el Convenio es autoejecutable, sobre todo en temas de consulta, por tanto están obligadas por ella (...)". Anexo N 2.

Respecto a la calidad de autoejecutable del Convenio 169, remitirse al punto 2.2.2. del capítulo II de este trabajo.

carácter administrativo o legislativo, cuyos efectos impliquen una afectación directa del modo de vida particular de los pueblos indígenas³⁵⁰.

El Convenio 169 de la OIT establece que las medidas administrativas, además de las legislativas, deben ser consultadas con los pueblos originarios, cuando tengan la potencialidad de afectarlos directamente. En este sentido, en los procesos de consulta previa de medidas administrativas debe identificarse si existe, y con qué intensidad, afectación de los pueblos indígenas³⁵¹.

Siguiendo estas ideas, la consulta se aplicará siempre que el Estado quiera adoptar alguna medida administrativa o legislativa, y no, como puede pensarse, sólo en algunos casos. Ahora bien, como ya señalamos, debe tratarse de medidas "susceptibles de afectar directamente" a los pueblos indígenas y no de aquellas cuya posibilidad de afectarles sea remota³⁵². La idea

³⁵⁰ GALVIS PATIÑO, María Clara y RAMÍREZ RINCÓN, Ángela María. Ob. Cit. (nota 90). Pág. 93.

³⁵¹ *Ibíd.* Pág. 176.

³⁵² A nivel internacional, por tanto, encontramos las siguientes criterios de susceptibilidad de afectación directa:

Para el Relator "(...) la consulta previa es obligatoria "siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad", precisando que "[u]na incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. (...) Como se aprecia, es claro que se trata de una cuestión que deberá ser determinada caso a caso".

LÓPEZ VYHMEISTER, Ricardo y MOHR AROS, Tania. 2014. Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho? [en línea]. Scielo. Revista de derecho (Valdivia). Version On-line ISSN 0718-0950. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071809502014000100005&script=sci_arttext#n11>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Punto 1, párrafo segundo.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (a partir del caso del caso Saramaka vs. Surinam), ha señalando que "[c]ualquier decisión administrativa que pueda afectar jurídicamente los derechos o intereses de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios debe estar basada en un proceso de

que subyace a este estándar es que determinadas medidas perturban de manera especial a los pueblos indígenas y que son aquellas las que deben ser objeto de consulta. No obstante aquello, no existe un criterio único, a nivel internacional, sobre lo que deba entenderse por "susceptibilidad de afectación directa", debiendo, por tanto, establecerlo casuísticamente, en cada medida administrativa que se ha de adoptar. Si bien, este es un problema existente, hacemos presente -tal como lo indica el profesor Salvador Millaleo- que la jurisprudencia internacional ha establecido casos donde se debe desarrollar un procedimiento de consulta previa, adquiriendo la misma el carácter de vinculante, ellos son: el traslado forzoso de comunidades, el depósito de residuos tóxicos en o cerca de pueblos originarios y los proyectos que supongan un grave riesgo a las formas de vida indígenas³⁵³.

Por otra parte, las medidas que el Estado debe consultar son tanto las emanadas de la administración como aquellas emanadas del Poder Legislativo. La expresión "medidas administrativas o legislativas" no debe ser interpretada

participación plena" llegando a indicar el criterio, un tanto amplio, que las decisiones que "se relacionen con los territorios ancestrales".

Ibíd. Punto 1, párrafo tercero.

Finalmente, para la Corte Constitucional de Colombia, ha establecido el "(...) deber estatal de adelantar procesos de consulta antes de la adopción y la ejecución de decisiones que directamente puedan afectarles". Así, la Corte Constitucional parece no requerir la acreditación efectiva de la afectación directa para llevar a cabo la consulta previa, bastando para ello que el proyecto se ejecute en territorios de usos ancestrales o en donde desarrollan sus prácticas tradicionales".

Ibíd.

³⁵³ Ver Anexo N° 2.

en forma restrictiva, toda vez que el sentido y fin del tratado internacional es aumentar, no restringir, la participación de los indígenas en los asuntos que les afecten³⁵⁴.

“En relación con las medidas administrativas, nuevamente el propósito debe ser interpretar la expresión de modo de favorecer y –no de restringir– la consulta e interacción con los pueblos y comunidades indígenas. El filtro no debe pasar por el tipo de medidas, sino por la afectación directa”³⁵⁵.

4.1.2. Noción de medida administrativa y su regulación en Chile.

Tal como se indicó en el punto 2.2.2 del capítulo II de este trabajo, los artículos 6º Nº 1 letra a) y 2 y 7º Nº 1 del Convenio 169 de la OIT constituyen normas autoejecutables y establecen un imperativo para el Estado de consultar a los pueblos indígenas mediante procedimientos adecuados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Pues bien, ni la Ley Indígena, ni la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente respecto a los proyectos de inversión, ni el Convenio 169 han

³⁵⁴ En su artículo 31.1, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

³⁵⁵ EL CONVENIO 169 DE LA OIT y el Derecho Chileno. Mecanismos y Obstáculos para su implementación. Ob. Cit. (nota 95). Pág. 195

señalado qué debe entenderse como “medida administrativa”, de acuerdo a los estándares antes descritos.

La Ley N° 19.253³⁵⁶ en su artículo 34 estableció, a propósito de la participación indígena, que los Servicios de la Administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce dicha ley. Relacionado con esta disposición legal está el hoy derogado Decreto Supremo N° 124 de 2009³⁵⁷, del Ministerio de Planificación, que reguló hasta hace poco lo relativo a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas, y que en su artículo 14, al referirse a las “medidas administrativas”, las definía como “las nuevas políticas, planes y programas, con excepción de aquellos contemplados en el artículo 21 de este reglamento, elaboradas por los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 4 del presente reglamento, que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados”.

Ahora bien, de conformidad con este articulado, la consulta sólo sería necesaria cuando la administración del Estado lleve a cabo nuevas políticas, nuevos planes y programas que vayan a afectar directamente a un determinado pueblo, lo que no guarda relación con los estándares anteriormente indicados,

³⁵⁶ La cual mencionamos someramente en el punto 2.4. del capítulo II de este trabajo.

³⁵⁷ Analizado en el punto 2.5. del capítulo II de la memoria.

al restringir lo que debe entenderse por medida administrativa sólo a las nuevas políticas, planes y programas, exceptuando los actos administrativos; además, restaba a dichas políticas, planes y programas aquellos de desarrollo nacional o regional susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, si la autoridad u organismos competentes en coordinación con el Ministerio de Planificación y Cooperación (MIDEPLAN) y el Ministerio de Secretaría General de Gobierno (MINSEGEOB) así lo establecían. En cuanto a la oportunidad de consultar, señalada en el artículo 15³⁵⁸ de dicho decreto, es criticable también que se hayan establecidos momentos para efectuarla, cuando ésta debiera realizarse durante todo el proceso.

Por su parte el Decreto Supremo N° 66 de 2014 (normativa actualmente vigente)³⁵⁹, persevera y profundiza en los defectos normativos que estaban contenidos en el Decreto Supremo N° 124. Señala en su artículo 7° que las medidas administrativas a consultar son “(...) aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos

³⁵⁸ Decreto Supremo N° 124 de 2009, artículo 15.- Oportunidad de la consulta. (...) “Tratándose de medidas administrativas, la consulta deberá realizarse en forma previa a la aplicación de las nuevas políticas, planes o programas, salvo que, a causa de una emergencia o de las necesidades de buen funcionamiento del respectivo órgano, éste disponga fundadamente lo contrario.”

³⁵⁹ El cual estudiamos en el punto 2.6. del capítulo II.

indígenas en su adopción; y, cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas” (inciso 3, artículo 7).

Esta normativa también limita el concepto de medidas administrativas al disponer “(...)que (aquellas que) no producen una afectación directa respecto de los pueblos indígenas no estarán sujetas a consulta, como sucede con aquellos actos que no producen un efecto material o jurídico directo respecto de terceros, como ocurre con los dictámenes, actos de juicio, constancia o conocimiento, así como los actos que dicen relación con la actividad interna de la Administración, como los nombramientos de las autoridades y del personal, el ejercicio de la potestad jerárquica o las medidas de gestión presupuestaria” (inciso 6, artículo 7). Otra limitación dice relación con aquellas medidas dictadas en situaciones de excepción o emergencia, las cuales no requerirán de consulta (inciso 4, artículo 7).

Este mismo artículo³⁶⁰ determina el concepto de susceptibilidad de afectación directa a los pueblos indígenas, indicando que en el caso de

³⁶⁰ Decreto Supremo N° 66 de 2014, artículo 7°.- “Medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 4° de este

medidas administrativas (y también legislativas), 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, en relación a las tierras indígenas. Hacemos presente en este punto que el concepto ("afectación directa"), fue muy discutido en el proceso de consulta de la Mesa de Consenso³⁶¹, no llegándose a un acuerdo entre el Gobierno y los dirigentes indígenas que participaron de la instancia³⁶².

reglamento, deberán consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente.

Son medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas los anteproyectos de ley y anteproyectos de reforma constitucional, ambos iniciados por el Presidente de la República, o la parte de éstos cuando sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.

Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción, y cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.

Las medidas dictadas en situaciones de excepción o emergencia, incluyendo terremotos, maremotos, inundaciones y otras catástrofes naturales, no requerirán consulta por su carácter de urgente.

Los actos de mero trámite y las medidas de ejecución material o jurídica se entenderán comprendidos en la consulta del acto terminal o decisorio al que han servido de fundamento o que deban aplicar.

Las medidas administrativas que no producen una afectación directa respecto de los pueblos indígenas no estarán sujetas a consulta, como sucede con aquellos actos que no producen un efecto material o jurídico directo respecto de terceros, como ocurre con los dictámenes, actos de juicio, constancia o conocimiento, así como los actos que dicen relación con la actividad interna de la Administración, como los nombramientos de las autoridades y del personal, el ejercicio de la potestad jerárquica o las medidas de gestión presupuestaria".

³⁶¹ La cual definimos en el pie de página número 10 de este trabajo.

³⁶² INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. Cit. (nota 205). Pág. 23.

No obstante la falta de consenso, la versión final de la normativa "insistió 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 condición 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 que 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 (artículo 13)"³⁶³.

De esta forma, podemos decir que en Chile la normativa ha adoptado un criterio de "afectación directa", en contraposición del criterio de "susceptibilidad de afectación directa" utilizado internacionalmente³⁶⁴.

Esto lo podemos apreciar, ya que esta norma acota el ámbito de aplicación de la consulta previa³⁶⁵ y no considera las observaciones realizadas

³⁶³ MILLALEO, Salvador. Ob. Cit. (nota 116). Pág. 85

³⁶⁴ "Si bien la diferencia entre afectación directa y susceptibilidad de afectación directa puede parecer más bien semántica, nos parece que es una vía de dar a entender la situación diferenciada en la que pueden encontrarse los pueblos indígenas, y en consideración a ella es que deberá darse lugar al procedimiento de consulta previa, herramienta que servirá -junto a un peritaje antropológico- para determinar si efectivamente hay o no afectación directa en un caso concreto. Para eso fue instituida la consulta previa".

LÓPEZ VYHMEISTER, Ricardo y MOHR AROS, Tania. Ob. Cit. (nota 352). Punto 3, conclusiones.

por el Relator Especial James Anaya a la versión previa del reglamento, al indicar 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 (...). Especial atención merecen las medidas administrativas de efectos particulares referidas a recursos naturales, conocimientos tradicionales, comunicaciones y energía que pueden tener efectos sobre derechos o intereses de los pueblos indígenas"³⁶⁶.

Asimismo, el Relator ha rechazado la delimitación de los objetos de la consulta mediante un criterio de significatividad, al establecer "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

³⁶⁵ Respecto a restricción que establece el Decreto N° 66 de 2014, en cuando al concepto de susceptibilidad de afectación directa, don Lautaro Loncón, Coordinador Nacional de la Unidad de Consulta del Ministerio de Desarrollo Social, se muestra conteste al expresar: "Lógico que lo restringe. Nosotros aquí, por ejemplo, en términos de procedencia de consulta no estamos aplicando el Decreto 66 bajo esa figura de que sea afectación específica y todas las cosas administrativistas que le colocó Piñera. Nosotros estamos aplicando el Convenio 169 de (susceptibilidad de) afectación directa, si hay (susceptibilidad de) afectación directa es consulta". Anexo N° 8.

³⁶⁶ ANAYA, James. Ob. Cit. (nota 109). Pág.12.

derechos o tener efectos en sus intereses, territorios, recursos o condiciones de vida"³⁶⁷.

En conclusión, el criterio de los estándares internacionales no sólo no contiene las distinciones introducidas en la regla del artículo 7°, sino que rechaza cualquier delimitación o restricción de la consulta.

"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 modo no percibidos por otros individuos de la sociedad. Sin embargo, esto no implica que deban consultarse sólo aquellas medidas cuyos destinatarios sean exclusivamente 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,S43). (...) En definitiva, ni la significatividad ni la exclusividad son criterios justificados de determinación de la consulta indígena"³⁶⁸.

Aún cuando los reglamentos dictados no cumplen con los estándares internacionales establecidos al efecto³⁶⁹, y atendiendo a que se está en presencia de un convenio sobre derechos humanos, tal como lo hemos

³⁶⁷ ANAYA, James. Ob. Cit. (nota 109). Pág.14.

³⁶⁸ MILLALEO, Salvador. Ob. Cit. (nota 116). Pág. 86.

³⁶⁹ Confirman esta posición las críticas existentes a los Decretos Supremos N°124 del 2009 y N°66 del 2014, descritas en los puntos 2.5.1 y 2.6.1 del capítulo II de la presente memoria.

señalado³⁷⁰, si hubiera ambigüedad a nivel municipal sobre el concepto de “medida administrativa a consultar”, estimamos que una interpretación constitucional debe considerar la dignidad que los pueblos indígenas poseen como personas, el respeto, aseguramiento y promoción de sus garantías constitucionales. Así, el concepto de “medida administrativa” debe ser interpretado siempre a favor de los pueblos indígenas, debiendo entenderse como aquélla que proviene de la administración del Estado, agregando el Convenio 169, que pueda ser susceptible de afectarles directamente.

En este contexto, nos parece relevante que los pueblos indígenas tengan interés en participar en las decisiones o medidas de la autoridad que puedan afectarles, ya que son ellos, en definitiva, quienes ven afectado su modo y condiciones de vida, por decisiones en las cuales no han participado³⁷¹.

³⁷⁰ Recordemos que en el Capítulo I, punto 1.2.1.2, establecimos que la consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos originarios.

³⁷¹ Así las cosas, como hemos indicado previamente en esta memoria, se requiere inicialmente fomentar la participación indígena, con el objeto de crear un dialogo intercultural entre los actores relevantes del territorio, para luego, de ser necesario, proceder a la consulta. En este sentido doña Antonia Urrejola, quien al referirse al tema, expresó: "no ha habido una mirada conjunta del Convenio 169, sino que, tanto los esfuerzos como las críticas, están concentrados única y exclusivamente en la consulta indígena y en nada más, lo que creo que es un error porque el Convenio tiene una herramienta previa a lo que es la consulta, que es la participación(...) si los gobiernos, los municipios, en general el Estado, también centrarán sus esfuerzos en la parte previa de la consulta, que es la participación (donde se debe generar políticas públicas con participación indígena), no estoy diciendo que los problemas se acabarían, pero creo que las cosas serían un poquito más sencillas, ¿por qué?, porque si yo generara, por ejemplo, mesas técnicas de trabajo para ir generando política pública, llamando a profesionales indígenas que han trabajado por mucho tiempo los distintos temas que yo trabajo, como en distintos sectores ministeriales o los municipios - porque hay profesionales indígenas y organizaciones indígenas que tienen propuestas de trabajo-, si yo los convoco antes, empiezo a trabajar con ellos las propuestas, más allá de si yo incluyo todas las propuestas o no, yo voy generando una base, voy generando política pública que ya va a tener un poco más de legitimidad". Ver Anexo N° 6.

Cabe resaltar también lo realizado por la Asociación Indígena Tripay Antu en la comuna de Maipú, donde luego de un proceso de participación con el municipio de dicha comuna, lograron establecer en la

4.1.3. Consecuencias de la falta de consulta y/o de una consulta inadecuada.

Además de la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales adquiridas bajo el alero del Convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia, tanto nacional como internacional, ha señalado que "dicha omisión de consulta genera la nulidad de la medida, la inconstitucionalidad de la ley o configura una omisión legislativa, cuando se trata de una norma de carácter general que afecta a los pueblos indígenas y no les fue consultada"³⁷².

En caso de medidas administrativas, según la jurisprudencia de la Corte Suprema, la ausencia de consulta previa antes de la adopción de éstas genera diversas consecuencias: i) da lugar a la orden de suspender la ejecución de proyectos, hasta tanto no se cumpla con el derecho a la consulta previa; ii) da lugar a que se dejen sin efecto resoluciones administrativas con base en las cuales se había permitido la realización de los proyectos; iii) procede la acción

"Ordenanza Comunal de Participación Ciudadana", como mecanismo de participación a la "Mesa de Pueblos Originarios o Indígenas", la cual está destinada a tratar materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígena. Ver Capítulo IV, punto 4.2.2. párrafo 6° y entrevista realizada a Mauricio Llaitul, Anexo N° 5

³⁷² GALVIS PATIÑO, María Clara y RAMÍREZ RINCÓN, Ángela María. Ob. Cit. (nota 90). Pág. 190.

de protección para reclamar por la omisión del proceso de consulta previa, habida cuenta del carácter fundamental de este derecho ^{373 374}.

4.2. Potestad Normativa Municipal.³⁷⁵

En el ordenamiento jurídico nacional, los órganos públicos para regular tanto su organización como atribuciones, gozan de potestad normativa, concepto que en un sentido amplio podemos definir como “el poder que atribuye el ordenamiento jurídico, primordialmente la carta fundamental, a un órgano público para dictar normas generales que determinen de forma unilateral las conductas de personas que se encuentran, por tanto, en una situación de sujeción”³⁷⁶, definición que aterrizada al ámbito municipal, se traduce en la

³⁷³ Recordemos que en el punto 1.2.1.2. del capítulo I, dejamos establecido el carácter de derecho fundamental de la consulta previa.

³⁷⁴ Sentencia Rol N° 11.040-2011, Corte Suprema, 30 de Marzo de 2012; y Sentencia Rol N° 2211-2012, Corte Suprema, 27 de Abril de 2012, por medio de la cual se confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 618-2011 de 17 de Febrero de 2012. Para mayor información de las mencionadas sentencias ver:

CHILE. Corte Suprema de Justicia. Rol N°11.040/2011.Sentencia de 30 de Marzo de 2012. [en línea]. <<http://sentenciasrelevantes.blogspot.com/2012/04/corte-suprema-rol-num-11040-2011.html>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

CHILE. Corte Suprema de Justicia. Rol N°2.211/2012. Sentencia de 27 de Abril de 2012. [en línea]. <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/jp/1617-caso-huascoaltinos-elmorro.htm>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

³⁷⁵ El ordenamiento jurídico municipal se compone de normas constitucionales, legales y reglamentarias, incluyéndose en estas últimas las de origen municipal.

³⁷⁶ CORDERO QUINZACARA, Eduardo.1995. La potestad reglamentaria en el Derecho público chileno. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Valparaíso. Pág. 12

potestad reglamentaria que poseen estas corporaciones, la cual debe entenderse como “la competencia para dictar normas jurídicas de efectos generales aplicables a las personas de la comunidad local y cuyo ámbito de vigencia se extiende a todo el territorio comunal”^{377 378}.

Actualmente la Constitución de 1980 no hace referencia a la potestad normativa de las municipalidades y entrega en el artículo 118 a una ley orgánica constitucional determinar sus funciones y atribuciones. Por su parte, la Ley Orgánica de Municipalidades, en su artículo 5º señala que para el cumplimiento de sus funciones las municipalidades tendrán las siguientes atribuciones esenciales: "letra d) Dictar resoluciones de carácter general y particular". Seguidamente, el artículo 12 de la misma ley establece: “Las resoluciones que

³⁷⁷ HUIDOBRO SALAS, Ramón. 2009. La potestad normativa municipal, estudio histórico-doctrinario para la reconstrucción del derecho municipal chileno. En: varios autores. Libro Derecho Administrativo 150 años de Doctrina. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. pp.193- 224. Pág. 195.

³⁷⁸ “Ahora bien, conviene, desde luego, hacer presente que la potestad reglamentaria municipal es restringida, pues la Constitución y la ley se han encargado de precisar detalladamente las materias en que ella debe recaer. En otras palabras, a diferencia de la potestad reglamentaria del Presidente de la República que según vimos se extendía al amplio campo de actividad discrecional, los Municipios sólo tienen una potestad limitada, es decir, se produce en el orden de las actividades regladas, o sea, con el carácter de ejecutora de la ley. El Legislador ha sido en esto consecuente con el principio de que mientras al Presidente de la República le entrega la administración del Estado en general, a los Municipios les confía sólo la administración local de cada comuna o agrupación de comunas. La potestad reglamentaria municipal se ha traducido en la práctica en múltiples reglamentos y ordenanzas, pudiendo citarse entre los más importantes la ordenanza local de construcciones que se da cada Comuna y a la cual deben ajustarse las obras que en ella se realicen sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones de la Ordenanza general de Construcciones que rige para todas ellas”.

SILVA CIMMA, Enrique.1996. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes. 4ª Edición. Santiago. Editorial Jurídica De Chile. Pág. 171 y 172.

adopten las municipalidades se denominarán ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones”³⁷⁹.

Es decir, la normativa propia de las municipalidades se traduce en los diferentes tipos de resoluciones que adoptan en su quehacer cotidiano para regular su funcionamiento, tal normativa es propia de cada municipio, y por lo mismo innumerable, se caracteriza también por no guardar uniformidad, ya que dependen de la tipología y problemas de cada comuna. De conformidad al artículo 12 señalado, la podemos definir de la siguiente manera:

1. Ordenanzas: normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad.
En ellas se pueden establecer multas para los infractores, cuyo monto no excederá de cinco unidades tributarias mensuales, las que serán aplicadas por los juzgados de policía local correspondientes.
2. Decretos Alcaldicios: resoluciones que versan sobre casos particulares.
3. Reglamentos municipales: normas generales obligatorias y permanentes, relativas a materias de orden interno de la municipalidad.
4. Instrucciones: directivas impartidas a los subalternos.

Teniendo claro los tipos normativos de las municipalidades chilenas y su ámbito de acción, hacemos presente que para efectos de desarrollar este capítulo, nos abocaremos sólo al estudio de aquellas resoluciones que tienen como característica la eventual afectación a la comunidad, ya sea de manera

³⁷⁹ HUIDOBRO SALAS, Ramón. Ob. Cit. (nota 377). Pág. 196.

general o particular, debido a que son ellas las que dan origen, según nuestro entender, a las medidas administrativas municipales susceptibles de afectar directamente a los pueblos originarios del país, en concordancia a lo expuesto en el punto 4.1.2. del presente capítulo. Hablamos específicamente de las ordenanzas municipales y de los decretos alcaldicios.

4.2.1. Reglamentos e instrucciones municipales.

De este modo, no serán considerados en este estudio los reglamentos ni las instrucciones municipales, ya que ambos dicen relación con materias de orden interno de la municipalidad, en un contexto general y particular, respectivamente. Luego, al ser este tipo de resoluciones un tipo normativo que desarrolla materias propias del ámbito interno de los municipios, no poseerían la característica, a nuestro juicio, de concretizar medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas.

Ratifica la idea expuesta, la consideración de las características propias de los reglamentos e instrucciones, las cuales se indican a continuación:

1. Ambos tipos de resoluciones tratan materias propias de orden interno de los municipios (funcionamiento, procedimientos, organización, tramitación, etc.), es decir, materias de competencia propia de las municipalidades.

En este sentido, podemos señalar como ejemplos de reglamentos que la propia Ley Orgánica dispone, los siguientes: i) Reglamento del Concejo Municipal (art. 92 de la Ley N° 18.695); ii) Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones (art. 98 letra b) de la Ley N° 18.695); iii) Reglamento del Consejo Comunal de las Organizaciones de la Sociedad Civil (art. 94 Ley N° 18.695); y aquel Art. 31 Ley N° 18.695. Por otra parte y como ejemplos de reglamentos dictados en razón de la autonomía otorgada a las municipalidades, podemos mencionar: i) Reglamento sobre el uso y circulación de vehículos de Propiedad Municipal; ii) Reglamento sobre otorgamiento de Subvenciones; Reglamento sobre Inspección Técnica de Obras; etc.

Respecto a las instrucciones ellas pueden ser de todo tipo, por ejemplo instrucciones para: preparar informes, redactar contratos, emitir pronunciamientos, tramitar decretos, realizar seguimiento a alguna gestión en particular, realizar visitas a terrenos, etc.

2. Ambos tipos de resoluciones están dirigidos a funcionarios y no al público en general.
3. Los reglamentos son dictados por el Alcalde, mediante Decretos alcaldicios y no requieren de acuerdo del Concejo Municipal, salvo el relativo al art. 31 de la Ley N° 18.695.

4. Las instrucciones son dictadas por el Alcalde o por cualquier otro funcionario municipal de detente grado directivo o de jefatura.

4.2.2. Las Ordenanzas municipales.

Conforme lo señala la Ley Orgánica de Municipalidades N° 18.695, estas entidades, para regular tanto su organización como atribuciones, tienen la facultad de dictar Ordenanzas, las cuales son definidas por el mismo texto normativo, en su artículo 12, como “normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad”³⁸⁰, en las cuales los municipios podrán establecer diversas exigencias, como asimismo multas para los infractores, cuyo monto no puede exceder de cinco unidades tributarias mensuales, las que serán aplicadas por los juzgados de policía local correspondientes.

Este tipo de resolución surge de la potestad reglamentaria otorgada a las municipalidades³⁸¹, es decir, de aquella potestad en virtud de la cual los

³⁸⁰ Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, artículo 12 “Las resoluciones que adopten las municipalidades se denominarán ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones. Las ordenanzas serán normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad. En ellas podrán establecerse multas para los infractores, cuyo monto no excederá de cinco unidades tributarias mensuales, las que serán aplicadas por los juzgados de policía local correspondientes. Los reglamentos municipales serán normas generales obligatorias y permanentes, relativas a materias de orden interno de la municipalidad. Los decretos alcaldicios serán resoluciones que versen sobre casos particulares. Las instrucciones serán directivas impartidas a los subalternos.”

³⁸¹ “La potestad reglamentaria es un concepto genérico que alude al poder de dictar normas por parte de las autoridades administrativas investidas por el ordenamiento jurídico, particularmente por la constitución política, facultad que ha de ser ejercida en sus ámbitos de competencia. En un sentido estricto, la potestad reglamentaria alude a la atribución especial del Presidente de la República para dictar

municipios pueden dictar normas generales, obligatorias y permanentes, con el objeto de hacer ejecutar las leyes o cumplir la función de administrar que la Constitución Política y las leyes les han asignado; y si bien, esta potestad se traduce en la dictación de ordenanzas y reglamentos, como ya dejamos establecido, por ahora sólo nos abocaremos al estudio de las primeras.

En un lenguaje más coloquial, podemos definir a las ordenanzas como "textos jurídicos, subordinados a la ley, que contienen un conjunto de preceptos que regulan una determinada materia, dictadas por quien tiene la facultad para exigir su cumplimiento. Por eso, las municipalidades pueden dictarlas en materias de su competencia, según lo dispuesto en los artículos 3° y siguientes de la Ley 18.695 (LOC Municipalidades)"³⁸².

Algunas de sus características, son las siguientes:

1. Recaen sobre materias genéricas de interés municipal (funciones municipales), que no sean de competencia de ley o de decreto supremo.
2. Son aplicables a toda la comunidad local.

normas jurídicas generales o especiales destinadas al gobierno y administración del Estado o para la ejecución de las leyes".

CORDERO QUINZACARA. Eduardo. 2009. El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria. [en línea]. Scielo. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. On-line ISSN 0718-6851.

<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071868512009000100012&lng=es&nrm=iso>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].Pág. 416.

³⁸² RUNGRUANGSAKORN L., Carlos. 2014. Propuesta de Modificación a la Ley N°18.695, para el fortalecimiento de las ordenanzas municipales. En: CURSO DE CAPACITACIÓN Derecho Ambiental en el ámbito Municipal, 9 de Julio de 2014. Santiago de Chile. Municipalidad de la Pintana y Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA ONG).

3. Está exenta del trámite de toma de razón.

En cuanto a los campos de aplicación de las ordenanzas podemos indicar que existen a lo menos tres³⁸³:

1. Subjetivo: se aplican a toda la comunidad local. Este concepto está referido no sólo a aquellas personas que habitan la comuna, sino a todos quienes desarrollan actividades en ella.
2. Territorial: esta aplicación subjetiva se ve limitada a su vez al ámbito territorial, pues estas ordenanzas sólo rigen al interior del territorio y no es posible su vigencia fuera de éste.
3. Competencial regulatorio: sólo pueden dictar ordenanzas en aquellas materias específicas que las leyes la facultan a diferencia de la potestad reglamentaria del Presidente de la República que es amplia o genérica.

Cabe hacer presente, que de conformidad al artículo 65 letra k) de la Ley N° 18.695, el Alcalde requiere el acuerdo del Concejo para dictar las ordenanzas municipales, y que Contraloría General de la República³⁸⁴ ha

³⁸³ Ibíd.

³⁸⁴ Dictámenes N° 22.247 del 28 de Abril 2010, y N° 45.010 del 20 de Junio de 2014, ambos de Contraloría General de la República. Para mayor información ver:

a) CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N°22.247. 28 de Abril 2010. [en línea]. <<http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictámenesGeneralesMunicipales.nsf/DetalleDictamen?OpenForm&UNID=6C38E0508439B0B98425771500584699>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

b) CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N°45.010. 20 de Junio de 2014. [en línea]. <<http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictámenesGeneralesMunicipales.nsf/DetalleDictamen?OpenForm&UNID=A58926F51099A64184257D020048A842>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

resuelto que en el marco de la autonomía municipal, las entidades edilicias pueden definir ordenanzas que cumplan las disposiciones tipificadas en la Ley Indígena N°19.253 y sobre todo en el Convenio 169 de la OIT. Un ejemplo de esto, es la “Ordenanza Comunal de Participación Ciudadana” de la comuna de Maipú, que en su párrafo 7°, artículo 38, establece a la Mesa de Pueblos Originarios o Indígenas como una instancia de participación ciudadana destinada a tratar materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígena³⁸⁵.

En este contexto, las ordenanzas municipales al ser un tipo de resolución municipal de efectos generales, adquiere importancia, en nuestro estudio, porque:

³⁸⁵.Decreto N° 5.468 de fecha 30 de Agosto de 2011, que aprueba la Ordenanza Comunal de Participación Ciudadana, emitido por la Municipalidad de Maipú. Artículo 38 “La Mesa de Pueblos Originarios o Indígenas es una instancia de participación ciudadana destinada a tratar materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas del territorio de la comuna de Maipú, que se encuentren constituidas de conformidad a las disposiciones de la Ley N° 19.253 sobre Asuntos Indígenas y al Convenio N° 169, y toda otra normativa que fuere pertinente.

Asimismo, dicha instancia de participación será la encargada de manifestar ante el Municipio todas las materias que sean de relevancia para los intereses de los habitantes de la comuna que posean un vínculo directo con algún pueblo originario, como así también para promover la difusión de sus valores y actividades que sean acordes al desarrollo social y cultural de la comuna.

Con todo, esta instancia de participación será la encargada de manifestar ante el Municipio todas las materias que sean de relevancia para los intereses de los habitantes de la comuna que posean un vínculo directo con algún pueblo originario, como así también para promover la difusión de sus valores y actividades que sean acordes al desarrollo social y cultural de la comuna.

La Municipalidad deberá proporcionar los medios necesarios para el funcionamiento de esta Mesa, tales como oficina, recinto para sesionar, conexión telefónica, a internet y secretaría administrativa”.

Para mayor información ver:

CHILE. Municipalidad de Maipú. 2011. Decreto N° 5.468, que aprueba Ordenanza comunal de participación ciudadana. [en línea]. 20 de Octubre de 2011. <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1031472>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

1. Son instrumentos que ayudan a ordenar la gestión del municipio en su territorio, ya sea en gestión social, económica, ambiental, educacional, de salud, etc. todas materias atinentes al diario vivir de los pueblos originarios
2. Dan certeza jurídica a la comunidad acerca del modo en que dicha gestión se lleva a cabo.
3. Pueden hacer operativo el procedimiento de consulta previa en las diferentes comunas, de acuerdo a sus diferentes realidades y a la diversidad de la población.
4. Por las políticas que pueden ser aplicadas en la comuna a través de ellas, la dictación de este tipo de resolución se enmarca, a nuestro entender, dentro de lo que debe entenderse como medida administrativa a ser consultada a los pueblos indígenas cuando exista susceptibilidad de afectación directa, en conformidad a lo señalado en el punto 4.1.2. de este capítulo.

En cuanto a “las funciones que se ejercen compartidas con otros órganos de la administración del Estado, este marco competencial no es tan claro, pues aparecen límites que están determinados por su característica de potestad reglamentaria que no pueden invadir el ámbito regulatorio de la ley, salvo que exista habilitación constitucional o legal expresa para su dictación. Determinar, definir las competencias y límites de cada órgano, evitar interferencias, no ha

sido una tarea simple. Los acuerdos de colaboración han sido una experiencia que se puede aplicar para solucionar este tipo de conflictos competenciales. Ejemplo de ello son las ordenanzas para la regulación de extracción de áridos en bienes nacionales de uso público, administración municipal que es compartida con los gobiernos regionales, Ministerio de Obras Públicas y de Vivienda y Urbanismo"³⁸⁶.

Finalmente, podemos establecer que este tipo de normas, que "tienen un supuesto hecho y una consecuencia jurídica, son una manifestación de las atribuciones municipales autónomas para establecer regulaciones en el ámbito territorial local, que incluso pueden tener efectos en destinatarios normativos en personas que no pertenecen a la administración municipal o que no son habitantes de esa comuna, pues su fuerza vinculante y obligatoria se manifiesta en todas las actividades que se desarrollan en el territorio comunal"³⁸⁷. Por otra parte, este tipo de resoluciones municipales forman parte del ordenamiento jurídico administrativo y por ende constituyen propiamente derecho administrativo reglamentario.

³⁸⁶ HUIDOBRO SALAS, Ramón. Ob. Cit. (nota 377). Pág. 215.

³⁸⁷ *Ibíd.* Pág. 197.

4.2.3. Los Decretos alcaldicios.

De conformidad al Diccionario de la Real Academia Española, Decreto es la “decisión de un gobernante o de una autoridad, o de un tribunal o juez, sobre la materia o negocio en que tengan competencia”³⁸⁸, de acuerdo a lo establecido en el artículo 12 de la Ley N° 18.695, los decretos alcaldicios son “resoluciones que versan sobre casos particulares”.

Es decir, los decretos alcaldicios son la forma legal por medio de la cual el Alcalde manifiesta las decisiones que adopta en el ejercicio de su facultad de administrar el municipio. Ellos nacen de la potestad imperativa, que podemos definir como aquella en cuya virtud pueden dictarse órdenes obligatorias para los vecinos y funcionarios del respectivo municipio, en cumplimiento del mandato de administración de los intereses locales.

Si bien, la potestad reglamentaria se refiere a resoluciones generales y permanentes, que se traducen en ordenanzas y reglamentos, la potestad imperativa se traduce en simples acuerdos o decretos, según los adopte la corporación edilicia o el Alcalde y deberá entenderse naturalmente enmarcado dentro de las atribuciones legales que les corresponden tanto al municipio como al Alcalde. En la actualidad esta potestad imperativa se radica en el Alcalde, en

³⁸⁸ Ver: Diccionario de la Real Academia Española [en línea]. < <http://lema.rae.es/drae/?val=decreto>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

atención a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley N° 18.695³⁸⁹, y se ejerce mediante decretos (por ejemplo: decreto de prohibiciones, autorizaciones, concesiones de permisos, etc.).

Ahora bien, el Alcalde en su calidad de máxima autoridad de la municipalidad, reconocida en los artículos 118 de la Constitución Política de la República y 56 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, es quien emite y firma este tipo de resolución, debido a que su firma resulta esencial en los actos administrativos de la entidad edilicia, por cuanto aquella representa la declaración de voluntad contenida en las decisiones formales del municipio, en el ejercicio de una potestad pública, en conformidad con los términos del artículo 3° de la Ley N° 19.880, que establece las Bases del Procedimiento Administrativo que rige los actos de los órganos de la Administración del Estado.

En este sentido, el artículo 63, letra i), de la citada Ley N° 18.695, previene expresamente que corresponde al Alcalde dictar resoluciones obligatorias de carácter general o particular. Ello, sin perjuicio de la facultad relativa a la delegación de firma regulada en la letra j) del mismo artículo. En

³⁸⁹ Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, artículo 56 “El Alcalde es la máxima autoridad de la municipalidad y en tal calidad le corresponderá su dirección y administración superior y la supervigilancia de su funcionamiento. En la condición antedicha, el Alcalde deberá presentar, oportunamente y en forma fundada, a la aprobación del concejo, el plan comunal de desarrollo, el presupuesto municipal, el plan regulador, las políticas de la unidad de servicios de salud y educación y demás incorporados a su gestión, y las políticas y normas generales sobre licitaciones, adquisiciones, concesiones y permisos.”

tanto, la firma del secretario municipal en tales documentos obedece a lo previsto en el artículo 20, letra b), de dicha ley, que contempla entre las funciones del secretario municipal la de desempeñarse como ministro de fe en todas las actuaciones municipales³⁹⁰.

4.3. Medidas municipales susceptibles de afectación directa a los pueblos indígenas.

Recordemos en este punto que la Ley Orgánica Constitucional N° 18.695 (señalada en el punto 2.3. de esta memoria) establece una arquitectura institucional básica que toda municipalidad debe plasmar en su funcionamiento. Esta arquitectura exige mantener al día, y hacer coherentes entre sí, tres instrumentos de Planificación de la Gestión Local:

- i. El Plan de Desarrollo Comunal, también denominado PLADECO.
- ii. El Plan Regulador Comunal, y sus respectivas actualizaciones; y

³⁹⁰ En efecto, la jurisprudencia administrativa de Contraloría General de la República -contenida, entre otros, en los dictámenes N° 52.284 de 1978, 7.941 de 2006 y 29.178 de 2009-, ha sostenido que los decretos alcaldicios deben ser firmados y timbrados en todo caso por el Alcalde y por el secretario municipal, quien inviste el carácter de ministro de fe en todas las actuaciones municipales, agregando que, mientras la firma del Alcalde constituye una formalidad indispensable y, por ende, constituye un requisito esencial de las actuaciones municipales, la ausencia de la firma del secretario municipal no impide que el acto respectivo se haya perfeccionado y producido sus efectos -no obstante constituir una infracción al citado artículo 20 de la Ley N° 18.695-, atendido el principio de la no formalización del procedimiento administrativo, previsto en el artículo 13 de la referida Ley N° 19.880.

iii. El Presupuesto Municipal³⁹¹.

Estas tres herramientas deben ir de la mano, ya que una visión de futuro municipal debe acompañarse de un particular ordenamiento del territorio y social, y ambos necesitan la existencia de un sistema que permita disponer de aquellos recursos que costeen los gastos e inversiones requeridos, sea con recursos propios o con recursos provenientes de fondos del Sector Público.

Ahora bien, desde el momento de la dictación y entrada en vigencia de los mismos, y durante su desarrollo, muchos de estos instrumentos, a nuestro entender, pueden producir una susceptibilidad de afectación directa en los pueblos indígenas del territorio nacional, ya sea en aspectos territoriales, sociales, ambientales, culturales, etc., en atención a la materia que regulan. Ejemplo de esto, encontramos en un cambio a las normas que regulan el uso de suelo mediante la confección de un nuevo Plan Regulador Comunal, que si bien afectaría a toda la población de la comuna, podría afectar de una manera particular a los pueblos indígenas, en consideración a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos; o en las concesiones entregadas a particulares sobre bienes municipales o nacionales de uso

³⁹¹ Hacemos presente que estos tres instrumentos son los principales a utilizar por los municipios, existiendo también otros instrumentos de planificación y gestión municipal, tales como:

- Planos Reguladores Intercomunales (PRI),
- Planes de Desarrollo Turístico (PLADETUR),
- Planes de Ordenamiento Territorial (POT),
- Plan Estratégico Municipal,
- Plan de Desarrollo Económico Local,
- Ordenanzas Municipales.

público, cuando en ellos o cerca de ellos se encuentran lugares sagrados o ceremoniales de los pueblos indígenas.

En aspectos más concreto tenemos lo indicado por don Lautaro Loncón, Coordinador Nacional de la Unidad de Consulta del Ministerio de Desarrollo Social, quien sobre el punto, indicó que -hasta la fecha- la Unidad de Consulta y Participación Indígena ha recibido de parte de 4 municipalidades "informes sobre procedencia de consulta"³⁹², las cuales dicen relación con planos reguladores en Angol³⁹³ y Pica, con un proyecto de abasto de agua en Padre Las Casas³⁹⁴, y con el cierre de colegios en comunidades mapuche en Temuco³⁹⁵.

³⁹² De acuerdo a lo explicado por don Lautaro Loncón: "el 66 (Decreto) también establece las procedencias de consulta, en la cual órganos del Estado, si quieren adoptar una medida administrativa o legislativa que sea susceptible de afectar a los pueblos indígenas, facultativamente pueden solicitar a la Subsecretaría de Servicios Sociales que se pronuncien, a través de un informe (que se llama informe de procedencia) respecto de si procede una consulta en una determinada medida o no". Ver: Anexo N° 8.

³⁹³ "En el caso de Angol, por ejemplo, era un tema de cambio del plano regulador, en el cual abarcaba tierras que anteriormente habían sido pertenecientes a comunidades indígenas, pero que en este momento no existen habitantes ni personas pertenecientes a pueblos indígenas en esos terrenos que hoy día forman parte de lo que es el regimiento de Angol; entonces, obviamente que si se revisaba hacia atrás eran tierras comunitarias, eran tierras que incluso existía título de merced, pero, en este instante, y aledañosamente a ese sector tampoco hay comunidades indígenas. Entonces, obviamente que en esa situación se resolvió que no procedía hacer consulta porque no estaba el sujeto pasivo de la consulta, que en este caso eran las organización indígenas; no podía, no había nadie a quien consultar, no hay en todo ese sector comunidades, organizaciones, o asociación de comunidades. Bien rara la situación, pero ocurría" (Lautaro Loncón). Ver: *Ibíd.*

³⁹⁴ "En caso de la municipalidad de Padre Las Casas, efectivamente nosotros emitimos un informe de procedencia en el cual se dice que se debe hacer consulta respecto a este asunto de abastecimiento de agua" (Lautaro Loncón). Ver: *Ibíd.*

³⁹⁵ "Lo que se está analizando hoy (que es bastante interesante), es un cierre de colegios en comunidades mapuche en Temuco. Son colegios muy pequeños, la matrícula no supera más allá de 10 de alumnos; son 4 colegios que la municipalidad quiere cerrar temporalmente y que, en definitiva, esos colegios se cierran y se traslada a los niños para otro colegio, pero no dice cuáles colegios, ni dice si los van a llevar para Temuco (porque son comunidades aledañas a la localidad de Temuco). El asunto es que eso toca también con Decreto 40 del Ministerio de Educación, que señala que donde existe un porcentaje de alta población

Sin perjuicio de los ejemplos planteados, el resolver si una medida municipal es susceptible a afectar a algún pueblo indígena, es una cuestión que deberá ser determinada caso a caso, por ello, creemos que el Estado y los municipios, son quienes debiesen elaborar mecanismos para determinar y analizar si las medidas administrativas edilicias, "afectan los intereses particulares de los pueblos indígenas y en qué medida lo hacen, a fin de determinar la necesidad de iniciar procesos especiales de consultas mucho antes de que se adopten las medidas en cuestión"³⁹⁶.

Por tal razón, desde la entrada en vigencia en Chile del Convenio 169 de la OIT, el Estado tiene la obligación de consultar previamente tales instrumentos con los pueblos originarios antes de su nacimiento a la vida en la administración local (conforme ya lo señalamos en el punto 4.1.2.). Con ello, se lograría -tal como han señalado los entrevistados en el marco del presente trabajo- el objetivo de promover la participación de los pueblos indígenas en los espacios de gobernabilidad y ciudadanía previstos en el marco legal municipal, favoreciendo así una relación protagónica de estos pueblos con las

de alumnos indígenas, de más del 20%, es necesario la enseñanza de la lengua. Entonces, de estos, aunque sean poquitos alumnos, el máximo son diez, y dentro de los cuales 8 son mapuche, se enseña la lengua. Entonces, obviamente que ahí existe una afectación directa hacia los derechos de los pueblos indígenas. Y en definitiva, nosotros en la última reunión de procedencia acordamos que efectivamente íbamos a responder que debiera hacerse consulta respecto de ese cierre de colegios, porque habría una afectación directa y grave a los derechos de los pueblos indígenas, tomando en cuenta que si se les traslada a otro colegio estos niños podrían, eventualmente, perder este derecho de que se les enseñe la lengua materna en base a que ya no son un alto porcentaje de población indígena de esa escuela, sino más bien podrían llegar a ser de 1 o 2% , una minoría" (Lautaro Loncón). Ver: *Ibíd.*

³⁹⁶ LÓPEZ VYHMEISTER, Ricardo y MOHR AROS, Tania. Ob. Cit. (nota 352).

administraciones locales, a fin de que puedan incidir en las políticas públicas y en los espacios para la toma de decisiones.

En este contexto, los entrevistados al referirse sobre las medidas municipales que podrían ser susceptibles de afectar directamente a los pueblos originarios, expresaron lo siguiente: el profesor Salvador Millaleo indicó que "(...) desde luego todas las medidas que tengan que ver con el ordenamiento territorial y las disciplinas de uso de ciertos recursos naturales, planes reguladores, por ejemplo, que establezcan el uso de determinados suelos donde pueden haber asentamientos de comunidades indígenas, reglas que autoricen construcciones, obras que puedan afectar a los pueblos indígenas, cierta regulación de ciertos usos culturales, por ejemplo, el tema del cementerio"; la abogada Minda Bustamante señaló como ejemplos el tema de educación, los mejoramiento de caminos y "todas aquellas medidas que toman en la cotidianeidad", la abogada Antonia Urrejola remarcó "el tema de las construcciones, las direcciones de obras municipales y los planos reguladores; finalmente doña Ramona Reyes, Alcaldesa de Paillaco, expresó como posibles medidas las referentes a la educación, a la salud intercultural, el plano regulador y el plan de desarrollo comunal³⁹⁷.

³⁹⁷ Ver Anexos N° 2, N° 4, N° 6, N° 7.

4.3.1. Funciones propias y atribuciones esenciales de las municipalidades.

Recordemos que las medidas administrativas que adoptan las municipalidades dicen relación con las funciones y atribuciones que su Ley Orgánica les otorga, dichas funciones y atribuciones fueron vistas en el punto 3.1.5. del capítulo III, y como pudimos apreciar, son muy variadas y abarcan una multiplicidad de áreas. Para el desarrollo de este apartado, en consideración a la magnitud de dichas funciones y para no extender demasiado este capítulo, sólo se tomarán en consideración, se analizarán y expondrán ejemplos de aquellas establecidas en el artículo 3° de la Ley N° 18.695, las cuales se denominan “funciones privativas”.

4.3.2. Elaboración, aprobación y modificación del Plan de Desarrollo Comunal.

El Plan de Desarrollo Comunal, también denominado PLADECO, es un instrumento de planificación comunal que tiene por objetivo orientar la gestión municipal y las políticas públicas locales. En él se establecen los principales objetivos de la gestión comunal, como asimismo, las áreas de desarrollo y su cartera de proyectos asociada. Su propósito es contribuir a una administración

eficiente de la comuna y promover iniciativas de estudios, programas y proyectos destinados a impulsar el progreso económico, social y cultural de sus habitantes, incluidos en ellos los pueblos originarios³⁹⁸.

La elaboración del PLADECO corresponde a una función propia de las municipalidades³⁹⁹ y su ejecución a una de sus atribuciones esenciales⁴⁰⁰, además dicho instrumento está expresamente regulado en la Ley N° 18.695, la cual establece en su artículo 7º, que "El Plan Comunal de Desarrollo, instrumento rector del desarrollo en la comuna, contemplará las acciones orientadas a satisfacer las necesidades de la comunidad local y a promover su avance social, económico y cultural. Su vigencia mínima será de cuatro años, sin que necesariamente deba coincidir con el período de desempeño de las autoridades municipales electas por la ciudadanía. Su ejecución deberá someterse a evaluación periódica, dando lugar a los ajustes y modificaciones que correspondan".

³⁹⁸ VALDIVIESO, Gonzalo. 2015. ¿Para qué sirve el PLADECO? [en línea]. Revista Planeo: Espacios para Territorios Urbanos y Regionales, N° 20. Enero-Febrero 2015. Versión On-line ISSN 0719-2932. <<http://revistaplaneo.uc.cl/planeo-hoy/columnas/lugares/para-que-sirve-el-pladeco/>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].

³⁹⁹ Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, artículo 3º "Corresponderá a las municipalidades, en el ámbito de su territorio, las siguientes funciones privativas: a) Elaborar, aprobar y modificar el plan comunal de desarrollo cuya aplicación deberá armonizar con los planes regionales y nacionales."

⁴⁰⁰ Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, artículo 5º "Para el cumplimiento de sus funciones las municipalidades tendrán las siguientes atribuciones esenciales: a) Ejecutar el plan comunal de desarrollo y los programas necesarios para su cumplimiento".

En todo caso, en la elaboración y ejecución del Plan Comunal de Desarrollo, tanto el Alcalde como el Concejo deberán tener en cuenta la participación ciudadana y la necesaria coordinación con los demás servicios públicos que operen en el ámbito comunal o ejerzan competencias en dicho ámbito⁴⁰¹.

Como podemos apreciar, el PLADECO es un instrumento fundamental sobre el cual se sustenta el quehacer del gobierno local, rector de la acción y gestión municipal, en pos del desarrollo económico social, el ordenamiento territorial y la concreción de los objetivos sociales y comunitarios⁴⁰². Su diseño, aprobación y aplicación es facultad privativa del municipio⁴⁰³, no obstante, requiere de la creación e implementación de mecanismos e instancias que faciliten la participación ciudadana, tanto en su elaboración como en su

⁴⁰¹ De dicho artículo podemos extraer que los factores que orientan una formulación efectiva del PLADECO, son los siguientes: instrumento de carácter participativo, coherente, flexible, operativo y estratégico.

⁴⁰² Desde la perspectiva de la participación ciudadana, el objeto es conformar un instrumento planificación que se convierta en:

1. Un diagnóstico actualizado y prospectivo del territorio comunal
2. Una guía para la acción que faculte la coordinación de acciones del sector público y oriente las acciones de sector privado.
3. Un instrumento que permite contextualizar las decisiones cotidianas en el marco de las líneas estratégicas de desarrollo en el mediano y largo plazo.
4. Una herramienta de gestión respaldada por un programa y presupuesto ajustado.
5. Una herramienta capaz de anticipar situaciones futuras y eventuales ajustes de la política de desarrollo comunal.
6. Un instrumento que contribuye al debate comunal, estimulando la participación ciudadana en torno a las principales propuestas e incentivos de desarrollo.

SUBDERE. MINISTERIO DEL INTERIOR, Gobierno de Chile y CEPAL, Naciones Unidas. 2009. Manual de Elaboración del Plan de Desarrollo Comunal (PLADECO). [en línea]. Santiago de Chile, mayo 2009. <http://www.subdere.gov.cl/sites/default/files/documentos/articles-77172_recurso_1.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 9 y siguientes.

⁴⁰³ Ver también punto 3.1.5., capítulo III, de esta memoria.

validación. Además, debe mantener coherencia con los planes de desarrollo y ordenamiento establecidos a escala nacional, regional y provincial; debiendo, además, ser sancionado y validado por la comunidad y el gobierno local a través del Concejo Comunal.

Ahora bien, como instrumento de gestión comunal, consideramos imperativo que, cuando corresponda, y dentro de su génesis, se permita el desarrollo de un proceso de consulta previa tomando en cuenta los puntos de vista de los pueblos originarios, y que las decisiones que hayan de tomarse se fundamenten en un entendimiento real y transparente con los mismos, en las distintas aristas que el mismo abarca (desarrollo social y económico, seguridad ciudadana, servicios públicos, educación, salud y vivienda, medio ambiente, reforma institucional, y por supuesto, aunque de manera genérica, el ordenamiento territorial).

En este sentido, debemos considerar al PLADECO como un proceso de planificación, implementación y evaluación local, donde se conforma un espacio privilegiado para aportar con participación indígena al desarrollo de relaciones interculturales dentro de la comuna. El PLADECO es una oportunidad de aportar una gestión pertinente a la realidad local, considerando la diversidad de

actores que podamos encontrar, pero evidenciando también los conflictos y las relaciones sociales, económicas, culturales y políticas existentes entre ellos⁴⁰⁴.

A objeto de demostrar la interrelación señalada y la susceptibilidad de afectación directa de este instrumento sobre los pueblos originarios de Chile, pasaremos a exponer la experiencia de comuna de Galvarino con su Plan de Desarrollo Comunal 2014-2019.

4.3.2.1. Caso PLADECO comuna de Galvarino 2014-2019.⁴⁰⁵

En este caso encontramos un proceso que, de acuerdo al informe presentado por la consultora a cargo de confeccionar el PLADECO, Sociedad Consultora Peumayen Limitada, “procuró entregar voz y decisión a los pueblos mapuche de la comuna, los cuales tradicionalmente han sido marginados del diseño de las políticas públicas y que hasta entonces sólo habían sido objeto de las mismas”. De esta forma, para la consultora, los ciudadanos mapuche de la comuna de Galvarino “participaron en el diseño del Plan de Desarrollo Comunal mediante sus propias formas organizativas y en los marcos territoriales con ellos acordados, intentando la autoridad edilicia, de este modo dar cumplimiento

⁴⁰⁴ SUBDERE. MINISTERIO DEL INTERIOR, Gobierno de Chile y CEPAL, Naciones Unidas. Ob. Cit. (nota 402). Pág. 29.

⁴⁰⁵ Para mayor información recomendamos ingresar a:
MUNICIPALIDAD DE GALVARINO. 2015. Portal Ilustre Municipalidad de Galvarino. [en línea]. <<http://www.galvarinochile.cl/webv2/>>. [consulta: 20 de Marzo de 2015].

a lo mandato por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en relación al derecho a consulta y participación de las comunidades indígenas”⁴⁰⁶.

No obstante, en el punto 3.2. del mencionado informe, se destacan los aspectos pendientes del mismo, estableciendo que "Si bien se hace referencia a la recolección de antecedentes primarios mediante algún tipo de instrumento, lo cual implica la definición de una muestra y de un trabajo en terreno; se manifiesta explícitamente que en la confección del PLADECO no se incluyó la participación de la comunidad en su diseño ni en su elaboración y, en consecuencia, este aspecto tampoco fue determinante en la definición de las prioridades". Asimismo, se plantea que la validación e implementación del PLADECO se hará posteriormente con participación de la ciudadanía.

Continúa exponiendo el punto que “de acuerdo a los antecedentes presentados corresponde, en la implementación del nuevo PLADECO, tener en consideración la posibilidad de plantear la necesidad de generar mecanismos de validación y de participación de la ciudadanía en general -mediante asambleas ciudadanas, cabildos y consultas- y de la población mapuche en particular, especialmente a la luz de la vigencia del Convenio 169 y de la adhesión del Estado chileno a la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Estos aspectos han sido considerados en

⁴⁰⁶ *Ibíd.*

las asambleas territoriales y urbanas y acogidas por el concejo municipal, quedando plasmados en el plan de acción del PLADECO 2014-2019, en el ámbito específico referido a participación”.

Como podemos apreciar, en este caso los mecanismos utilizados para recabar información atinente al PLADECO en la comunidad, fueron iguales tanto para mapuche como para aquellos que no lo son, no obstante se reconoce la necesidad de implementar un mecanismo de consulta previa al alero del Convenio 169 y de la Declaración de Naciones Unidas⁴⁰⁷. La consulta y participación indígena en dicho informe (en los términos señalados en los puntos 1.2.1.3. y 1.2.1.6., respectivamente, del capítulo I de este trabajo), validado por el municipio, ha quedado como asunto pendiente, no obstante corresponder las mismas a derechos fundamentales que deben ser ejercidos por la población indígena de la comuna frente a este tipo de medidas, cuando ellas sean susceptibles de afectarles directamente⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ Ver también:

MUNICIPALIDAD DE ARAUCO. 2014. Comunidades indígenas participan en la elaboración del PLADECO de la comuna de Arauco. [en línea]. Municipalidad de Arauco. 31 de Julio de 2014. <<http://muniarauco.cl/?p=17920>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁴⁰⁸ Recordemos que en la comuna de Galvarino más del 50% de la población pertenece a algún pueblo originario. Fuente: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2008. Reporte Estadístico Comunal GALVARINO. [en línea]. Abril 2008. <siit2.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/7236/6/Reporte.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 5.

4.3.3. Planificación y regulación urbana, confección Plan Regulador Comunal.

La Planificación Urbana Comunal es aquella planificación “que promueve el desarrollo armónico del territorio comunal, en especial de sus centros poblados, en concordancia con las metas regionales de desarrollo económico-social”⁴⁰⁹. Esta planificación al estar consagrada en la Ley General de Urbanismo y Construcciones debe ser desarrollada por las municipalidades a través del Plan Regulador Comunal.

El plan regulador comunal es un instrumento que nos permite ordenar las distintas actividades que se desarrollan en la comuna, a través de un conjunto de reglas de planificación⁴¹⁰, que indican:

1. Cómo los diferentes propietarios pueden construir en sus terrenos.
2. Qué actividades se pueden realizar en dichas construcciones.
3. Las calles y las plazas necesarias para el desarrollo de la comuna y sus habitantes.

⁴⁰⁹ Ley General de Urbanismo y Construcciones, artículo 41.

⁴¹⁰ El artículo 27 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones entiende por Planificación Urbana “el proceso que se efectúa para orientar y regular el desarrollo de los centros urbanos en función de una política nacional, regional y comunal de desarrollo socio-económico.” Los objetivos y metas que dicha política nacional establezca para el desarrollo urbano serán incorporados en la planificación urbana en todos sus niveles, los que corresponden a cuatro tipos de áreas: nacional, regional, intercomunal y comunal.

4. Dónde se pueden instalar: casas, edificios, colegios, jardines infantiles, centros de salud, talleres artesanales, locales comerciales, restaurantes, farmacias, bancos, bomberos, carabineros, supermercados, sedes sociales, canchas de fútbol, gimnasios, bombas de bencina, entre otras.

La Ley General de Urbanismos y Construcciones (LGUC), en su artículo 41 define al Plan Regulador Comunal como “un instrumento constituido por un conjunto de normas sobre adecuadas condiciones de higiene y seguridad en los edificios y espacios urbanos, y de comodidad en la relación funcional entre las zonas habitacionales, de trabajo, equipamiento y esparcimiento.” Indica además, que “sus disposiciones se refieren al uso del suelo o zonificación, localización del equipamiento comunitario, estacionamiento, jerarquización de la estructura vial, fijación de límites urbanos, densidades y determinación de prioridades en la urbanización de terrenos para la expansión de la ciudad, en función de la factibilidad de ampliar o dotar de redes sanitarias y energéticas, y demás aspectos urbanísticos”⁴¹¹.

⁴¹¹ Ley General de Urbanismo y Construcciones, artículo 42° "El Plan Regulador Comunal estará compuesto de:

a) Una Memoria explicativa, que contendrá los antecedentes socio-económicos; los relativos a crecimiento demográfico, desarrollo industrial y demás antecedentes técnicos que sirvieron de base a las proposiciones y los objetivos, metas y prioridades de las obras básicas proyectadas;

b) Un estudio de factibilidad para ampliar o dotar de agua potable y alcantarillado, en relación con el crecimiento urbano proyectado, estudio que requerirá consulta previa al Servicio Sanitario correspondiente de la Región;

c) Una Ordenanza Local que contendrá las disposiciones reglamentarias pertinentes, y

d) Los planos, que expresan gráficamente las disposiciones sobre uso de suelo, zonificación, equipamiento, relaciones viales, límite urbano, áreas prioritarias de desarrollo urbano, etc. Para los efectos de su aprobación, modificación y aplicación, estos documentos constituyen un solo cuerpo legal."

Este instrumento debe mantener coherencia con los planes de desarrollo y ordenamiento establecidos a escala nacional, regional y provincial; debiendo además, ser sancionado y validado por la comunidad y el municipio a través del Concejo Comunal.

El Plan Regulador Comunal, al igual que el PLADECO, corresponde a una función propia de las municipalidades⁴¹² y su aprobación a una de sus atribuciones esenciales.⁴¹³ Es un instrumento fundamental sobre el cual se sustenta el quehacer de las municipalidades, en pos del desarrollo económico social y el ordenamiento territorial. Su diseño, aprobación y aplicación es facultad privativa del municipio, no obstante, requerir de la creación e implementación de mecanismos e instancias que faciliten la participación ciudadana, tanto en su elaboración como en su validación⁴¹⁴.

⁴¹² Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, artículo 3 "Corresponderá a las municipalidades, en el ámbito de su territorio, las siguientes funciones privativas: b) La planificación y regulación de la comuna y la confección del plan regulador comunal, de acuerdo con las normas legales vigentes."

Ver también punto 3.1.5., capítulo III, de esta memoria.

⁴¹³ Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, artículo 5 "Para el cumplimiento de sus funciones las municipalidades tendrán las siguientes atribuciones esenciales: k) Aprobar los planes reguladores comunales y los planes seccionales de comunas que formen parte de un territorio normado por un plan regulador metropolitano o intercomunal, y pronunciarse sobre el proyecto de plan regulador comunal o de plan seccional de comunas que no formen parte de un territorio normado por un plan regulador metropolitano o intercomunal".

⁴¹⁴ Al respecto, ver punto 3.2. del capítulo III de este trabajo sobre participación ciudadana.

El proyecto de Plan Regulador Comunal debe ser preparado por la municipalidad respectiva⁴¹⁵, y una vez que se encuentre elaborado, el concejo

⁴¹⁵ Ley General de Urbanismo y Construcciones, artículo 43 “El procedimiento para la elaboración y aprobación de los planes reguladores comunales se regirá por lo dispuesto en los incisos siguientes. El proyecto de plan regulador comunal será preparado por la municipalidad respectiva. Elaborado el proyecto, el concejo comunal, antes de iniciar su discusión, deberá:

1. Informar a los vecinos, especialmente a los afectados, acerca de las principales características del instrumento de planificación propuesto y de sus efectos, lo que se hará de acuerdo con lo que señale la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.

2. Realizar una o más audiencias públicas en los barrios o sectores más afectados para exponer el proyecto a la comunidad, en la forma indicada en la ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

3. Consultar la opinión del consejo económico y social comunal, en sesión citada expresamente para este efecto.

4. Exponer el proyecto a la comunidad, con posterioridad a la o las audiencias públicas, por un plazo de treinta días.

5. Vencido dicho plazo se consultará a la comunidad, por medio de una nueva audiencia pública, y al consejo económico y social comunal, en sesión convocada especialmente para este efecto. En dicha sesión deberá presentarse un informe que sintetice las observaciones recibidas.

6. Los interesados podrán formular, por escrito, las observaciones fundadas que estimen convenientes acerca del proyecto hasta quince días después de la audiencia pública a que se refiere el número anterior. El lugar y plazo de exposición del proyecto y el lugar, fecha y hora de las audiencias públicas deberán comunicarse previamente por medio de dos avisos publicados, en semanas distintas, en algún diario de los de mayor circulación en la comuna o mediante avisos radiales o en la forma de comunicación masiva más adecuada o habitual en la comuna.

Cumplidos los trámites anteriores, el Alcalde deberá presentar el proyecto para la aprobación del concejo comunal, junto con las observaciones que hayan hecho llegar los interesados, en un plazo no inferior a quince ni superior a treinta días, contado desde la audiencia pública indicada en el N° 5.

El concejo deberá pronunciarse sobre las proposiciones que contenga el proyecto de plan regulador, analizando las observaciones recibidas y adoptando acuerdos respecto de cada una de las materias impugnadas. En caso de que aprobare modificaciones, deberá cautelar que éstas no impliquen nuevos gravámenes o afectaciones desconocidas por la comunidad. No podrá, en todo caso, pronunciarse sobre materias o disposiciones no contenidas en el aludido proyecto, salvo que el proyecto modificado se exponga nuevamente conforme a lo dispuesto en el inciso segundo.

El proyecto aprobado será remitido, con todos sus antecedentes, a la secretaría regional ministerial de Vivienda y Urbanismo respectiva. Dicha secretaría ministerial dentro del plazo de sesenta días, contado desde su recepción, revisará el proyecto y emitirá un informe sobre sus aspectos técnicos.

Si la comuna está normada por un plan regulador metropolitano o intercomunal, el informe de la secretaría regional ministerial será remitido directamente al municipio, junto con el proyecto y sus antecedentes, con copia al gobierno regional. Si el informe es favorable, el proyecto de plan regulador o de plan seccional será promulgado por decreto alcaldicio.

Si el proyecto no se ajustare al plan regulador metropolitano o intercomunal, la secretaría regional ministerial de Vivienda y Urbanismo deberá emitir un informe negativo y lo remitirá, conjuntamente con el proyecto y sus antecedentes, al municipio, el cual podrá modificar el proyecto para concordarlo con el plan regulador metropolitano o intercomunal o insistir en su proyecto. En este último caso remitirá el proyecto, con todos los antecedentes, incluido el informe negativo de la secretaría regional ministerial de Vivienda y Urbanismo, al gobierno regional para que éste se pronuncie sobre los aspectos objetados.

Si no existiera un plan regulador metropolitano o intercomunal que incluya el territorio comunal, el informe de la secretaría regional ministerial de Vivienda y Urbanismo será remitido, junto con el proyecto y sus antecedentes, al gobierno regional para su aprobación por el concejo regional, con copia al municipio.

comunal, antes de iniciar su discusión, deberá informar a los vecinos en distintas instancias, especialmente a los afectados, acerca de las principales características del instrumento de planificación propuesto y de sus efectos, y consultar la opinión del consejo económico y social comunal, en sesión citada expresamente para este efecto⁴¹⁶.

Las etapas de información y consulta deben realizarse de acuerdo con lo señalado en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, y en la LOC de Municipalidades. Una vez aprobado el proyecto debe ser remitido, con todos sus antecedentes a la Secretaría Regional Ministerial (SEREMI) de Vivienda y Urbanismo respectiva. Dicha secretaría debe revisar el proyecto y emitir un informe sobre sus aspectos técnicos. Si el informe es favorable, el

El pronunciamiento del consejo regional se hará sobre la base del informe técnico de la secretaría regional ministerial. Si el informe fuere desfavorable, el consejo sólo podrá aprobar el proyecto mediante acuerdo fundado.

Aprobado el proyecto de plan regulador en la forma establecida en los tres incisos anteriores, será promulgado por resolución del intendente.

Los actos administrativos que promulguen la aprobación o modificación de un instrumento de planificación territorial deberán publicarse en el Diario Oficial, junto con la respectiva ordenanza. Los planos y la ordenanza correspondiente se archivarán en los Conservadores de Bienes Raíces respectivos, en la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en la secretaría regional del Ministerio de Vivienda y Urbanismo respectiva y en las municipalidades correspondientes.

La Ordenanza General contemplará normas relativas a los "conjuntos armónicos de edificación", en base a los cuales se podrá autorizar excepciones a la Ordenanza Local del Plan Regulador Comunal."

⁴¹⁶ En cuanto a las comunas que deben contar con Plan Regulador Comunal, el artículo 47 de la LGUC, establece que son las siguientes:

1. Las comunas que estén sujetas a Planificación Urbana-Regional o Urbana-Intercomunal;
2. Todos aquellos centros poblados de una comuna que tengan una población de 7.000 habitantes o más;
3. Aquellos centros poblados de una comuna que sean afectados por una destrucción total o parcial, y
4. Aquellos centros poblados de una comuna que la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo respectiva disponga mediante resolución. La referida SEREMI podrá encargarse de la confección del Plan, debiendo, en todo caso, enviarlo a la municipalidad correspondiente para su tramitación de acuerdo al procedimiento señalado en el inciso primero del artículo 43.

proyecto de Plan Regulador es promulgado por decreto alcaldicio. Si el proyecto tuviere observaciones, en algunos casos establecidos por ley, se debe remitir con todos los antecedentes, incluido el informe negativo de la SEREMI de Vivienda y Urbanismo, al Gobierno Regional para que éste se pronuncie sobre los aspectos objetados. Aprobado el proyecto de Plan Regulador en la forma establecida en el artículo 43 de la LGUC, será promulgado por resolución del intendente.

Como podemos apreciar, el Plan Regulador Comunal corresponde a una medida administrativa dictada privativamente por las municipalidades, pero que necesita ser validadas por distintas entidades. Esta medida administrativa claramente puede ser de aquellas que señala el artículo 6 del Convenio 169, es decir, susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas⁴¹⁷, ya que al ser un instrumento de planificación territorial, puede afectar los territorios de los pueblos indígenas, así como sus lugares sagrados, de encuentro, de esparcimiento, es decir, sus formas de vida. Por ello, debe ser objeto del procedimiento de consulta prescrito por tal tratado internacional -cuando ello sea necesario⁴¹⁸, con la finalidad de lograr un dialogo real y transparente con los representantes de dichos pueblos.

⁴¹⁷ Recordemos lo señalado en el punto 4.1.2.

⁴¹⁸ Es decir, cuando la medida tenga la potencialidad de afectar directamente a los pueblos indígenas. En este sentido se pronuncia la Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia C-366/11, de fecha once de mayo de dos mil once, al establecer que "La participación de las comunidades tradicionales en los

A objeto de demostrar que este instrumento corresponde a una medida administrativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, expondremos tres casos que han tenido relevancia, tanto a nivel nacional como local (comunas donde se han desarrollado). Uno de ellos se hizo público y finalizó de forma positiva debido a la presión ejercida por comunidades mapuche, otro se judicializó y terminó en sentencia de la Corte Suprema, mientras el último fue objeto de un Dictamen de Contraloría General de la República.

proyectos que los afectan se explica, del mismo modo, por los potenciales efectos nocivos que tienen los proyectos a gran escala, entre ellos los mineros, para los intereses de las comunidades tradicionales". COLOMBIA. Corte Constitucional. N° C-366/11. Sentencia de 11 de Mayo de 2011. [en línea]. <<http://www.refworld.org/pdfid/4f1408552.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

De igual forma resolvió en Sentencia C-371/14, al pronunciarse sobre "Creación de zonas de reserva campesina", donde estableció "que la creación de zonas de reserva campesina tiene el potencial de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, cuando existe presencia de ellos en la respectiva región o la zona elegida coincide con sus territorios ancestrales". En este caso, la Corte consideró que los artículos (sobre los cuales se discutía) podían ser mantenidos en el ordenamiento por medio de la implementación de un condicionamiento que los hiciera armónicos con la Carta Política; por ello los artículos se declararon exequibles en el entendido que "en todos los casos debe estudiarse si hay presencia de pueblos indígenas y tribales en la región en la que se pretende crear una zona de reserva campesina, y cuando su presencia se advierta, deberá llevarse a cabo el respectivo proceso de consulta previa".

COLOMBIA. Corte Constitucional. N° C-371/14. Sentencia de 11 de Junio de 2014. [en línea]. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-371-14.htm>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

Respecto a este punto, don Lautaro Loncón, Coordinador Nacional de la Unidad de Consulta del Ministerio de Desarrollo Social, en entrevista desarrollada en el marco del presente trabajo, nos indicó: "que sea susceptible de afectar directamente. Y lo susceptible es que haya humo blanco que pueda afectar, me entiendes, no es que esté demostrado científicamente...Entonces, en este caso, estamos hablando que cuando revisamos las procedencias de consultas vemos si la medida es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. Si es susceptible, o sea, si nosotros creemos, o por lo menos de los antecedentes que nos acompañan (que esté en tierra indígena, que esté cercano a tierra indígena, que... no sé, que antiguamente se hacían lugares ceremoniales, o qué sé yo) decimos que procede consulta". Ver Anexo N° 8.

4.3.3.1. Caso modificación Plan Regulador Comunal de Futrono.

Respecto a este caso, cabe tener presente que durante el año 2009 el Municipio de Futrono y la SEREMI del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (MINVU) iniciaron el estudio de modificación al Plan Regulador Comunal de Futrono, el cual incluyó la ciudad de Futrono y las localidades de Nontuelá y Llifén. En la localidad rural denominada Llifén y cercanías existen cuatro Comunidades Mapuche, las cuales son Mapuche Huequecura de Chollinco, Victoriano Pitripan de Caunahue, Victoriano Pitripan Radicación Huequecura, y José Manque Pitripan del sector Cerrillos, que suman unas 600 personas con sus grupos familiares, las cuales, de acuerdo a la propia cosmovisión, viven principalmente del trabajo de la tierra y manteniendo rasgos socioculturales diferenciadores del resto de la sociedad chilena. Todas ellas constituyen el ancestral Lof Huequecura, lo cual es avalado además por antecedentes histórico-culturales⁴¹⁹.

A mediados del año 2011, las comunidades mapuche del Lof Huequecura iniciaron un proceso de rechazo a ser incluidos dentro de este plan regulador. Los argumentos de su oposición fueron claramente expuestos a nivel

⁴¹⁹ HUENULEF OPORTO, Mauricio. 2012. Mapuexpress: Lof Huequecura logra rechazar modificación inconulta del Plan Regulador de Futrono. [en línea]. Fütawillimapu. Espacio mapuche williche en internet. 4 de Julio de 2012. <<http://www.futawillimapu.org/Llitu/Mapuexpress-Lof-Huequecura-logra-rechazar-modificacion-inconulta-del-Plan-Regulador-de-Futrono.html>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

territorial, comunal y nacional. Así, ante la Cámara de Diputados expresaron, entre otras razones, las siguientes:

“Se transgrede la normativa internacional de protección especial para los pueblos indígenas, que Chile ratificó en 2008, pues no se realizó la consulta indígena previa al pueblo mapuche del sector de Llifén, toda vez que se dictó una medida administrativa por parte del municipio de Futrono, avalada por la Seremi-Minvu de la Región de Los Ríos. Dicha consulta está contemplada en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT. (...) Se quiere validar un plan regulador elaborado con la más mínima participación de la ciudadanía y con bajísimo nivel de entrega de información sobre el estudio. De hecho, la información no fue entregada a las comunidades mapuche de buena fe ni de manera apropiada, lo que transgrede gravemente la obligación que tiene el Estado chileno para con las comunidades. En consecuencia, las propias comunidades debieron autoconvocarse y autofinanciar el conocimiento y estudio de esa información. Se transgrede el artículo 6°, letra c), del Convenio 169 de la OIT”⁴²⁰.

⁴²⁰ CÁMARA DE DIPUTADOS, República de Chile. 2012. Legislatura 360, Sesión 39. [en línea]. Jueves 7 de Junio de 2012. <<http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=9425%20&prmTIPO=TEXTOSESION>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Página 56.

Otros de los argumentos expresados son los siguientes:

1. Se cambia radicalmente un modo de vida en el que aún se mantienen prácticas culturales del pueblo mapuche, como vivir y depender del trabajo de la Madre Tierra, establecer fuertes vínculos sociales entre los grupos familiares que habitan la localidad y mantener relaciones de constantes acuerdos y cooperación.
2. Se gravarán a futuro los gastos de cada hogar en más de 700 mil pesos por costos de retiro y tratamiento de aguas servidas, lo que generará importantes deudas familiares y posibles remates de tierras, a lo que se suma la eventual contaminación que se producirá por la instalación de una planta de tratamiento de aguas servidas.

El día jueves 28 de Junio de 2012, previa realización de una rogativa frente a la plazoleta del municipio, los integrantes de las comunidades participaron de la reunión del Concejo Municipal, donde se votaba definitivamente la propuesta de modificación del plan regulador. El concejo votó en forma unánime dejar fuera del Plano Regulador a la localidad de Llifén, es decir, en definitiva las protestas de las comunidades mapuche obtuvieron resultado, validándose y manteniéndose la forma de vida rural y asociada íntimamente a la tierra, la cual se vio amenazada por una planificación que intentaba realizar drásticos cambios al uso del suelo, con una zonificación que jamás consideró las actividades culturales y productivas del pueblo mapuche, además de querer instalar una planta de tratamiento muy cerca de viviendas y de apiarios con los cuales subsisten económicamente los comuneros⁴²¹.

3. Se afectará con eventuales contaminaciones la economía de subsistencia de la pequeña agricultura familiar de las comunidades mapuche, que ha mantenido en forma sustentable el territorio. Ellas viven de actividades como la agricultura, la ganadería, la apicultura, la medicina natural, la pesca deportiva, el turismo rural, los talleres artesanales, etcétera. Se transgrede el artículo 7° del Convenio 169 de la OIT, al no respetar que el pueblo mapuche decida sus propias prioridades en su proceso de desarrollo económico, social y cultural.

⁴²¹ Fuente: MEDINA, Daniel. 2012. Excluyen a Llifén de modificación a plano regulador de Futrono por petición de comunidades indígenas [en línea]. Biobiochile.cl. 29 de Junio de 2012. <<http://www.biobiochile.cl/2012/06/29/excluyen-a-llifen-de-modificacion-a-plano-regulador-de-futrono-por-peticion-de-comunidades-indigenas.shtml>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

4.3.3.2. Caso modificación Plan Regulador Comunal San Pedro de Atacama.

En este caso en particular⁴²², el cual fue judicializado, cabe destacar la sentencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema que revoca la decisión de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en cuya virtud se rechaza un recurso de protección deducido por el Consejo de Pueblos Atacameños en contra de la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) de Antofagasta⁴²³. El Consejo recurrente estimó que la modificación del plan regulador de San Pedro de Atacama requería de un Estudio de Impacto Ambiental, con las modalidades de participación y consulta requeridas, y no –como lo hizo la COREMA– de una simple Declaración de Impacto Ambiental⁴²⁴. La Corte de Antofagasta rechazó la acción señalando que “en la elaboración del Proyecto en cuestión se contó con la participación ciudadana, realizándose varias audiencias, recibiendo 21

⁴²² EL CONVENIO 169 DE LA OIT y el Derecho Chileno. Mecanismos y Obstáculos para su implementación. Ob. Cit. (nota 95). Pág. 225.

⁴²³ CHILE. Corte de Apelaciones de Antofagasta. Rol N°782/2010. Sentencia de 21 de Diciembre de 2010. [en línea]. <http://indigenousnews.org/wp-content/uploads/2011/07/Rol_782-2010_CorteApelacionesAntofagasta.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁴²⁴ En este punto cabe hacer presente que antes de la entrada en vigencia de la nueva institucionalidad ambiental establecida en la Ley N° 20.417, publicada el 26 de Enero de 2010, tanto la elaboración como la modificación de los planes reguladores comunales debían ingresar al Sistema de Evaluación Ambiental y ser tramitados como Declaraciones de Impacto Ambiental o como Estudios de Impacto Ambiental, según si producían los efectos del artículo 11 de la Ley N° 19.300. Hoy en día dicha tramitación es obsoleta y los planes reguladores deben someterse a Evaluación Ambiental Estratégica. Consultada la Oficina de Evaluación Ambiental Estratégica del Ministerio de Medio Ambiente, sobre posibles procesos de consulta indígena en los cuales han participado, se obtuvo como respuesta que, hasta la fecha, no han desarrollado ni participado en ningún procedimiento de ese tipo.

observaciones, no estimándose procedente la consulta contemplada en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, desde que de existir la afectación que supone la consulta previa, habría significado que concurrían los efectos ambientales del artículo 11, tornándose indispensable el Estudio de Impacto Ambiental⁴²⁵.

Sin embargo, en sede de apelación, la Corte Suprema revirtió este pronunciamiento ordenando la realización de un nuevo procedimiento de evaluación ambiental, pero mediante un estudio, no una Declaración de Impacto Ambiental, con un procedimiento de participación ciudadana que debería “ajustarse además a los términos que el Convenio N° 169 contempla”⁴²⁶. En este sentido, la Corte entiende que al omitirse la consulta a los pueblos interesados se lesiona “la garantía de la igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas, puesto que la omisión implica ‘no igualar’ para los efectos de resolver”⁴²⁷.

La sentencia, además, reivindica el valor distintivo de los procesos de consulta⁴²⁸, por lo que no pueden asimilarse a las instancias de participación

⁴²⁵ CHILE. Corte de Apelaciones de Antofagasta. Ob. Cit. (nota 423). Considerando N° 10.

⁴²⁶ CHILE. Corte Suprema de Justicia. Ob. Cit. (nota 75). Considerando 10.

⁴²⁷ *Ibíd.* Considerando 9.

⁴²⁸ Recordemos lo señalado en el punto 1.2.1.4., capítulo I de este trabajo, sobre el contenido esencial de la consulta previa.

contempladas por la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, utilizadas en el caso referido por la COREMA de Antofagasta. Cabe citar en extenso el razonamiento de la Corte: "(...) desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues estos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados, cuya gestación, en la especie, habría tenido en miras la protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad. Es decir, la autoridad administrativa recurrida aspira a allanar las dificultades que están experimentando las comunidades indígenas atacameñas provocadas por las nuevas condiciones de vida y de trabajo que les impone el vertiginoso desarrollo del área geográfica de San Pedro de Atacama, prescindiendo de la participación y cooperación de estas. En otras palabras, es posible constatar que se ha optado para la elaboración de un instrumento de planificación territorial que atañe a toda una cultura indígena, sin atender a elementos de análisis propios de la realidad por la que se reclama, como son su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones"⁴²⁹.

⁴²⁹ CHILE. Corte Suprema de Justicia. Ob. Cit. (nota 75). Considerando 8.

4.3.3.3. Caso actualización Plan Regulador Comunal de Lautaro.

En este caso, la Contraloría General de la República, mediante Dictamen N° 72.801, de fecha 21 de noviembre de 2012⁴³⁰, a requerimiento del diputado, a esa fecha, señor Enrique Estay Peñaloza, emitió pronunciamiento acerca de si corresponde aplicar en materia de planificación urbana, específicamente de la actualización del Plan Regulador Comunal de Lautaro, el Convenio 169. Al respecto, y teniendo presente lo informado, por el Gobierno Regional de La Araucanía, la Municipalidad de Lautaro y la correspondiente Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo, consignó que "tal como lo ha expresado este Organismo de Fiscalización mediante su dictamen N° 50.452, de 2010, el aludido Convenio 169 (...) contempla en su artículo 6, N° 1, letra a), que los gobiernos deberán "consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente."

Agrega que, tal como ha señalado en su dictamen N° 53.841, del año 2012⁴³¹, "ha entendido que los planes reguladores comunales pueden constituir

⁴³⁰ CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 72.801. 21 de Noviembre de 2012. [en línea]. <<http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/DetalleDictamen?OpenForm&UNID=247CA74EE34CA12B84257ABF005181A0>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁴³¹ Mediante el citado dictamen, Contraloría General de la República, a través de su División de Infraestructura y Regulación, efectuó observaciones a la resolución N° 78 de 2012, del Gobierno Regional

medidas administrativas a cuyo respecto, y a la luz de lo dispuesto en los artículos 14 y 16 del precitado decreto (Decreto 124), procede analizar la pertinencia de un proceso de consulta, en los términos definidos en el artículo 2° de ese ordenamiento.”

Finalmente, y toda vez que se desprendió de los informes recabados para este caso, que las reparticiones que los emitieron sustentaron distintos pareceres respecto de la procedencia de iniciar un procedimiento de consulta, Contraloría estableció como criterio que el órgano de la administración del Estado al que le correspondiera la iniciativa de la medida legislativa o administrativa, debía proceder a evaluar, conjuntamente con el Ministerio de Planificación -actual Ministerio de Desarrollo Social-, y en coordinación con el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, la pertinencia de iniciar un proceso de consulta. Todo ello, razonado en base al articulado del Decreto N° 124, vigente a la época del pronunciamiento.

de La Araucanía, que promulga la modificación del Plan Regulador Comunal de Angol, aprobado por el decreto N° 161 de 1987, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en el sentido de cambiar, en la forma que indica, la Zona ZR-2, contenida en el artículo 20 de su Ordenanza Local.

Entre las observaciones realizadas, resaltamos la N° 5, debido a su relación directa con nuestro estudio: "5. Igualmente, no consta que se hubiere analizado la pertinencia de iniciar un proceso de consulta, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 16 del decreto N° 124, de 2009, del Ministerio de Planificación, que reglamenta el artículo 34 de la ley N° 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas".

CHILE. Contraloría General de la República Dictamen N°53.841. 30 de Agosto de 2012. [en línea]. <<http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/DetalleDictamen?OpenForm&UNID=E19F0DCF8668283284257A6F0052ED4E>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

4.3.4. Promoción del desarrollo comunitario.

La promoción de desarrollo comunitario, como tercera función esencial de las municipalidades, tiene por objeto fomentar y contribuir al desarrollo comunal a través de la implementación de planes, programas y proyectos sociales de mitigación de las condiciones de pobreza y vulnerabilidad de personas en situación de riesgo social y carencia económica; promocionar y fortalecer la participación ciudadana así como de las organizaciones de la comunidad; promocionar la actividad cultural; recuperar y preservar el patrimonio cultural de la comuna; y promover y fomentar las actividades micro productivas y económicas, entre otras⁴³².

En efecto, el artículo 22 letra c) de la Ley N° 18.695, en concordancia con lo prescrito en su artículo 4º, que contiene las funciones compartidas que puede ejercer la municipalidad, le confía a la unidad encargada del desarrollo

⁴³² Para que el desarrollo comunitario sea posible, “se debe tratar no sólo de mejorar materialmente las condiciones de vida de las persona que componen (la) comunidad, sino de ampliar las capacidades de elección de cada una de esas personas: su autonomía. Y son muchas las dimensiones sociales y humanas que abordar en un proceso de desarrollo comunitario que tenga por finalidad última el bienestar, la autonomía y la independencia de las personas, a saber; subsistencia (trabajo), abrigo y refugio (vivienda), conocimiento (educación), salud (sanidad, medioambiente), bienestar (servicios sociales), participación (asociaciones, órganos de decisión), ocio (deportes, cultura), etcétera. Como se puede comprobar, todas estas dimensiones pueden encontrar su correlación con servicios y recursos ya existentes en una comunidad, bienes públicos o bienes privados: servicios de empleo, de salud, educativos, sociales, asociaciones, clubes deportivos, etc. Unos recursos que deben dotarse de una visión global e integral en sus acciones y que deben ser receptivos a las demandas y propuestas de la población si pretenden contribuir a un proceso de desarrollo comunitario”.
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS [s.a.] ¿Qué es Desarrollo Comunitario? [en línea]. Primer Claustro Universitario de Colombia. Universidad Santo Tomás. <http://soda.ustadistancia.edu.co/enlinea/margaritapena_trabajocomunitario1/qu_es_desarrollo_comunitario.html>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

comunitario municipal, es decir, a la Dirección de Desarrollo Comunitario (DIDECO), la facultad de proponer y ejecutar, dentro de su ámbito y cuando corresponda, medidas tendientes a materializar acciones relacionadas con:

- Asistencia social;
- Salud pública;
- Protección al medio ambiente;
- Educación y cultura;
- Capacitación laboral;
- Deporte y recreación;
- Promoción del empleo;
- Fomento Productivo Local; y
- Turismo⁴³³.

Asimismo al artículo 22 letras a) y b), establecen como funciones específicas de DIDECO: a) Asesorar al Alcalde y, también, al concejo en la promoción del desarrollo comunitario; y b) Prestar asesoría técnica a las organizaciones comunitarias, fomentar su desarrollo y legalización, y promover su efectiva participación en el municipio.

⁴³³ La jurisprudencia administrativa ha establecido que la Dirección de Desarrollo Comunitario es la unidad municipal "receptora de los requerimientos e inquietudes de las organizaciones comunitarias". Le corresponde, ha agregado, "cumplir las tareas relacionadas con la difusión del arte y la cultura; capacitación; salubridad e higiene ambiental; deportes y recreación; asistencia social y fomento y ayuda a las organizaciones de participación social; alcoholismo y cesantía" (Dictamen N° 43.085 de 1976 de Contraloría General de la República).

Como podemos apreciar, el radio de acción que engloba esta función es amplísimo, por lo mismo, las entidades edilicias muchas veces trabajan con programas y oficinas para lograr enfocar de mejor forma su accionar, entre ellos podemos encontrar los siguientes: programa de la infancia, programa de jóvenes, programa de la mujer, programa del adulto mayor, programa de deporte y recreación, programa asistencial, programa de vivienda, oficina municipal de intermediación laboral (OMIL) , oficina comunal de información al consumidor, oficina de asuntos indígena, discapacitados, organizaciones comunitarias, subsidios, agua potable , asignación familiar, pensiones, luz, etc.⁴³⁴

En este contexto, examinaremos algunos casos relacionados con esta función, a fin de ejemplificar cómo las medidas adoptadas en esta área pueden ser consideradas -o no- de aquellas susceptibles de afectar a los pueblos originarios que habitan nuestro país.

⁴³⁴ Ver: MUNICIPALIDAD DE SAN JAVIER. Dirección de Desarrollo Comunitario. [en línea]. <<http://www.imsanjavier.cl/home/desarrollocomunitario.aspx>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

4.3.4.1. Caso izamiento bandera mapuche en reparticiones municipales.

En este caso, la Contraloría General de la República emitió un dictamen estableciendo que las municipalidades están facultadas para izar banderas indígenas en sus reparticiones junto con el pabellón nacional⁴³⁵. Si bien dicha decisión se tomó en respuesta a una consulta efectuada por la municipalidad de Villarrica, al haber sido objeto de un pronunciamiento por parte de Contraloría, fijó un criterio a nivel nacional provocando que tal medida pueda ser solicitada por los nueve pueblos originarios reconocidos en la Ley Indígena⁴³⁶.

El razonamiento del ente contralor al elaborar tal dictamen, se basó en el artículo 3°, letra c), de la Ley N° 18.695, señalando que en el ámbito de su territorio le corresponde a las municipalidades, como una de sus funciones privativas⁴³⁷, la promoción del desarrollo comunitario y, según su artículo 4°, letra a), desarrollar, directamente o con otros órganos de la administración del Estado, funciones relacionadas con la educación y la cultura.

⁴³⁵ CHILE. Contraloría General de la República. Ob. Cit. (nota 384, letra a)).

⁴³⁶ Para mayor información sobre la Ley Indígena, ver punto 2.4. del capítulo II, de este trabajo.

⁴³⁷ Definidas en el punto 3.1.5. del capítulo III.

A continuación, expuso el artículo 1° de la Ley N° 19.253⁴³⁸, que reconoce las principales etnias indígenas de Chile (pueblos) y establece el deber de la sociedad y del Estado, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines; y el artículo 7° del precitado texto legal, que señala que el Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, las buenas costumbres y al orden público, siendo dable agregar que el artículo 28 de la ley, dispone que para la promoción de las expresiones artísticas y culturales -entre otras finalidades de la norma-, deberá involucrarse a los gobiernos regionales y municipalidades.

El órgano contralor consideró también, que el Convenio 169 previene en su artículo 2, N° 1, que “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad 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”, agregando su N° 2, letra b), que dicha acción deberá incluir medidas “que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones”.

⁴³⁸ Ob. Cit. (nota 436).

En ese contexto, el artículo 5, letra a), del mismo instrumento, precisa que al aplicar las disposiciones de ese convenio deberán “reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente.”.

Del análisis de la normativa expuesta, Contraloría concluyó que “las municipalidades pueden establecer las modalidades de participación de la etnia mapuche, dentro de su territorio jurisdiccional, de manera de reconocer y fomentar la expresión de sus valores, cultura y tradiciones”, de lo que se desprende que “les está permitido disponer el uso de la bandera, emblema o escudo de ese pueblo en actos o ceremonias que realicen las reparticiones de esas corporaciones, si ello, a juicio del municipio respectivo, constituye un elemento significativo de manifestación cultural de dicha etnia”.

Si bien este caso, no conlleva procedimiento de consulta asociado, mediante su exposición el lector ha podido apreciar un tipo de medida municipal que causa una afectación directa y positiva a los pueblos indígenas de una comuna, la cual, dentro de un contexto de participación más amplio que la consulta, fue solicitada directamente por comunidades mapuche del sector⁴³⁹ y

⁴³⁹ El presente caso se origina en el reclamo realizado por la Asociación Mallolafken de Villarrica, que planteó la exigencia de izar la bandera mapuche en los edificios públicos, con ocasión de la entrada en vigor del Convenio 169 de la OIT, el día 15 de septiembre de 2009. Ante el desacato municipal, las comunidades hicieron ocupación pacífica del edificio municipal, luego, el Alcalde formuló una consulta a Contraloría General de la República la que respondió con el Dictamen N°22.247 del 28 de abril de 2010. CHILE. Contraloría General de la República. Ob. Cit. (nota 384, letra a)).

representada por el municipio de Villarrica ante el órgano Contralor. Respecto a este tipo de casos, en que las exigencias se originan desde los mismos pueblos originarios, de acuerdo a lo señalado por Mauricio Llaitul⁴⁴⁰, no sería necesario el "proceso de consulta, porque la petición salió directamente de los pueblos indígenas, el proceso de consulta se genera cuando el Estado unilateralmente dicta una medida administrativa susceptible de afectarlos, pero esto nació de las organizaciones indígenas de la comuna" y se gestionó de forma conjunta con los interesados, luego en este tipo de casos, tenemos que falta uno de los presupuestos necesarios para generar un procedimiento de consulta previa, esto es, la generación unilateral de parte del Estado de una medida administrativa.

4.3.4.2. Caso co-oficialización del idioma mapudungun en Galvarino.

El segundo caso lo encontramos en la ordenanza municipal dictada en la comuna de Galvarino, que establece la co-oficialización del idioma mapudungun en toda la comuna⁴⁴¹, principalmente en los espacios públicos y

⁴⁴⁰ Ver Anexo N° 5.

⁴⁴¹ Ver: HENRÍQUEZ PERÁN, Silvana.2015. Concejo Municipal aprueba ordenanza que Co oficializa el Mapudungun. [en línea]. Municipalidad de Galvarino. 12 de Febrero de 2015. <<http://www.galvarinochile.cl/webv2/?p=12247>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

en órganos del Estado, privados que trabajen con recursos públicos, y en especial en las comunicaciones con comunidades mapuche; asimismo, estableció la obligatoriedad al fomento de tal idioma. La mencionada ordenanza se enmarca dentro de los límites de la legalidad de acuerdo al pronunciamiento emitido por Contraloría General de la República⁴⁴².

El dictamen de Contraloría se produjo en razón de un requerimiento realizado por la Municipalidad de Galvarino, quien solicitó un pronunciamiento para que se determinara si era procedente que dicha corporación, a través de una ordenanza, estableciera que el mapudungun, propio del pueblo mapuche, sea lengua oficial junto al idioma castellano en esa comuna⁴⁴³.

Ante tal requerimiento, el órgano Contralor razonó en base al artículo 1° de la Constitución Política, indicando que el "Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común", y que uno de los deberes del Estado es "el de promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional", indicó también que el artículo 19, N° 2, de la Carta Fundamental, contempla el principio de igualdad ante la ley, ordenando, en su inciso segundo, que ni ésta ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

⁴⁴² CHILE. Contraloría General de la República. Ob. Cit. (nota 384, letra b)).

⁴⁴³ Para mayor información recomendamos ver: MUNICIPALIDAD DE GALVARINO. Ob. Cit. (nota 405).

En este mismo sentido, expresó que el Convenio 169 en su artículo 2°, números 1 y 2, letra b), se establece que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los sus derechos y a garantizar el respeto de su integridad y al efecto, incluir medidas que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones. Asimismo, el artículo 28, número 3, prescribe que deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

En el orden interno, Contraloría citó los artículos 1° y 7° de la Ley N° 19.253, destacando el artículo 28, letra a), de dicho texto, conforme a cuyo tenor el reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas contempla el uso y conservación de esas lenguas, junto al español, en las áreas de alta densidad indígena, condición que precisamente posee la comuna de Galvarino, la cual forma parte de un territorio que, en aplicación del artículo 26 de ese ordenamiento, ha sido declarado “área de desarrollo indígena”, a través del Decreto N° 168, de 2004, del entonces Ministerio de Planificación y Cooperación. En concordancia con lo anterior, indicó que la Ley General de Educación, N° 20.370, contempla el principio de interculturalidad

ordenando en su artículo 3º, letra l), que el sistema debe reconocer y valorar al individuo en su especificidad cultural y de origen, considerando su lengua, cosmovisión e historia⁴⁴⁴.

En cuanto al área normativa municipal, indicó que el artículo 3º, letra c), la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, preceptúa que corresponderá privativamente a estas corporaciones la promoción del desarrollo comunitario; y que el artículo 4º, letras a) y l), de la misma ley, previene que los municipios en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la administración del Estado, funciones relacionadas con la educación y la cultura, y actividades de interés común en el ámbito local y para tales efectos, al tenor de su artículo 5º, letra d), podrán dictar resoluciones obligatorias con carácter general, las cuales, cuando son aplicables a la comunidad se denominan ordenanzas, conforme al artículo 12.

Por su parte, en el artículo 93 de dicho texto legal se dispone que cada municipalidad deberá establecer en una ordenanza las modalidades de participación de la ciudadanía local⁴⁴⁵, teniendo en consideración las características singulares de cada comuna, pudiendo atender a cualquier

⁴⁴⁴ Contraloría General de la República en el mismo caso dictaminó que "el reconocimiento de un idioma no se encuentra dentro de los asuntos que han sido regulados por el constituyente. Además, no existe en el ordenamiento jurídico nacional disposición general alguna que establezca el castellano como lengua oficial para todos los efectos legales, sin perjuicio de que determinadas leyes demandan ese idioma tratándose de actos o situaciones específicas".

⁴⁴⁵ Recordemos lo señalado en esta memoria sobre la participación ciudadana en el punto 3.2. , capítulo III.

elemento que en opinión del municipio, requiera una expresión o representación específica dentro de la comuna, para cuyo efecto es relevante recurrir al lenguaje como un elemento esencial para la determinación de las instancias y modalidades de participación.

Ahora bien, al tenor de las disposiciones normativas señaladas, atendido que el castellano y el mapudungun son utilizados indistintamente por los habitantes del territorio de esa comuna, y considerando que respecto de todos ellos el Estado debe proveer a su mayor realización espiritual y material, para Contraloría no resultó admisible considerar que los pueblos originarios no puedan usar en iguales condiciones sus respectivas lenguas; concluyendo, de esta forma, que "es posible sostener que la Municipalidad de Galvarino cuenta con atribuciones para regular la inclusión del idioma mapudungun como lengua oficial, junto con el castellano, en el ámbito de las actividades municipales, lo cual provee a satisfacer las necesidades de la comunidad local, en condiciones de igualdad atendida la composición étnica de esa comuna, como asimismo, al cumplimiento de sus funciones inherentes al desarrollo social y cultural de ésta última"^{446 447}.

⁴⁴⁶ Ver: LIWEN ÑI MAPU & ASOC. 2014. Resolución que oficializa el Mapudungun es valorada por organizaciones mapuche. [en línea]. LIWEN ÑI Mapu & Asoc. Colectivo red de noticias e información sobre pueblos indígenas y derechos humanos. 23 de Junio 2014. <<http://liwenmapu.wordpress.com/2014/06/23/chile-2014-resolucion-que-oficializa-el-mapuzungun-es-valorada-por-organizaciones-mapuche/>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]; y MAPUEXPRESS. 2013. Mapudungun, por Ordenanza Municipal es lengua Co-Oficial con el castellano en la Comuna de Galvarino. [en línea] Mapuexpress.org. 9 de Agosto 2013. <<http://www.mapuexpress.net/content/news/print.php?id=10761>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

Al igual que el ejemplo precedente, este caso no conlleva procedimiento de consulta asociado, no obstante, mediante su exposición el lector puede apreciar otro tipo de medida municipal que causa una afectación directa y positiva a los pueblos indígenas de una comuna, la cual, dentro de un contexto de participación más amplio que la consulta, fue solicitada directamente por organizaciones mapuche del sector⁴⁴⁸ y representada por el municipio de Galvarino ante el órgano Contralor.

⁴⁴⁷ Siguiendo este ejemplo de medida municipal, encontramos a la Municipalidad de Padre Las Casas, para mayor información ver:
ACUÑA, Patricia. 2014. Declaran oficialmente el mapudungun como segunda lengua en Padre Las Casas. [en línea]. Biobiochile.cl. Martes 21 de Octubre de 2014. < <http://www.biobiochile.cl/2014/10/21/declaran-oficialmente-el-mapudungun-como-segunda-lengua-en-padre-las-casas.shtml>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁴⁴⁸ La co-oficialización del mapudungun en Galvarino fue también el resultado de diferentes esfuerzos, entre ellos, de la Red por los Derechos Educativos de los Pueblos indígenas de Chile, del Consejo Territorial Mapuche de la Comuna de Galvarino y el Partido Mapuche en formación Wallmapuwen INSTITUTO WILLICHE. [s.a.] Mapudungun, por Ordenanza Municipal es lengua Co-Oficial con el castellano en la Comuna de Galvarino. [en línea]. <<http://www.institutowilliche.cl/mapudungun-por-ordenanza-municipal-es-lengua-co-oficial-con-el-castellano-en-la-comuna-de-galvarino/>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

Igual iniciativa, se ha seguido por distintas comunas y organizaciones mapuche con el fin de co-oficializar el mapudungun en la Región de la Araucanía.
ACUÑA, Patricia. 2015. Convocan a marcha en Temuco para co-oficializar lengua mapudungún en La Araucanía [en línea]. Biobiochile.cl. Martes 17 de Febrero de 2015. <<http://www.biobiochile.cl/2015/02/17/convocan-a-marcha-en-temuco-para-co-oficializar-idioma-mapudungun-en-la-araucania.shtml>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

4.3.4.3. Caso proceso de licitación pública en Lonquimay.

En este caso la Comunidad indígena Huallenmapu, interpuso un recurso de protección en contra de la Ilustre Municipalidad de Lonquimay⁴⁴⁹, por establecer un proceso de licitación pública, en abierta e ilegal vulneración a lo establecido en el Convenio 169, a través del portal web www.mercadopublico.cl; ello, debido a que dicha comunidad no fue consultada de forma legal respecto del proceso de licitación, el cual incidía de forma directa y permanente en sus tierras.

Expuso la recurrente que, con fecha 29 de Marzo de 2012, la recurrida, a través del portal electrónico www.mercadolibre.cl, publicó un proceso de licitación de construcción de abasto y agua potable para su comunidad, ID N° 4050-32-LP12. Agregando que en dicho proceso no se estipuló un mecanismo de participación real, relevante y oportuno a las comunidades indígenas beneficiarias con los proyectos, exigencia que debía estar presente en forma expresa tanto en las bases administrativas, como en los antecedentes de la

⁴⁴⁹ CHILE. Corte de Apelaciones de Temuco. N°Proteccion-461/ 2012. Sentencia en causa sobre Recurso de Protección de 10 de Julio de 2012. [en línea]. <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=1&COD_Opcion=1&COD_Corte=50&CRR_IdTramite=7603389&CRR_IdDocumento=6433753>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

licitación, en este caso, el "Programa de Abasto de Agua Potable" elaborado por la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo (SUBDERE).

Igualmente, se señaló que la comunidad estaba compuesta por 120 familias que habitan los territorios donde se pretendía ejecutar el proyecto referido, teniendo los esteros una importancia vital para el desarrollo de las mismas, desde el punto de vista productivo y de nivel de vida, por cuanto la mayoría de sus miembros no cuentan con agua potable para sus actividades cotidianas. Además, los cauces que son materia del proceso de licitación tienen la calidad de "Pitranto"⁴⁵⁰, puesto que son precisamente en tales cauces donde se recrea y mantiene la naturaleza; de esta manera, el Pitranto cumple un papel fundamental en su sistema de creencias, tradiciones y vida religiosa, por lo que su utilización sin su consentimiento altera significativamente el sistema de vida y costumbre de la comunidad.

Por su parte, la recurrida se defendió alegando falta de legitimación pasiva, pues los supuestos vicios esgrimidos tendrían relación no con lo obrado por la Municipalidad, sino por la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, en el marco del Programa de Abasto de Agua Potable. De

⁴⁵⁰ Los pitrantos, hualves o hualhues, son los humedales boscosos de agua dulce que sustentan vegetación boscosa hidrófila.
CORREA-ARANEDA, Francisco, URRUTIA, Jonathan y FIGUEROA, Ricardo. 2011. Estado del conocimiento y principales amenazas de los humedales boscosos de agua dulce de Chile. [en línea]. Scielo. Revista chilena de historia natural. v. 84, N° 3, Septiembre de 2011. ISSN 0716-078X <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-078X2011000300002&lng=es&nrm=iso>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

conformidad a su planteamiento, el municipio sólo llamó a licitación según las bases elaboradas por ese organismo, además, en diversos párrafos de las bases se indicó que la SUBDERE era la encargada de planificar, coordinar y controlar el desarrollo técnico y financiero del programa. Asimismo, señaló que el recurso es improcedente, dado que existe un procedimiento especial de reclamación en estos procesos, el cual la comunidad debía haber utilizado, estando regida “la municipalidad sólo por la Ley de Compras y la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades”.

La Corte de Apelaciones de Temuco, antes de entrar al fondo del asunto, dejó establecido que los “Estados tienen las obligaciones de respetar los derechos y garantizarlos. (...) No basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ximenes Lopes, 4 /7/2006)”; y que "respecto de la obligación de garantizar los derechos, dicha Corte (...) ha señalado que esta obligación no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una

conducta gubernamental que asegure la existencia en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”⁴⁵¹.

Luego, procede a aclarar que “no importa que existan frente a la administración variados procedimientos específicos de reclamación; pues la protección, no sólo es una acción constitucional que prima sobre toda otra de origen legal, sino que ella es sin perjuicio de otras que existan; es decir la víctima del agravio es quien escogerá, en virtud de su derecho fundamental a la acción y de acceso a la jurisdicción, que vía procesal es la mejor la protege y ampara”; estableciendo además, que “tampoco puede declararse improcedente o no dar lugar al recurso por falta de legitimación pasiva, pues lo que se ataca en el objeto del recurso es la licitación que hizo la recurrida y no una SUBDERE u otro organismo”⁴⁵².

Así las cosas, para la Corte es obvio que el recurrente y la comunidad indígena tienen interés en participar en las decisiones (medidas) de la autoridad que puedan afectarles ya que son ellos en definitiva quienes nacen, se desarrollan, viven, se alimentan, sueñan y entierran a sus deudos, en las tierras aludidas en el recurso. Por ello es claro que “la publicación de llamado a licitación- objeto del recurso- es en toda su magnitud una medida administrativa, como lo señala el Convenio 169, puesto que emana de un

⁴⁵¹ Considerando segundo.

⁴⁵² Considerando tercero.

órgano de la administración del Estado que sin duda puede afectar directamente a la recurrente”⁴⁵³ Además, durante la tramitación del proceso, Contraloría General de la República, a propósito del objeto del recurso, indicó que “revisados los antecedentes no se acreditó por ese Municipio la observancia del correspondiente proceso de consulta, antes de proceder a efectuar los llamados licitatorios de que se trata, por lo que ese servicio en lo sucesivo deberá tener en consideración la normativa de participación de los pueblos indígenas interesados”.

En razón de lo expuesto, la Corte acogió el recurso de protección y dejó sin efecto todo el proceso de publicación y de licitación, ordenando a la recurrida que para el caso de volver a iniciar el proceso, debe realizar el trámite de consulta, tal como lo prevé el Convenio 169, tomando todas las medidas pertinentes para dicho trámite de consulta sea cumplido en su cabalidad.

4.3.5. Aplicación de las disposiciones sobre transporte y tránsito público.

Es una función privativa de las municipalidades consistente en aplicar las disposiciones sobre transporte y tránsito público dentro de la comuna, en la forma que determinen las leyes y las normas técnicas de carácter general que

⁴⁵³ Considerando cuarto.

dicte el ministerio respectivo. De conformidad al artículo 3°, letra d), y al artículo 26 de la Ley Número 18.695, comprende el otorgamiento y renovación de las licencias para conducir vehículos, la determinación del sentido de circulación de vehículos, la señalización de las vías públicas y la aplicación de todas las normas generales sobre transporte y tránsito público. La unidad encargada en los municipios para el desarrollo de esta función es la Dirección de Transporte y Tránsito Públicos.

Aún cuando no tengamos casos que ejemplifiquen esta función, creemos que un punto importante a tener en consideración -en un contexto amplio de participación-como medida susceptible de afectar a pueblos indígenas, es la forma en que se instala la señalética en la comuna, en cuanto al idioma o idiomas que contenga, proponiendo que en las comunas donde exista un número importante de pueblos originarios la señalética debiera estar, a lo menos, en dos idiomas: el castellano y el idioma preponderante del pueblo indígena. De igual forma, consideramos necesario que, en estas mismas comunas, el examen escrito para la obtención de la licencia de conducir se encuentre escrito en los idiomas antes mencionados.

4.3.6. Aplicación de las disposiciones sobre construcción y urbanización.

La unidad municipal encargada de aplicar las disposiciones sobre construcción y urbanización es la Dirección de Obras Municipales (artículos 3º, letras e) y c), y 24 de la Ley N° 18.695), pues tiene a su cargo el plan regulador comunal y el cumplimiento de las normas de la Ley de Urbanismo y Construcciones, y su Ordenanza, en la comuna. Ello significa que compete a tal Dirección adoptar medidas tales como: autorizar toda nueva construcción, sea de edificios o infraestructura, fiscalizar su realización y recepcionarla definitivamente, dar aprobación a las fusiones, subdivisiones y modificaciones de deslindes de predios y fiscalizar las obras en uso.

Además de las funciones consignadas anteriormente, el artículo 24 de la Ley Orgánica Municipal ordena a la Dirección de Obras Municipales aplicar las normas legales y técnicas para prevenir el deterioro ambiental y proponer y ejecutar medidas relacionadas con la vialidad urbana y rural, la construcción de viviendas sociales e infraestructuras sanitarias y apoyar en la prevención de riesgos y prestación de auxilio en casos de emergencia.

Teniendo ya claro lo esencial de esta función, examinaremos algunos casos relacionados con la misma, a fin de ejemplificar como las medidas

adoptadas en esta área pueden ser consideradas de aquellas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas de Chile.

4.3.6.1. Caso actos dañinos en Cerro Colo-Colo.

En este caso encontramos un Recurso de Protección⁴⁵⁴ deducido por la Comunidad Indígena Chilcoco en contra de la Ilustre Municipalidad de Arauco y su Concejo Municipal, por la realización de actos dañinos en el monumento histórico denominado Cerro Colo-Colo. Al resolver el recurso, la Corte de Apelaciones de Concepción procedió a impugnar la tala de árboles realizada por la Municipalidad de Arauco, debido a que no consultó de forma previa a las comunidades indígenas del sector, siendo ello necesario al tratarse de una medida municipal con afectación directa al pueblo mapuche, ello, porque los árboles cortados cayeron encima de símbolos propios de la cultura, de gran importancia en el desarrollo y mantención de sus tradiciones, con lo cual se vulneraron brutalmente sus derechos⁴⁵⁵.

De acuerdo a lo informado por la municipalidad, el sector donde se hizo la tala presentaba falta de solidez en sus terrenos y sólo una porción del mismo

⁴⁵⁴ CHILE. Corte de Apelaciones de Concepción. Rol N° 289/2010. Sentencia de 10 de Agosto de 2010. [en línea]. <<http://www.mapuche.info/?kat=8&sida=822>> [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Se hace presente que esta sentencia no fue apelada.

⁴⁵⁵ Nuevamente, remitirse a lo desarrollado respecto a la afectación directa, expuesto en el punto 4.1.2. de este capítulo.

correspondía a lo declarado como Monumento Histórico, agregando que “producto del reciente terremoto (aquel ocurrido el 12 de febrero de 2010), el cerro sufrió daños consistentes en derrumbes y deslizamientos en sus laderas, cayendo un árbol sobre una camioneta, presentando los vecinos una solicitud en que manifestaban la necesidad urgente de intervenir el lugar, lo que (se) llevó a efecto dada la urgencia de la situación”. Hace presente además que la LOC de Municipalidades la faculta para desarrollar actividades de prevención de riesgos y la prestación de auxilio en situaciones de emergencia o catástrofe, y que en sus artículos 5° letra c) y 63 letra f), establece que es al Alcalde a quien corresponde administrar los bienes municipales y nacionales de uso público de la comuna.

El gobierno comunal reconoció que no se efectuó la consulta a los pueblos indígenas, pero se justificó en la imposibilidad material de llevar adelante la consulta a diez comunidades, (ya que no existe una (organización) de carácter comunal, lo cual, “en otras ocasiones, ha originado problemas que han dificultado la reunión de la totalidad (de las organizaciones) y, aún más, lograr acuerdos de consenso con todas ellas”.

Junto con las normas sobre consulta -a las que da aplicación-, la Corte de Concepción adujo el artículo 13 del Convenio, que dispone el deber de los gobiernos de “respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y

territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera”⁴⁵⁶. Además, desechó el argumento de la municipalidad sobre la celeridad con que debía actuarse y que habría impedido llevar adelante la consulta, en los siguientes términos: “que si bien es cierto que a raíz del reciente terremoto de febrero pasado fue menester adoptar diferentes medidas de emergencia, no lo es menos que en el particular caso en estudio el respectivo contrato de servicio por corte, extracción y transporte de árboles fue aprobado solo el 15 de mayo de 2010 (...), previa la realización de incontables diligencias destinadas a recabar los necesarios informes y autorizaciones, lo que hace incomprensible que no se haya desplegado conducta alguna tendiente a consultar a los pueblos indígenas interesados”⁴⁵⁷.

De esta manera, la Corte concluyó que se “ha vulnerado el derecho a la integridad síquica de los recurrentes, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural conduce a una sensación de falta de respeto a su identidad social, a sus costumbres y tradiciones, así como a la conservación de las características propias de su etnia, produciendo naturalmente desazón y gran preocupación, que llevan a concluir que se ha conculcado” su derecho a la integridad física y síquica;⁴⁵⁸ razón por la cual

⁴⁵⁶ Considerando séptimo.

⁴⁵⁷ Considerando noveno.

⁴⁵⁸ EL CONVENIO 169 DE LA OIT y el Derecho Chileno. Mecanismos y Obstáculos para su implementación. Ob. Cit. (nota 95). Pág. 215

acogió el recurso deducido en contra de la I. Municipalidad de Arauco, y la obligó a consultar a la Comunidad Indígena recurrente, en forma previa a continuar los trabajos de intervención al Cerro Colo-Colo⁴⁵⁹.

4.3.7. Aseo y ornato de la comuna.

La función de aseo y ornato tiene por objetivo procurar el aseo de los espacios públicos, la adecuada recolección y disposición de las basuras, las áreas verdes y la contribución al mejoramiento del medio ambiente de la comuna, en virtud de la LOC de Municipalidades y en conformidad con el Plan de Desarrollo Comunal, la Misión Municipal y la Planificación Estratégica Comunal.

De acuerdo al artículo 25 de la Ley N° 18.695, a la Dirección encargada de la función de medio ambiente, aseo y ornato le corresponde velar por:

- a) El aseo de las vías públicas, parques, plazas, jardines y, en general, de los bienes nacionales de uso público existentes en la comuna;
- b) El servicio de extracción de basura;

⁴⁵⁹ Hacemos presente que el recurso en contra del Honorable Concejo Municipal de Arauco fue rechazado, debido a que el mismo carece de legitimación pasiva, por cuanto la responsabilidad por la administración de los bienes municipales es del Alcalde y no del Concejo.

- c) La construcción, conservación y administración de las áreas verdes de la comuna;
- d) Proponer y ejecutar medidas tendientes a materializar acciones y programas relacionados con medio ambiente;
- e) Aplicar las normas ambientales a ejecutarse en la comuna que sean de su competencia, y
- f) Elaborar el anteproyecto de ordenanza ambiental.

En este contexto, la estructura municipal de la Dirección de Medio Ambiente, Higiene y Ornato comúnmente se subdivide en distintos departamentos u oficinas, tales como: Departamento de Aseo, Departamento de Ornato, Departamento de Medio Ambiente, etc.; siendo algunas de las labores que realiza el Departamento de Aseo las siguientes:

- Barrido de avenidas, calles y calzadas de uso público existente en la comuna.
- Servicio de extracción de basuras domiciliarias de todo el sector urbano y rural de la comuna.
- Ejecutar y controlar el oportuno retiro de los microbasurales clandestinos.
- Atender emergencias de aseo, tales como diseminación de sólidos en vías, retiro de barricadas producto de protestas y/o tomas, etc.

En cuanto al Departamento de Ornato, le corresponde entre otras labores:

- Fiscalizar la mantención de áreas verdes públicas de la comuna a través de la supervisión de contratos de mantención a cargo del Departamento.
- Hacer cumplir la Ordenanza de Ornato de la Comuna.
- Administración y coordinación del Programa relacionados con el ornato municipal. A vía de ejemplo, tenemos la Arborización Urbana dirigido por la Corporación Nacional Forestal (CONAF) y la municipalidad respectiva, cuyo objetivo es realizar la plantación de árboles en la comuna.
- Limpieza, poda y desmalezado en la comuna.
- Recepción de áreas verdes entregadas por constructoras y/o entidades privadas.
- Administración del Proyecto Programa Mejoramiento Urbano y equipamiento comunal (PMU).
- Construcción y recuperación de espacios públicos en la comuna para responder a requerimientos de la comunidad.

Respecto a esta función, si bien no tenemos casos que hayan sido objetos de algún pronunciamiento por parte de Contraloría o de los Tribunales de Justicia, expondremos brevemente un tema que es preocupante en distintas

comunas del país y que dice relación con los basurales⁴⁶⁰ en o cerca de territorios de pueblos indígenas, especialmente mapuche en la novena región, tal como lo expresó doña Elisa Millanao, Presidenta de la Comunidad Indígena Jerónimo Melillán de la Comuna de Temuco, en entrevista realizada en el marco de la presente memoria.

4.3.7.1 El racismo ambiental.

Hacemos presente antes de continuar, que en la actualidad no es común que las municipalidades se aboquen por sí mismas a la creación de rellenos sanitarios o vertederos, o la autorización de los mismos⁴⁶¹, sino que

⁴⁶⁰ Un basural es un lugar en el que se disponen residuos ya sea en forma espontánea o programada, sin ningún tipo de control ambiental.

Un vertedero es un lugar de disposición de residuos que fue planificado para ese uso, pero que, comúnmente no cuenta con las medidas sanitarias mínimas establecidas en el Decreto Supremo 189/2005. Por esta razón, en general, es foco de problemas ambientales

Un relleno sanitario es un sitio de disposición de residuos sólidos que ha sido impermeabilizado en la base, donde la basura se deposita en forma ordenada, es compactada y recibe cobertura diaria, y los percolados o líquidos lixiviados y gases son recolectados, canalizados, tratados y monitoreados. Cumple con la normativa ambiental y sectorial requerida.

La estación de transferencia es una alternativa cuando se necesita transportar los residuos sólidos en distancias muy largas hasta el relleno sanitario y así hacer posible una disminución de los costos de transporte. En la estación de transferencia los residuos sólidos son descargados desde los camiones recolectores compactadores a grandes contenedores que luego son transportados en camiones especiales a los rellenos sanitarios. Fuente:

ASOCIACIÓN DE MUNICIPIOS DE LOS RÍOS. [s.a.] Preguntas. [en línea]. Asociación de Municipalidades para el Manejo Integral de Residuos Sólidos de la Región de Los Ríos. <<http://www.asociacionlosrios.cl/preguntas.php#pregunta-5>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁴⁶¹ De conformidad al artículo 10 de la Ley N° 19.300 “Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes: (...) o Proyectos de saneamiento ambiental, tales como sistemas de alcantarillado y agua potable, plantas de tratamiento de aguas o de residuos sólidos de origen

ellas, a través de sus licitaciones, contratan la prestación de dichos servicios, así como la recolección de los residuos domiciliarios y no domiciliarios de la comuna; no obstante, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 3°, letra o.5) del Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental⁴⁶², estas corporaciones podrían instalar y/o autorizar en sus respectivos territorios rellenos sanitarios o estaciones de transferencia que atiendan a una población menor de cinco mil (5.000) habitantes⁴⁶³, ya que las mismas no necesitan Resolución de Calificación Ambiental⁴⁶⁴.

Ahora bien, para abordar este punto, debemos tener claro que las miles de toneladas de basura que genera el país anualmente se debe a la expansión y desarrollo de las ciudades, y que, ello implica múltiples impactos ambientales, sociales, culturales, sanitarios y económicos, especialmente en las familias más

domiciliario, rellenos sanitarios, emisarios submarinos, sistemas de tratamiento y disposición de residuos industriales líquidos o sólidos”. Por tanto, la autorización para instalar una planta de tratamiento de residuos sólidos de origen domiciliario, así como un relleno sanitario, será dada a través de una Resolución de Calificación Ambiental emitida por el Servicio de Evaluación Ambiental.

⁴⁶² CHILE. Ministerio de Medio Ambiente. 2013. Decreto Supremo N° 40, que aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. 12 de Agosto de 2013.

⁴⁶³ MUNICIPALIDAD DE PANGUIPULLI, Secretaria Municipal. 2012. Acta N° 009 de sesión extraordinaria de Concejo Municipal. [en línea]. Municipalidad de Panguipulli. 8 de Marzo de 2012. <<http://www.panguipullitransparente.cl/web/actas2012/Acta%20N%C2%B0%20009%20del%2008-03-12.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁴⁶⁴ D.S. N° 40, artículo 3 “Tipos de proyectos o actividades. Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, son los siguientes: (...) o.5. Plantas de tratamiento y/o disposición de residuos sólidos de origen domiciliario, rellenos sanitarios, estaciones de transferencia y centros de acopio y clasificación que atiendan a una población igual o mayor a cinco mil (5.000) habitantes”.

vulnerables del país, surgiendo así un nuevo foco de conflicto entre el Estado y los pueblos originarios: el llamado racismo ambiental⁴⁶⁵.

El racismo ambiental es una violación a los derechos humanos y lo podemos definir como “una forma de discriminación causada por gobiernos y políticas del sector privado, prácticas, acciones o inacciones, que intencionalmente o no, agreden el ambiente, la salud, biodiversidad, la economía local, la calidad de vida y seguridad en comunidades, trabajadores, grupos e individuos, basado en clase, color, género, casta, etnicidad y/o su origen nacional”⁴⁶⁶. “El racismo ambiental es una forma de discriminación ocasionada por las políticas públicas o privadas, y que se manifiesta en la intención de que los costos ambientales sean asumidos por un grupo determinado de la población o en la exclusión manifiesta de este grupo en la toma de decisiones que afectan sus vidas”⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ MEZA-LOPEHANDÍA G., Matías. 2007. El Racismo Ambiental en Chile. [en línea] Revista de Historia Social y de las Mentalidades. On-line ISSN 0717-5248. Departamento de Historia Universidad de Santiago de Chile. <<http://www.rhistoria.usach.cl/sites/historia/files/212-514-1-sm.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁴⁶⁶ El concepto de racismo ambiental nace en Estados Unidos de Norte América, al estudiar la relación de la contaminación y la población de color. La discusión más extensa de este concepto se desarrolló en los documentos preparatorios para la Conferencia Mundial sobre Racismo, la Xenofobia, la Intolerancia y la Discriminación que realizó Naciones Unidas en Sudáfrica en Agosto de 2002. Fuente: RAMIREZ MIR, Javier. 2011. Violencia y Racismo Ambiental en Argentina. Resistencia y Movilización de los pueblos indígenas en el Chaco. Etnografía Wichi del conflicto. [en línea]. Editorial Académica Española.<http://www.academia.edu/2090609/Violencia_y_racismo_ambiental_en_Argentina_Resistencia_y_movilizaci%C3%B3n_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_en_el_Chaco_Etnograf%C3%ADa_wich%C3%AD_del_conflicto>. Cap%C3%ADtulo Antropolog%C3%ADa de la violencia>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 199.

⁴⁶⁷ SEGUEL H., Alfredo. 2003. Basurales en comunidades Mapuche: un conflicto Latente en la región de la Araucanía. [en línea]. Santiago, Corporación Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales. <<http://www.olca.cl/oca/informes/basurales.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 25.

Analizando dicho concepto, la existencia de basurales en o cerca de comunidades indígenas, especialmente mapuche en la Región de La Araucanía, no es una coincidencia ni una acción fortuita, sino que forma parte de un comportamiento social y político, y revela la histórica relación del Estado chileno hacia los pueblos indígenas⁴⁶⁸. Ello explica también por qué hoy los basurales se sitúan mayoritariamente en medio de comunidades mapuche de la IX Región, y en algunos casos, en sectores cercanos a poblaciones de campesinos pobres, donde habitan numerosas familias. Frente a este panorama son ellos los que deben soportar la contaminación al lado de sus viviendas, de sus caminos vecinales, en sus predios agrícolas y ganaderos, en sus escuelas, en sus lugares sagrados o de culto, y la contaminación de sus recursos naturales, como el agua y bosques⁴⁶⁹.

La existencia de esta situación fue motivo de preocupación por parte del Comité para la Prevención de la Discriminación Racial el año 2009, el que a propósito de este tema indicó al Estado⁴⁷⁰ “no escatimar esfuerzos

⁴⁶⁸ Ver capítulo preliminar, letra C de esta memoria.

⁴⁶⁹ Basurales como los de Galvarino, Gorbea, Imperial, Loncoche, Melipeuco, Perquenco, Pitrufrquén, Pucón, Saavedra, Teodoro Schmidt, Temuco, Vilcún, Villarrica, Ercilla, Los Sauces, Lumaco, Purén Lautaro, se sitúan al interior, adyacentes o muy cercanos a comunidades Mapuche. Otros, como los de Cunco, Freire Traiguén, por ejemplo, se sitúan cercanos a poblaciones de campesinos chilenos pobres. SEGUEL H., Alfredo. Ob. Cit. (nota 467). Pág. 26 y 27.

⁴⁷⁰ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2013. Informe misión de observación Araucanía 2013. Proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas Mapuche. [en línea]. <http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/informe_mision_de_observacion_indh_proyectos_de_inversion_territorio_mapuche.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 31.

tendientes a desarrollar una política específica, conforme a los estándares internacionales, para solucionar los impactos ambientales que afecten a los pueblos indígenas". Para este fin, el Comité recomendó que se efectúen con regularidad estudios científicos de evaluación, y que "el Estado parte revise su legislación sobre la tierra, el agua, las minas y otros sectores para evitar que puedan entrar en conflicto con las disposiciones de la Ley Indígena N° 19.253", así como, "garantizar que primará el principio de protección de los derechos de los pueblos indígenas por encima de los intereses comerciales y económicos". En este marco, el Comité exhortó al Estado "a tomar medidas inmediatas para resolver el problema de los basurales que fueron instalados en las comunidades mapuche sin su consentimiento previo". Por su parte, el INDH también ha manifestado su preocupación por "las condiciones sanitarias de funcionamiento de establecimientos educacionales y de atención de salud que se encuentran en los sectores inmediatamente aledaños a los vertederos"⁴⁷¹.

En cuanto a los vertederos de uso municipal, comúnmente ellos no cuentan con autorización sanitaria para su funcionamiento, por lo tanto constituyen verdaderos vertederos ilegales. Las alternativas de solución para estos casos son: regularizar su situación ante la autoridad correspondiente mediante la presentación de un proyecto o cerrarlo definitivamente; sin perjuicio de las acciones señaladas, también el empleo de ordenanzas

⁴⁷¹ *Ibíd.*

municipales podría ser considerada como una poderosa herramienta de gestión local para reducir o trata de eliminar dichos vertederos, sin embargo estas pueden ser poco efectivas si no se proporcionan todos los recursos necesarios, por ejemplo para su fiscalización. En suma, si el tema de la basura no es visto como algo prioritario, y las medidas a adoptar son insuficientes o menores, la comunidad se sentirá frustrada y será menos receptiva a participar ante posibles soluciones a la problemática⁴⁷².

Frente a estos casos, estimamos que los municipios debiesen, conjuntamente con los pueblos indígenas, idear estrategias a seguir, con la finalidad de eliminar este tipo de discriminación, ya que entre sus funciones privativas de aseo y ornato de la comuna, tienen la obligación de controlar el oportuno retiro de los microbasurales clandestinos⁴⁷³, además les corresponde, en el orden sanitario, proveer a la limpieza y a las condiciones de seguridad de

⁴⁷² CONAMA, Gobierno de Chile. 2001. Eliminación de Vertederos Ilegales. [en línea] <http://www.sinia.cl/1292/articles-31698_recurso_4.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁴⁷³ Para Contraloría la función de aseo y ornato que la ley ha entregado a los municipios, en relación con los bienes nacionales de uso público que administra, constituye una función propia y especial de esas entidades comunales, correspondiéndole su cumplimiento de manera exclusiva y excluyente (aplica dictámenes N°s. 3.102, de 2003 y 53.869, de 2009). Así, las entidades edilicias se encuentran en el imperativo jurídico de dar debido cumplimiento, en forma continua y permanente, a esa función pública, de acuerdo con sus disponibilidades presupuestarias y siendo responsables de la correspondiente falta de servicio, con arreglo a lo dispuesto, entre otros, en los artículos 1° de la Ley N° 18.695 y 3° y siguientes de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. No obstante, es necesario tener presente que, en la medida que las acciones a través de las cuales se lleven a cabo tales funciones se ajusten al ordenamiento jurídico, no corresponde que la Entidad de Fiscalización evalúe la forma en que las mismas se implementen ni los aspectos técnicos que éstas involucren, toda vez que ello implicaría una ponderación de mérito que le corresponde realizar privativamente al municipio, sin que Contraloría pueda intervenir al respecto, en conformidad al artículo 21 B de la Ley N° 10.336. CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 22.967. 30 de Abril de 2010. [en línea]. <<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictámenesGeneralesMunicipales.nsf/DetalleDictamen?OpenForm&U NID=4DADDF193BFA5D608425771A007A5194>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].

sitios públicos, de tránsito y de recreo; y recolectar, transportar y eliminar por métodos adecuados, las basuras residuos y desperdicios que se depositen o produzcan en la vía urbana.

Finalmente, la mayoría de los vertederos municipales que existen son considerados lugares que presentan serios riesgos sanitarios y ambientales, no cumpliendo con el Reglamento N° 189 del año 2005 del Ministerio de Salud sobre condiciones sanitarias y seguridad básica en los Rellenos Sanitarios⁴⁷⁴. Por ello, actualmente las municipalidades intentan elaborar planes de cierre apropiados para minimizar su contaminación, proyectando a futuro poder disponer de todos los residuos sólidos domiciliarios en rellenos sanitarios⁴⁷⁵ que cumplan con la normativa ambiental y sanitaria vigente⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ Recomendamos leer el siguiente artículo:

YÉVENES A., Patricio. 2012. El 68% de los vertederos opera al margen del Reglamento Sanitario. [en línea]. Chile Desarrollo Sustentable. 30 de Julio de 2012. <<http://www.chiledesarrollosustentable.cl/noticias/el-68-de-los-vertederos-opera-al-margen-del-reglamento-sanitario/>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁴⁷⁵ ASOCIACIÓN DE MUNICIPIOS DE LOS RÍOS. Ob. Cit. (nota 460).

⁴⁷⁶ Un ejemplo claro de racismo ambiental fue el entregado por doña Elisa Millanao, Presidenta de la Comunidad Indígena Jerónimo Melillán, Sector Tromén Alto, Comuna de Temuco, IX Región de la Araucanía, en entrevista realizada en el contexto del presente trabajo. Según lo informado, la comunidad interpuso con fecha 4 diciembre de 2014, una demanda de reparación por daño ambiental ,contra de las municipalidades involucradas por un vertedero instalado dentro de la comunidad, el cual ha contaminado, entre otras cosas, el río que utilizaban para abastecerse de agua. Anexo N° 1.

Para mayor información, recomendamos ver la demanda interpuesta con fecha 5 de Diciembre de 2014 ante el 3° Tribunal Ambiental de Valdivia.

DEMANDA REPARACIÓN DAÑO AMBIENTAL. 2014. Por Abraham Isaiás Epul Huircalaf “et al”. [en línea]. 5 de Diciembre de 2014. Chile. Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia. <http://www.tercertribunalambiental.cl:8080/portal3ta/Web/Portal/LEX_POR_VerDocumento.aspx?q=sYiD_ApLJ+H8Q256gKD3mtBZqch8HJJ+I43S14pJRSvEzMv6mQG4ArWF3VbpT3eoT>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

Al concluir este apartado, es importante relevar los temas tratados para entregar un contexto general al lector, además porque son estos mismos, la base sobre la cual nos apoyaremos para determinar -en los capítulos siguientes- los fundamentos y las posibles vías de regulación del procedimiento de consulta en las entidades municipales. En esta línea de ideas, hemos determinado las medidas administrativas que deben ser objeto de consulta, de conformidad a los estándares nacionales y a su regulación en Chile; para posteriormente exponer sobre la potestad normativa municipal, ya que, es en virtud de ésta, que las municipalidades pueden dictar medidas administrativas dentro del campo de sus atribuciones y funciones privativas, otorgadas por ley.

Dentro de este escenario, pasamos a exponer las funciones privativas de las municipalidades, entregando y analizando distintos casos, donde diferentes municipios del país se han visto compelidos a implementar procedimientos de consulta –en razón de medidas adoptadas- ya sea por mandato de Contraloría General de la República o de los Tribunales Superiores de Justicia.

De todo ello, podemos concluir sin margen de error, que existen medidas administrativas municipales que corresponden a aquellas medidas “susceptible de afectar directamente a los pueblos originarios de Chile”, y que actualmente, en muchas ocasiones, estas corporaciones esperan la resolución de los tribunales o los pronunciamientos de Contraloría, para aplicar los

procedimientos de consulta. Ejemplos emblemáticos de medidas municipales con afectación directa a los pueblos indígenas son los PLADECOS y los Planos Reguladores Comunales.

CAPÍTULO V

APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA A NIVEL MUNICIPAL

El presente capítulo tiene por finalidad esclarecer al lector la forma de aplicación actual de la consulta previa a nivel municipal en los casos en que ha estado presente, o cómo estimamos que debiera aplicarse para casos futuros, mediante la descripción de la legislación aplicable en la materia, y la comparación y posibilidad de aplicación de otra instancia de participación ciudadana municipal para efectos de hacer efectivo el derecho de consulta. Finalmente, describiremos brevemente el desarrollo que -a la fecha- han tenido los procedimientos de consulta en las municipalidades del país.

5.1. Legislación aplicable a nivel municipal.

Habiendo estudiado en capítulos precedentes la legislación existente respectiva, tanto de la consulta previa como de las municipalidades, es necesario -en este capítulo- determinar la aplicabilidad de la primera respecto en el ámbito de la segunda. De esta forma, analizaremos la posibilidad de aplicación a nivel municipal del derecho de consulta previa contemplado en el Convenio 169 y del procedimiento de consulta establecido en el Decreto

Supremo N° 66 del de 2014, del Ministerio de Desarrollo Social (el cual vimos en el punto 2.6. del capítulo II de este trabajo).

5.1.1. Aplicabilidad del derecho de consulta contemplado en el Convenio 169 a las medidas administrativas municipales.

Como ha sido expuesto en reiteradas oportunidades, el Convenio 169 impone a los Estados firmantes la obligación de adecuar su legislación interna, con el fin de que sus disposiciones tengan plena vigencia y aplicabilidad en los mismos, además de, “asumir la responsabilidad 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”⁴⁷⁷.

Es en este contexto, que el referido Convenio prescribe, en sus artículos 6 y 7, el deber de consulta a los pueblos originarios, estableciendo su aplicación tanto a medidas administrativas como legislativas (artículo 6, N°1, letra a)).

De esta forma, y dado que el Convenio no distingue entre los organismos del Estado que deberán consultar cuando ello corresponda, resulta lógico decir que, el derecho de consulta previa es plenamente aplicable a las

⁴⁷⁷ N°1, Artículo 2, Convenio 169 de la OIT.

municipalidades, como entidades del Estado que emiten medidas administrativas susceptibles de afectar a pueblos originarios⁴⁷⁸.

5.1.2. Aplicabilidad del Decreto Supremo N° 66 de 2014, del Ministerio de Desarrollo Social.

Ahora bien, teniendo claro que el D.S. N° 66 es, en la actualidad, el reglamento que regula el procedimiento de consulta respecto de todos los órganos de la administración del Estado, debemos establecer su aplicabilidad a nivel municipal. Para estos efectos, nos parece imprescindible recurrir a la historia misma del reglamento, a la opinión emitida por el Tribunal Constitucional, y a los pronunciamientos que ha sacado Contraloría General de la República respecto al tema.

⁴⁷⁸ En este mismo sentido, el Profesor Salvador Millaleo, al expresar "tiene que, primero, tomarse conciencia que las municipalidades son sujetos imperados directo por el Convenio, que no se requiere un marco interno, porque el Convenio es autoejecutable, sobre todo en temas de consulta, por tanto están obligadas por ella (...)". Además, en atención, a que en capítulos I y II se desarrolló el Convenio en profundidad, recomendamos remitirse a ellos con el objeto de interiorizar más en él.

5.1.2.1. Historia del reglamento: opiniones de la mesa de consenso.

El tema fue largamente discutido en la mesa de consenso⁴⁷⁹, tal como quedó reflejado en el Informe de Trabajo desarrollado por ésta y entregado en el mes de agosto de 2013^{480 481}.

La discusión de la mesa en sí, giró en torno a la solicitud de los pueblos originarios de incluir a las municipalidades dentro de los órganos que debían ceñirse obligatoriamente al procedimiento de consulta que se estaba consensuando, y que posteriormente sería formalizado mediante la dictación de un reglamento del Poder Ejecutivo (actual D.S. N° 66 del 2014), y a la imposibilidad, de acuerdo a lo informado por el Gobierno, de hacerlo, en atención a que éstas son órganos constitucionalmente autónomos, regulados por una Ley Orgánica Constitucional y que, mediante una normativa reglamentaria el Ejecutivo no podía modificar una Ley Orgánica Constitucional como la LOC de Municipalidades⁴⁸².

⁴⁷⁹ Para mayor información respecto a esta Mesa, ver capítulo II, punto 2.6.

⁴⁸⁰ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Gobierno de Chile. Ob. Cit. (nota 11).

⁴⁸¹ Este hecho fue también señalado por la abogada Minda Bustamante Soldevilla, como señalamos previamente en el pie de página N°248.

⁴⁸² Ob. Cit. (nota 479).

Así las cosas, en el Informe de Trabajo desarrollado por esta mesa se analizaron las propuestas presentadas por los pueblos indígenas artículo por artículo, siguiendo el orden de la propuesta de Nueva Normativa de Consulta Indígena presentada por el gobierno en Agosto de 2012⁴⁸³.

El artículo que nos concierne, sobre los “Órganos a los que se aplica el reglamento”, fue presentado por el Gobierno en la propuesta de Nueva Normativa de Consulta, de acuerdo al siguiente tenor: "Artículo 4.- ÓRGANOS A LOS QUE SE APLICA EL REGLAMENTO: El presente reglamento se aplica a los Ministerios, las Intendencias, los Gobiernos Regionales, las Gobernaciones, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa y el Consejo para la Transparencia. Para los efectos de cumplir con la obligación de consulta y participación indígena, los órganos constitucionalmente autónomos podrán sujetarse a las disposiciones del presente reglamento".

Respecto de este artículo, las propuestas de los pueblos indígenas fueron las siguientes⁴⁸⁴:

1.1.- Coordinación Nacional de Consulta Indígena (PCNCI)⁴⁸⁵: “Artículo 3.- ÓRGANOS A QUE APLICA ESTE REGLAMENTO.- El presente reglamento se

⁴⁸³ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Gobierno de Chile. 2013. Informe Final. Consulta Indígena sobre la Nueva Normativa de Consulta de acuerdo al Convenio 169 de la OIT. Santiago, Chile. Gobierno de Chile. Pág. 154.

⁴⁸⁴ *Ibíd.* Pág. 163 a 165.

aplica a los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 1 de la ley 18.575”.

1.2.- Pueblo Rapa Nui (PPRN): El Pueblo Rapa Nui efectuó la siguiente observación: “No corresponde limitar los órganos de estado a que se aplica esta regulación, se deben incluir además Municipalidades, órganos autónomos y el Poder Judicial y Legislativo (Se debe buscar una fórmula para incluirlos)”.

1.3.- Organizaciones Indígenas Urbanas de la Región Metropolitana (POIURM): No se formula una proposición específica sobre la materia. En general esta contrapropuesta alude al “Estado”. Sin embargo, su art. 8 señala que “no se excluirán las medidas de las municipalidades y demás órganos autónomos, en la medida que tengan la susceptibilidad de afectar directamente”.

1.4.- Organizaciones mapuche de La Araucanía (POMA): La contrapropuesta plantea la siguiente observación: “El artículo 4 también hace una innecesaria restricción de los órganos a los que se aplica el presente reglamento, cuestión que tampoco está presente en el convenio N° 169. Tampoco corresponde condicionar la aplicación del convenio mediante este reglamento, en lo que se refiere a que la consulta y participación, respecto de los órganos autónomos constitucionalmente podrán sujetarse a las disposiciones de este reglamento.

⁴⁸⁵ “Coordinación Nacional de Consulta Indígena”, en donde participaron delegados indígenas de los siguientes pueblos: Mapuche de la Región Metropolitana; Mapuche de la Región del Biobío; Mapuche de la Región de la Araucanía; Mapuche de la Región de Los Ríos; Mapuche de la Región de Aysén; Mapuche de la Región de Magallanes; Aymara de la Región de Tarapacá; Atacameño de la Región de Antofagasta; Diaguita de la Región de Atacama; Kolla de la Región de Atacama; Kawésqar de la Región de Magallanes; y Yagan de la Región de Magallanes.

Fuente: Ibíd. Pág. 153.

No existe órgano que pueda optar a sujetarse a las disposiciones del reglamento, si la actividad de dicho órgano se encuentra comprendida en las situaciones abordadas por el convenio mismo, como lo señala el artículo 6, ya que el convenio está dirigido en términos amplios a órganos electivos y de la administración del Estado. Lo cual incorpora distinciones innecesarias que pueden generar dificultades en la aplicación de este instrumento”.

1.5.- Pueblo Quechua de Tarapacá. (PPQT): “Artículo 8.- El presente reglamento se deberá aplicar a todos los órganos de la Administración del Estado señalados en la ley 18.575 orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado, los órganos constitucionalmente autónomos y en general a todos aquellos órganos públicos administrativos que estén obligados a efectuar la consulta, participación y a dar el cumplimiento íntegro del convenio 169, siempre que adopten medidas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas”.

1.6.- Organización diaguitas agrupadas en Camasquil (PPDC): “Artículo 4.- Órganos que se aplica el presente Reglamento.- El presente reglamento de la Consulta Indígena se aplica a todo Estado Chileno en su conjunto, incluida las Municipalidades, debido a su cercanía con las comunidades y asociaciones indígenas y a lo relevante de su actividad en los sistemas de vida de los habitantes de las distintas comunas del país”.

1.7.- Comunidades que componen el Área de Desarrollo Indígena de Ercilla (PADIERCILLA): “Artículo 3.- ÓRGANOS A LOS QUE SE APLICA EL PRESENTE REGLAMENTO.- El presente reglamento se aplica a los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo primero de la ley 18.575”.

1.8.- Corporación Encuentro Nacional Mapuche (PENAMA): “Artículo 4°: ÓRGANOS A LOS QUE SE APLICA EL PRESENTE REGLAMENTO.- El presente reglamento se aplica a los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo primero de la ley 18.575”.

1.9.- Organizaciones indígenas de Arica (POIA): “ARTÍCULO 13.- La consulta debe verificarse respecto de medidas administrativas y legislativas, nacionales o regionales y en todos sus niveles. El derecho a la consulta, es aplicable a todos los órganos integrantes de la Administración del Estado, incluidas las Municipalidades y empresas del Estado. Es así que este derecho se exige para planes y programas de desarrollo tanto nacional como regional, debiendo entenderse que lo regional, en su sentido estricto, también lo es para el ámbito local”.

Como cuadro comparativo entre la Propuesta de Normativa presentada el 8 de Agosto de 2012 por el Gobierno y el documento obtenido después de la Mesa de Consenso, tenemos:

Propuesta de Nueva Normativa de Consulta presentada por el Gobierno el 8 de Agosto de 2012	Propuesta de Nueva Normativa de Consulta resultado del diálogo con los pueblos indígenas en la Mesa de Consenso	Evolución del texto y modificaciones realizadas como resultado del diálogo pueblos indígenas - Gobierno
<p>Artículo 4º.- Órganos a los que se aplica el presente reglamento. El presente reglamento se aplica a los Ministerios, las Intendencias, los Gobiernos Regionales, las Gobernaciones, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa y el Consejo para la Transparencia. Para los efectos de cumplir con la obligación de consulta y participación indígena, los órganos constitucionalmente autónomos podrán sujetarse a las disposiciones del presente reglamento.</p>	<p>Artículo 3º.- Órganos a los que se aplica el presente reglamento.- El presente reglamento se aplica a los Ministerios, las Intendencias, los Gobiernos Regionales, las Gobernaciones, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa y el Consejo para la Transparencia. Para los efectos de cumplir con la obligación de consulta indígena, los órganos constitucionalmente autónomos podrán sujetarse a las disposiciones del presente reglamento. Sin embargo, no se entenderán exentos del deber de consultar a los pueblos indígenas, cuando ello sea procedente.</p> <p>Las referencias que este Reglamento haga a los órganos de la Administración, órgano responsable, Administración, Administración del Estado o Estado, se entenderán efectuadas a los órganos y organismos señalados en el presente artículo.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Se establece que los órganos constitucionalmente autónomos no se entenderán exentos del deber de consultar a los pueblos indígenas cuando ello sea procedente. • Además se propone el uso de este mecanismo como una recomendación voluntaria a los órganos constitucionalmente autónomos, quienes podrán sujetarse a las normas del presente reglamento.

Finalmente, el Gobierno estableció como versión final del artículo 4 la que se indica a continuación: “Órganos a los que se aplica el presente reglamento. El presente reglamento se aplica a los ministerios, las intendencias, los gobiernos regionales, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

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

Las referencias que este reglamento haga a los órganos de la Administración, órgano responsable, Administración, Administración del Estado o Estado, se entenderán efectuadas a los órganos y organismos señalados en el inciso 1º del presente artículo⁴⁸⁶.

Cabe precisar que, debido a la complejidad del tema, el informe dejó establecido que los delegados indígenas entendieron la dificultad de regular vía reglamento a las municipalidades, planteándose abordar la temática posteriormente en una eventual agenda de trabajo⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ Respecto a la última versión de este artículo es dable hacer presente que el gobierno eliminó la referencia a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, debido a que, según constan el Informe Final de Trabajo, sus medidas son incompatibles con el objeto de la consulta, cual es alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento, toda vez que en la dictación de sus medidas no existe margen de discrecionalidad para permitir realizar una consulta Indígena. En este mismo sentido, lo expresa el informe del INDH, al señalar que este tema “no se aviene con la naturaleza no deliberante de las instituciones de la defensa nacional y encargadas del orden público” Asimismo, se eliminó del artículo el Consejo para la Transparencia debido a que este órgano se encuentra considerado dentro de los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa indicados en el mismo artículo.
Fuente: Ibíd. Pág. 150.

⁴⁸⁷ Debemos señalar que en una de las sesiones se dieron dos alternativas: un futuro proyecto de ley de consulta o una modificación de la Ley Orgánica de Municipalidades.

5.1.2.2. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

Como se dijo en el punto anterior, el citado reglamento dejó a discreción de las municipalidades (en su calidad de órganos constitucionales autónomos) la decisión de aplicarlo o no, haciendo hincapié que, no obstante esto, tales corporaciones tienen la obligación ineludible de consultar a los pueblos indígenas cuando ello sea necesario.

La razón de aquello es la imposibilidad de que, por vía reglamentaria (Decreto Supremo dictado por el Poder Ejecutivo), se obligue a utilizar el procedimiento de consulta a estas corporaciones, ya que éstas tienen reguladas "sus funciones, atribuciones y modalidades de participación de la comunidad" en una Ley Orgánica Constitucional, la que a nivel jerárquico es superior a un reglamento⁴⁸⁸. A lo anterior, debe agregarse que para su modificación se deben cumplir con ciertos requisitos especiales exigidos por el legislador (como quórum más alto que el exigido para leyes ordinarias).

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional⁴⁸⁹ sobre el particular, lo encontramos en sentencia Rol N° 1050-08-CPR⁴⁹⁰, donde estableció que los

⁴⁸⁸ Para mayor información, ver capítulo III, punto 3.1., del trabajo en comento.

⁴⁸⁹ Recordemos que la función básica del Tribunal Constitucional es la defensa de la Constitución, es decir, la preservación o reparación del orden jurídico que ésta establece. Para eso se le dota de todos los mecanismos necesarios para remediar los agravios generales o particulares que se cometan contra la Constitución. De ahí que le corresponda asegurar el valor normativo de la Constitución y el desarrollo conforme de las leyes orgánicas que se dictan conforme a ella, es decir, a este organismo es a quien corresponde velar porque la carta fundamental sea realmente una norma jurídica que mande, prohíba o

artículos 6º, N° 1, letra a), y N° 2, y 7º, N° 1, oración segunda del Convenio 169, son normas que “regulan materias reservadas por la Constitución a leyes orgánicas constitucionales, en cuanto, en los casos especiales que el propio Convenio contempla, vienen a establecer modos de participación de los pueblos indígenas en los niveles nacional, regional y municipal de administración que, conforme a las normas constitucionales transcritas en los considerandos séptimo a noveno que anteceden (artículos 113 y 118 de la Constitución Política, artículo 28 de la Ley N° 19.175 sobre Gobierno y Administración Regional, artículo 3º de la Ley N° 18.875 de Bases Generales de la Administración del Estado, y artículo 1º de la Ley N° 18.695 de Municipalidades), están reservadas a esa clase especial de leyes. (...)”. De igual modo, al establecer una participación consultiva obligatoria no vinculante “en los actos de gobierno”, expresión que debe entenderse en sentido amplio, como sinónimo de ejercicio de potestad pública no jurisdiccional, puede alterar procedimientos administrativos, hacer obligatorio consultar ciertas materias a los consejos regionales y contemplar modos de participación en el ámbito

permita y no una mera norma pragmática. Además, le corresponde resguardar las minorías, de modo que las mayorías, por un simple acuerdo, no violente la Constitución, pues esta expresa el consenso básico de la sociedad. También, el tribunal vela por el equilibrio de las competencias de los distintos órganos constitucionales. Así por ejemplo, puede declarar inconstitucional un decreto que incurra en ámbitos reservados a la ley.

CARMONA SANTANDER, Carlos. 1997. ¿Quién califica lo orgánico constitucional? Comentario a un fallo del Tribunal Constitucional. Revista Gobierno Regional y Municipal, año IV, N°44. Marzo de 1997. Chile. Editorial Jurídica Conosur. Pág.54

⁴⁹⁰ CHILE. Tribunal Constitucional. Ob. Cit. (nota 339).

municipal, lo que es materia de las leyes orgánicas constitucionales N° 18.875 de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 19.175 sobre Gobierno y Administración Regional y N° 18.695 de Municipalidades, respectivamente.

En lo que respecta a este trabajo, podemos apreciar que el Tribunal Constitucional deja claramente establecido que los modos de participación en el ámbito municipal (descritos en el capítulo III, punto 3.2. de esta memoria) son competencia exclusiva de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 18.695.

Además, en sentencia Rol N° 1988-11-CPT⁴⁹¹, estableció que "el mismo (Tribunal Constitucional) consideró (Roles N° 309 y 1050) que la obligación de consultar, contemplada en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, era autoejecutable y que, como tal, comportaba modificaciones a diversas leyes de carácter orgánico constitucional"⁴⁹², y que "(h)asta el presente, el

⁴⁹¹ CHILE. Tribunal Constitucional. Rol N° 1.988/11-CPT. Sentencia de 24 de Junio de 2011. [en línea]. <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1987>>. [consulta: 18 de Marzo 2015].

⁴⁹² Respecto a una definición de leyes orgánicas constitucionales debemos precisar que la Constitución no la entrega, sino que sólo se limita a establecer las condiciones o requisitos de forma que deben reunir para su aprobación válida. Las características básicas de este tipo de leyes son las siguientes:

1. Son leyes. Las LOC no se encuentran en un rango intermedio entre la Constitución y la ley, no hay diferencia jerárquica, subordinación, entre la ley ordinaria y la LOC. La ley ordinaria tiene como marco de referencia sólo la Constitución, no las LOC. Las leyes ordinarias y LOC tienen una misma jerarquía, por ello las LOC no se definen en base al principio de jerarquía, sino que en base al principio de competencia. Ello significa, por una parte, que están expresamente previstas y calificadas como tales en la Constitución. Son, por tanto, una excepción. De ahí que no haya más que las que la Constitución señala y que han sido incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico para regular, en lo medular, ciertas instituciones básicas. Por la otra, significa que una ley ordinaria o un decreto, no pueden invadir el ámbito de competencia que la Constitución le reservó a tales leyes.

2. Necesitan para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio. Las LOC tienen por objeto dar estabilidad al sistema político y evitar el riesgo que mayorías ocasionales lo puedan alterar. Ello se funda en que los altos quórum que exigen obligan a ponerse de acuerdo. De ahí que no quepa extender el ámbito de competencia propio de las LOC, pues tal como lo ha dicho el propio Tribunal Constitucional, ello implica rigidizar la legislación.

3. Están sujetas a control preventivo por parte del Tribunal Constitucional, es decir, es esta entidad quien tiene la competencia para calificar lo orgánico constitucional que ellas comprenden.

establecimiento de tales mecanismos de consulta, aunque sea en forma provisoria, ha sido sólo parcial. En efecto, el Gobierno ha dictado un Reglamento provisorio del artículo 34 de la Ley Indígena N° 19.253, mediante Decreto N° 124, de MIDEPLAN, de 25 de Septiembre del 2009, actualmente en proceso de consulta. A su vez, el Congreso Nacional está estudiando la materia para perfeccionar el artículo 22 de la Ley N° 18.918 o implementar adecuadamente su aplicación vía cambios a sus reglamentos. Por último, no existe un catastro de las correspondientes ordenanzas municipales o de lo actuado por órganos constitucionalmente autónomos al respecto⁴⁹³.

Finalmente, en dicha sentencia, al analizar el deber de consulta reafirmó “el carácter flexible de las normas (del Convenio N° 169), según se establece en su artículo 34 y es reconocido por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT en su Informe del año 2011 y por el Relator Especial sobre Pueblos Indígenas de la ONU James Anaya, (por lo que) corresponde al Gobierno, al Congreso Nacional y a los Municipios y demás órganos autónomos del Estado establecer los mecanismos apropiados para realizar las consultas debidas y fijar, hasta donde sea posible,

⁴⁹³ CHILE. Tribunal Constitucional. Ob. Cit. (nota 491). Considerando 20.

los criterios con el propósito de determinar si una medida administrativa o legislativa afecta directamente o no a los pueblos originarios”⁴⁹⁴.

Como el lector pudo constatar de las citadas sentencias, el Tribunal Constitucional diferencia claramente respecto de la aplicación del procedimiento de consulta en el ámbito municipal de la aplicación en el ámbito de gobierno (correspondiente a los órganos dependientes de la administración central), así como del ámbito legislativo (correspondiente al Congreso Nacional). Además, establece para las municipalidades una posible vía de solución para la aplicación de la consulta previa a través de la dictación de ordenanzas municipales.

5.1.2.3. Pronunciamientos Contraloría General de la República.

Tal como se expuso en el punto 4.3.3.3. del capítulo IV de este trabajo, existen, a lo menos, dos dictámenes del ente contralor en que emite su pronunciamiento sobre qué procedimiento de consulta aplicar a nivel municipal, cuando surjan medidas susceptible de afectación directa a pueblos indígenas. A éstos dictámenes deben sumarse otros dos emitidos a inicios del año 2015.

⁴⁹⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Ob. Cit. (nota 343). Pág. 6.

Así, tenemos el dictamen N°53.841, del 30 de Agosto de 2012⁴⁹⁵, mediante el cual, Contraloría General a través de su División de Infraestructura y Regulación, efectuó observaciones a la resolución N° 78 de 2012, del Gobierno Regional de La Araucanía, que promulgó la modificación del Plan Regulador Comunal de Angol, y en el que expone en su observación N° 5, lo siguiente: “Igualmente, no consta que se hubiere analizado la pertinencia de iniciar un proceso de consulta, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 16 del decreto N° 124, de 2009, del Ministerio de Planificación, que reglamenta el artículo 34 de la ley N° 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas”.

En el mismo sentido, encontramos el dictamen N° 72.801, de 21 de noviembre de 2012, el cual se encuentra citado en el párrafo dos del punto 4.3.3.3. del capítulo IV, de la presente memoria, referido a la solicitud presentada por un diputado para que el ente contralor emitiera un pronunciamiento acerca de si correspondía aplicar en materia de planificación urbana el Convenio N° 169, refiriéndose específicamente a la actualización del Plan Regulador de la comuna de Lautaro. Reafirma -tal entidad de control-, lo dicho precedentemente, al instruir que, en el entendido de que los planes reguladores pueden constituir medidas administrativas susceptibles de

⁴⁹⁵ El cual atiende el oficio N° 4.402, de 2012, de la Contraloría Regional de La Araucanía, relativo al Plan Regulador Comunal de Angol. Para mayor información ver pie de página N° 431.

afectación a pueblos originarios, y a la luz de lo dispuesto en los artículos 14 y 16 del Decreto 124, "procede analizar la pertinencia de un proceso de consulta, en los términos definidos en el artículo 2° de ese ordenamiento."

Por su parte, los dictámenes N°12.557⁴⁹⁶ y N° N°13.247⁴⁹⁷ del año 2015 reafirman las posturas anteriores, al exigir una evaluación de la pertinencia para efectuar una consulta indígena en el marco de planes regulares comunales., aplicando para estos efectos tanto el Convenio 169 como el Decreto Supremo N°66 de 2014.

Como podemos apreciar de los casos analizados, Contraloría ha instruido a las autoridades locales -para efectos de resolver si aplicar o no una posible consulta indígena-, remitirse al procedimiento establecido en los Decretos Supremos N° 124 de 2009 ó N° 66 de 2014, según corresponda, reglamentos emanados del Poder Ejecutivo, vigentes a la época de los pronunciamientos.

⁴⁹⁶ Dictamen de Contraloría General de la República N°12.557 del 13 de Febrero de 2015, el cual analiza la resolución que procede a promulgar el Plan Regulador Comunal de Gorbea, localidades de Quitratúe y Lastarria, IX Región.
CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N°12.557. 13 de Febrero de 2015. [en línea]. <<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FormImpresionDictamen?OpenForm&UNID=5288DDAF6D51A32184257DF0006F2DE3>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁴⁹⁷ Dictamen de Contraloría General N°13.247 del 17 de Febrero de 2015, referido al Plan Regulador Comunal de Toltén, localidades de Nueva Toltén y Villa Los Boldos, IX Región.
CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N°13.247.17 de Febrero de 2015. [en línea]. <<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/DetalleDictamen?OpenForm&UNID=7383E05755E6369D84257DF10051B438>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].

Podemos concluir, por tanto, que mientras no exista un procedimiento definido de parte de las municipalidades del país que regule la consulta previa, Contraloría General es de la postura de aplicar el reglamento existente, para el caso de llevar a afecto procedimientos de consulta indígenas sobre medidas municipales susceptibles de afectar directamente a pueblos originarios⁴⁹⁸.

5.1.2.4. Punto de vista memoristas.

De lo expuesto hasta ahora, queda en evidencia que en la actualidad no existe certeza sobre el o los procedimientos de consulta previa que han de aplicar las municipalidades del país al momento de dictar medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas, y que, siendo para ellas facultativa la aplicación del reglamento dictado por el Poder Ejecutivo sobre la materia (capítulo II, punto 2.6.), para los casos en que tales corporaciones no quieran someterse a su regulación, en razón de la autonomía constitucional que ostentan (mencionada en el capítulo III, punto 3.1.7.) , existe un vacío procedimental que el ordenamiento jurídico nacional no

⁴⁹⁸ Recordemos en este punto que el Decreto Supremo N° 66 del año 2014 del Ministerio de Desarrollo Social, establece que su aplicación es facultativa para las entidades edilicias, así el inciso 2° de su artículo 4°, prescribe: "Para los efectos de cumplir con la obligación de consulta, los órganos constitucionalmente autónomos podrán sujetarse a las disposiciones del presente reglamento. Sin embargo, no se entenderán exentos del deber de consultar a los pueblos indígenas, cuando ello sea procedente en conformidad a la legislación vigente".

ha sabido subsanar, no obstante haber transcurrido ya más de 5 años desde la entrada en vigencia del Convenio 169⁴⁹⁹.

⁴⁹⁹ Al respecto, al consultarle a doña Diva Millapán (encargada de la Oficina de Asuntos Indígenas de la Municipalidad de Santiago) si ante un eventual caso de una medida administrativa dictada por su municipalidad y que afectase a pueblos indígenas, qué procedimiento creía que utilizarían, respondió que "(...) creo que se va a aplicar lo que está rigiendo, o sea, si es el 66 van a aplicar el 66, no se van a ir por algo distinto, pero va a depender igual mucho de la presión de las organizaciones, si las organizaciones exigen que no sea así, yo creo que la Alcaldesa -en este caso en particular hablando de Carolina Tohá- respetaría que lo decidan las organizaciones indígenas en cuanto a que procedimiento ocupar, pero eso siempre va a depender del interés de las comunidades y del gobierno local de turno".

Sin embargo, frente a la pregunta de qué cree que sería mejor a futuro para regular el proceso de consulta respondió que "creo que los municipios se deberían reunir y tratar de gestionar una ley nacional, porque hay algunos municipios que tienen una alta presencia de población indígena y hay otros que no, entonces en los municipios donde no hay alta presencia de indígenas, el Alcalde -quizás- no va a querer regularla, ya que dependerá de su voluntad política. Si no existe una ley no hay una obligación, cuando todo depende de la voluntad política con los indígenas, las cosas no se hacen, eso ya lo hemos constatado. Como ejemplo la comuna de Ñuñoa no tiene nada hacia los pueblos indígenas, quizás porque no lo hemos pedido -me incluyo en ellos porque yo vivo allá-, pero quizás es porque el gobierno local no es muy afable con las organizaciones indígenas". Para mayor información de la entrevista ver Anexo N°3.

Por otra parte, al consultársele a la dirigente mapuche doña Elisa Millanao sobre si estimaba que la consulta previa debiera regularse por las propias municipalidades o por una normativa de alcance nacional, ella respondió que "A nivel nacional porque así abarca a todas las etnias". Anexo N°1.

En cuanto a Minda Bustamante (abogada peruana radicada en Chile y experta en la materia), al preguntarle si pensaba que las municipalidades debiesen aplicar el Decreto 66 directamente o si debiesen aplicar un procedimiento propio para llevar a efecto la consulta previa, es de la opinión que "el Decreto 66 es una norma nacional que fija algunos principios y algunos plazos que funcionan con la institucionalidad pública, sin embargo en el caso de las municipalidades, yo creo que es muy posible que ellos fijen con acuerdo de los pueblos indígenas un procedimiento propio, basándose -puede ser- en las mismas etapas que establece el Decreto 66, que son 5 etapas, o en procedimientos propios del Convenio porque lo pueden hacer directamente, como por ejemplo, eso es lo que se supone que iban a hacer en Maipú, o sea, poniendo primero el artículo ese de la participación y de la consulta indígena y después se iba a reglamentar esta forma de participación, se iba a reglamentar la consulta en el caso de esta comuna, y eso podría ser mucho más conveniente porque las municipalidades están en distintas zonas en todo el país, su conformación de densidad demográfica es distinta, su ubicación territorial también, la relación con los pueblos indígenas también, hay temas que son más álgidos en unas que en otras, entonces un ejercicio interesante podría ser que las municipalidades que lo consideren establezcan su propio procedimiento de consulta, además el convenio les da esa facilidad, y ellos como organismos del Estado estarían también obligados a aplicar el convenio y a aplicar según la realidad propia de cada municipio, en cada jurisdicción municipal un procedimiento propio". No obstante esto, no se mostró reacia a la implementación de una ley que regulase esta materia, señalando que "(...) en general toda la emisión de normativa tiene sus pros y sus contras, pero si es una ley bastante general que pueda permitir que las municipalidades se obliguen de alguna forma y después puedan adecuar sus procedimientos internos a su realidad, yo creo que es una opción bastante interesante". Anexo N°4.

El profesor y abogado don Salvador Millaleo, es de la postura que actualmente "las municipalidades son sujetos imperados directo por el Convenio, que no se requiere un marco interno, porque el Convenio es autoejecutable, sobre todo en temas de consulta, por tanto están obligadas por ella; luego, no existiendo una normativa interna cada municipio podría establecer la forma más adecuada de consulta, de hecho el Convenio establece principios que cada municipalidad, dependiendo de la naturaleza y la cantidad de

Debemos precisar que, de los dictámenes emendados de Contraloría General de la República (analizados previamente en el punto 5.1.2.3.), y donde esta entidad estableció la aplicación del D.S. N° 66 de 2014 en el ámbito municipal para efecto de la consulta previa, estimamos que nada obsta a que estas corporaciones procedan a confeccionar una normativa propia que regule el derecho de consulta indígena, en los términos señalados por el Tribunal Constitucional (punto 5.1.2.2.).

En este contexto, se nos presentan las siguientes situaciones:

i) De aceptarse por las entidades edilicias que el Decreto Supremo N° 66 es una posible vía para la implementación de la consulta previa en sus comunas, aún quedan cuestiones por resolver, dada la facultad otorgada por

comunidades indígenas, podría establecer ordenanzas propias que fueran apegadas a esos principios, con la situación particular de sus comunidades indígenas, que pueden ser muy distintas las comunidades del norte, de las comunidades del sur, y dependiendo en cuál es el ecosistema, los lugares, el territorio donde se vive". Para el futuro, sin embargo, es de la opción de que "(...) a nivel nacional la única manera que va quedando con la consulta indígena es generando una normativa que esté anclada constitucionalmente, es decir, reconocer que la consulta es un derecho en la constitución, luego que haya una normativa legal que obliga a todos los poderes del Estado por igual, tanto para el ejecutivo, a nivel central, a nivel municipal, como al legislativo, para que se implemente la consulta de manera adecuada". Anexo N°2.

Al preguntarle a doña Antonia Urrejola sobre si las municipalidades debieran aplicar el reglamento existente o dictar ellos mismo una normativa, basándose en los principios que contiene el Convenio, nos respondió que " O sea, yo como gobierno le diría que aplicara el reglamento; yo como Antonia Urrejola le diría por qué no hacen algo ustedes. Pero claro, creo que por uniformidad debiese ser el reglamento, a menos que la asociación de municipios tuviera como una iniciativa de ellos (...). Yo trabajaría con las agrupaciones indígenas una cosa propia, como el reglamento está tan cuestionado por las organizaciones (...). No obstante esto, ya aplicar el reglamento sería algo mejor que nada". Anexo N°6.

Finalmente, doña Ramona Reyes Painequeo, Alcaldesa de Paillaco, al preguntársele sobre cuál sería la forma correcta de dar cumplimiento a la consulta previa en el ámbito municipal, indicó que "una ordenanza, porque permitiría establecer un mecanismo que considere el convenio y que compatibilice con la realidad de la Municipalidad de Paillaco. La ordenanza es un protocolo de cumplimiento formal, aprobado por el Concejo y que establece las formas y las sanciones a su no cumplimiento". Anexo N°7.

esta normativa para sujetarse a ella. Siguiendo esta idea, se tendrá que determinar -en algún momento- cuáles deben ser los criterios de los municipios para definir si aplicar o no el Decreto, ante un eventual procedimiento de consulta.

ii) Para los casos en que las municipalidades, por decisión propia, no apliquen el Decreto Supremo Número 66, deberán determinar la forma de implementación de la consulta; es decir, para los casos en que las municipalidades decidan aplicar la consulta indígena, será necesario establecer cómo se regulará dicho procedimiento de consulta, ya sea, por ejemplo, a través de ordenanzas municipales o -en un contexto legislativo más avanzado- mediante una ley de aplicación nacional.

Es en razón de lo anteriormente descrito, que el presente trabajo quiso abordar la reglamentación del derecho a la consulta y su aplicabilidad en el ámbito municipal, analizando de manera detallada tanto el derecho de consulta previa, como las atribuciones que ostentan las municipalidades en el marco jurídico nacional, para de esta forma, poder determinar, en las conclusiones, las posibles vías de implementación de este derecho en las administraciones locales, así como también, ciertos lineamientos especiales que debiesen estar presente en todo proceso de consulta. Parece relevante en este punto resaltar que, para alcanzar este objetivo, examinaremos en el capítulo siguiente -y último- la legislación comparada de dos países sudamericanos para obtener

parámetros comparativos que nos orienten en la finalidad propuesta, abordándose las respuestas a las disyuntivas descritas en las conclusiones de este trabajo.

5.2. La consulta previa como especie de participación ciudadana.

Independientemente de la reglamentación que se ocupe para efectos de llevar a cabo la consulta previa, podemos decir que ésta es una especie dentro del género de la participación ciudadana, por lo que podríamos preguntarnos si se cumpliría la finalidad de la consulta a través de una de las instancias de participación ciudadana que poseen las municipalidades⁵⁰⁰ (a vía de ejemplo, mediante un plebiscito comunal o una encuesta o sondeo municipal).

Previo al análisis, es dable hacer notar que la participación de los pueblos indígenas (así como de otras minorías) en la vida política, económica y social es un aspecto central y de vital importancia para una verdadera democracia constitucional en el siglo XXI⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ Para mayor información sobre las instancias de participación comunal ver capítulo III punto 3.2.1. del presente trabajo.

⁵⁰¹ Recomendamos leer el apartado de Participación y Democracia en el artículo: HENRÍQUEZ RAMÍREZ, Alfonso. 2013. Participación indígena: desarrollo y alcances en torno a la participación ambiental. [en línea]. Scielo. Revista *Ius et Praxis*. On-line ISSN 0717-2877. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. <<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v19n2/art08.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 254.

En armonía con este planteamiento, la normativa internacional protege el derecho de los pueblos indígenas a participar en la vida política, social y cultural del Estado. De manera más concreta, los pueblos indígenas tienen derecho a participar en:

1. Las acciones que desarrollen los Estados para proteger los derechos de dichos pueblos y asegurar el respeto de su dignidad.
2. La adopción de decisiones que afecten sus derechos, por conducto de representantes elegidos de conformidad con sus propios procedimientos, así como en las instituciones electivas y organismos responsables de políticas y programas que les conciernan, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población.
3. La adopción de medidas encaminadas a superar las dificultades que experimenten los pueblos indígenas al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo; en el mejoramiento de las condiciones de vida, trabajo, salud y educación, que deberá ser una prioridad en los planes de desarrollo económico de las regiones que habitan, y en la formulación y ejecución de programas de educación que aseguren la formación de los miembros de los pueblos indígenas.

Asimismo, el artículo: GARRETÓN M., Manuel Antonio y GARRETÓN, Roberto. 2010. La democracia incompleta en Chile: La realidad tras los rankings internacionales. [en línea]. Scielo. Revista de ciencia política (Santiago). On-line ISSN 0718-090X. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-090X2010000100007&script=sci_arttext>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

4. La elaboración de los programas económicos y sociales que les conciernan y en la administración de esos programas mediante sus propias instituciones.
5. La formulación, aplicación y evaluación de los planes de desarrollo nacional y regional que los puedan afectar directamente.
6. Los procesos de reconocimiento y adjudicación de derechos sobre sus tierras, territorios y recursos, incluidos aquellos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado.
7. La utilización, administración y conservación de los recursos naturales y, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten las actividades de prospección o extracción de recursos naturales;
8. La adopción de medidas orientadas a poner a disposición de los pueblos indígenas programas de formación profesional que respondan a las necesidades de dichos pueblos.
9. Las medidas que se adopten para fomentar y fortalecer la artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección⁵⁰².

⁵⁰² GALVIS PATIÑO, María Clara y RAMÍREZ RINCÓN, Ángela María. Ob. Cit. (nota 90). Pág. 51.

Además del derecho a participar en los anteriores ámbitos de decisión, las normas internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas establecen una forma específica de participación: la consulta previa que deben realizar los gobiernos con los pueblos indígenas siempre que prevean la adopción de medidas administrativas o legislativas que puedan afectarlos directamente.

5.2.1. Posibilidad de emplear una instancia de participación ciudadana municipal como forma de consulta previa indígena.

Para tratar de dar respuesta a tal interrogante, debemos señalar que, en virtud de las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales, concretamente en los artículos N° 6 del Convenio 169 y N° 19 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se ha definido al derecho a la consulta previa como una forma especial de participación, orientada a garantizar los derechos de los pueblos indígenas en el marco de los procesos de toma de decisiones estatales que los afecten⁵⁰³, con estándares especiales y diferenciados, que han sido

⁵⁰³ Tribunal Constitucional de Colombia. Sentencia T-154. 12 de Marzo de 2009: “4. La consulta previa es un proceso mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades respectivas de los grupos étnicos y a las comunidades implicadas, directamente la participación y el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que participativamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, buscando salvaguardar la integridad étnica, cultural, social y económica de los pueblos indígenas y tribales que habitan en nuestro país. Para alcanzar este objetivo, la participación activa y efectiva de las comunidades es clave para la toma de las decisiones que deban ser adoptadas, acordadas o concertadas en la medida de lo posible. [...]”.

desarrollados por diferentes entidades internacionales asociadas a la defensa y respeto de los derechos humanos, en razón de las demandas de los pueblos indígenas.

En este escenario, teniendo presente los contenidos mínimos del derecho a consulta previa⁵⁰⁴ y la realidad de las instancias de participación municipal que existen hoy en nuestro país, podemos aseverar que los mecanismos de participación que desarrollan las municipalidades están lejos de reflejar los lineamientos que exige el derecho de consulta previa, y que, por lo mismo, estas corporaciones debiesen implementar tal derecho y su correspondiente procedimiento, de una forma consensuada con los pueblos

Texto citado en GALVIS PATIÑO, María Clara y RAMÍREZ RINCÓN, Ángela María. Ob. Cit. (nota 90). Pág. 79.

⁵⁰⁴ Recordemos en este punto que los criterios mínimos establecidos para un proceso adecuado de consulta son los que se indican a continuación:

- Previa: la consulta debe realizarse antes de aprobar la ley, la medida administrativa, el plan de desarrollo o el proyecto de exploración o explotación.
- Libre: sin violencia, presiones o condicionamientos de ninguna índole.
- Informada: sobre las condiciones de ejecución y las consecuencias del proyecto, plan, ley o medida.
- Con procedimientos culturalmente adecuados y accesibles: de conformidad con las tradiciones propias de los pueblos y mediante sus instituciones representativas.
- De buena fe: con actuar transparente para lograr un real entendimiento
- Realizadas con objetivo de obtener el consentimiento libre, previo e informado: por parte de las comunidades indígenas.
- Deben contar con un marco regulatorio adecuado.

“Las partes deben someterse al deber de acomodo (flexibilidad para acomodar los intereses y derechos en juego y disposición para ajustar o cancelar la medida) y las autoridades estatales, al deber de adoptar decisiones razonadas, objetivas y proporcionales, cuando no se logre el acuerdo o el acomodo de la medida no sea posible”.

GALVIS PATIÑO, María Clara y RAMÍREZ RINCÓN, Ángela María. Ob. Cit. (nota 90). Pág. 51.

originarios, a fin de lograr una instancia participativa acorde con los estándares internacionales, que sea válida y legítima para todos los actores⁵⁰⁵.

No obstante lo anterior, y teniendo presente los mínimos requisitos -en comparación con los estándares del derecho de consulta- que tienen las instancias de participación comunal para su realización, podemos destacar entre ellas a los plebiscitos, en especial por la posibilidad que tienen de ser vinculantes^{506 507}, diferenciándolos de la consulta previa por su carácter no vinculante (con excepción de ciertos casos⁵⁰⁸).

En este escenario, las comunidades indígenas deberán, quizás, en determinados casos en que ambas modalidades de participación confluyan, evaluar cuál mecanismo es el que más les conviene para que las decisiones

⁵⁰⁵ Al consultársele al profesor Salvador Millaleo en el marco de este trabajo, si en base a los métodos de participación ciudadana que tienen las municipalidades, pudiese ser alguno de ellos idóneo para desarrollar un procedimiento de consulta, su respuesta fue categórica “no, porque la participación ciudadana es una cosa diferente, porque la participación ciudadana siempre es en base individual, la consulta indígena es un mecanismo de participación colectiva, es un diálogo entre colectivos, de índole intercultural, pero que requiere una comunicación entre colectivos, y luego una deliberación interna de los mismos”. Anexo N° 2.

Ver también punto 1.2.1.6. del capítulo I de esta memoria, sobre la distinción entre consulta previa y participación ciudadana.

⁵⁰⁶ Para mayor información ver capítulo III punto 3.2.1.2. del presente trabajo.

⁵⁰⁷ A vía de ejemplo, en la comuna de Vitacura, Región Metropolitana, son comunes este tipo de plebiscitos vinculantes. Para mayor información ver: MUNICIPALIDAD DE VITACURA. 2008. Plan Regulador: Vitacura realizará plebiscito por Escrivá de Balaguer y Kennedy. [en línea]. Municipalidad de Vitacura. <http://www.vitacura.cl/sala_prensa/noticias_detalle/15/plan-regulador-vitacura-realizara-plebiscito-por-escriva-de-balaguer-y-kennedy>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁵⁰⁸ Recordemos lo señalado por el profesor Salvador Millaleo sobre este tema en el punto 1.2.1.4., capítulo I, pie de página N°113.

adoptadas puedan hacerse exigibles ante la autoridad competente⁵⁰⁹, ello, con el objeto de que sus decisiones sean realmente consideradas y el mecanismo de participación no se convierta sólo un mero trámite. Cabe hacer presente en este punto que para que exista una real evaluación entre ambas modalidades de participación, se hace indispensable que los pueblos indígenas conozcan las opciones o decisiones que adoptarán aquellas personas no indígenas residentes en la comuna, así como, los requisitos que exige la Ley Orgánica de Municipalidades para solicitar a la autoridad comunal, llevar a efecto un plebiscito y para que el mismo sea vinculante⁵¹⁰.

A pesar de haber clarificado el tema de que las instancias de participación municipal no cumplen con los requisitos mínimos para configurar una consulta previa, aún así, podrían originarse posibles disyuntivas para las

⁵⁰⁹ A vía de ejemplo, en caso de existir una comunidad indígena viviendo en la comuna de Peñalolén, y la municipalidad propone un cambio al plano regulador municipal, con el objeto de permitir el establecimiento de proyectos inmobiliarios en un sector destinado a recreación, afectándoles directamente la medida; asimismo, es de conocimiento de esta comunidad que la mayoría de los habitantes de la comuna rechazan a su vez esta modificación del plano regulador. Entonces, ¿qué debe hacer la comunidad? ¿exigir la implementación de la consulta indígena? ¿aunar esfuerzos con la población no indígena de la comuna para exigir que se realice un plebiscito y esperar su resultado? (en el entendido de estar seguros que su opinión es la predominante y que más del 50% de los ciudadanos inscritos en el registro electoral irá a votar) ó ¿instar a que se desarrollen ambas instancias de participación?

Caso distinto es, por ejemplo, si en la comuna de Villarrica la municipalidad también propusiera una modificación del plano regulador, con el mismo objetivo anterior, esto es, establecimiento de proyectos inmobiliarios en terrenos destinados a otros usos, afectando de esta forma a las comunidades indígenas de la comuna, pero siendo ampliamente respaldada por la ciudadanía. Aquí es claro que las comunidades deberán solicitar la consulta indígena, no obstante que al final la decisión corresponda al resultado de un posible plebiscito.

⁵¹⁰ Para abordar en detalle los requisitos que son necesarios para exigir un plebiscito, remitirse al punto 3.2.1.2. del capítulo III. Además, recordemos que los resultados del plebiscito son vinculantes para la autoridad comunal, siempre y cuando vote más del 50 por ciento de los ciudadanos inscritos en el registro electoral.

entidades municipales, especialmente cuando se hace necesario realizar no sólo una consulta previa para poder adoptar una determinada decisión, sino también una consulta al resto de los habitantes no indígenas de la comuna, como ocurre, por ejemplo, con los planes de desarrollo comunal⁵¹¹. En estos casos, la municipalidad no sólo deberá considerar plazos más extensos para tomar una decisión, sino también un presupuesto mayor, toda vez que para efectos de realizar la consulta indígena deberá seguir procedimientos que, probablemente, superen el presupuesto comunal para estas instancias⁵¹². A lo anterior, debe sumarse la posibilidad de que lo acordado por las comunidades indígenas en sus deliberaciones, no sea lo decidido y votado por la ciudadanía, por ejemplo en una consulta ciudadana o un plebiscito, y dado que esta última instancia es vinculante, gane esta última opción, convirtiendo a la consulta previa para los ojos de algunos, como se dijo en el párrafo anterior, en un mero trámite, que consume tiempo y recursos⁵¹³.

⁵¹¹ Para mayor información respecto a las medidas municipales susceptibles de afectación a los pueblos originarios, ver capítulo IV de este trabajo.

⁵¹² Tal como ha ocurrido a nivel gobierno, donde -de conformidad a lo expresado por don Lautaro Loncón- el Decreto Supremo N° 66 de 2014 "tampoco deja un peso al presupuesto, o sea, se dice que se haga consulta pero sin plata ¿me entiende? Entonces, nosotros por ejemplo, en este proceso de consulta que terminamos tuvimos esa dificultad, de que se quería hacer consulta pero el presupuesto para el 2014 no tenía ni un peso para consulta, entonces tú te encuentras con esa situación y después prácticamente tienes que hacer la pasada del sombrero para reunir los recursos suficientes para un proceso de consulta. Y los procesos de consulta verdaderamente son altísimos, estamos hablando de un proceso de consulta nacional bordea sobre los mil millones de pesos". Ver Anexo N° 8.

⁵¹³ No estamos diciendo que la consulta no tenga importancia en sí misma – que la tiene, al ser un derecho humano que poseen los pueblos originarios-, sino más bien la existencia del riesgo desvirtuarse, perdiendo valor para las comunidades al ver que, en sucesivos casos de consulta, su opinión no es

Como podemos apreciar, pueden surgir variadas situaciones en los municipios, al momento de verse obligados a aplicar distintas instancias de participación en sus comunas, por ejemplo: consulta previa y consulta ciudadana, o consulta previa y plebiscito.

Ante tal escenario, y quizás, para tratar de evitar la duplicidad de instancias de participación, y a la vez, querer concentrar dicho derecho través de una sola vía, algunos podrían considerar como solución elevar los requisitos, ya sea de los plebiscitos o de las consultas ciudadanas, hasta equipararlos a los estándares de consulta previa, estableciendo de esta forma un sólo proceso de adopción de decisiones, que considere las particularidades necesarias para la población indígena, pero en la cual participe toda la comunidad y que, de cumplirse el número de votantes requeridos por ley, en el caso del plebiscito, pudiera ser vinculante.

Si bien tal planteamiento puede surgir como posible solución, debemos hacer presente que tal camino en la actualidad no nos parece viable, al menos que se cambie el paradigma de participación que hoy existe en Chile, ya que

relevante al final, generando frustración y rechazo, y probablemente, abstención a participar en nuevas consultas.

En un sentido similar, don Lautaro Loncón expresa que "puede haber una sobre saturación de consultas hacia las comunidades indígenas, las comunidades indígenas no viven de consultas, el que va a una reunión de un día en una localidad, es el indígena que deja de trabajar la tierra, que deja de cuidar sus chivos, que deja de cuidar sus animales, que tiene que bajar a las cinco de la mañana para estar a las nueve de la mañana en el lugar de consulta, y si tú le tiras consulta tras consulta puedes hacer una sobrecarga de los procesos, de la participación de los indígenas; no van a querer generar, y más aún cuando los espacios son estrechos de cómo van a incidir en los asuntos, o como van a incidir en la medida propiamente tal, o sea, hay un desincentivo a los indígenas para participar". Ver Anexo N° 8.

las instancias de participación establecidas tanto en la LOC de Municipalidades como en las ordenanzas de cada comuna, establecen procedimientos de toma de decisiones para los vecinos que son individualistas y de plazos acotados, lo cual se contrapone con la esencia de la consulta previa, donde se busca que los pueblos indígenas adopten decisiones o acuerdos, a través de procesos colectivos desarrollados entre sus integrantes, con deliberación interna y dentro de los plazos que correspondan a sus diferentes culturas⁵¹⁴.

En razón de lo anterior, estimamos que lo que correspondería hacer a las municipalidades para dar cumplimiento efectivo al derecho de consulta previa, es diferenciar el mismo de cualquier otra instancia de participación que en la actualidad exista, para así, abordar tal derecho de acuerdo a los parámetros establecidos, tanto por la normativa internacional como por los organismos internacionales atinentes al tema.

Finalmente, parece necesario para cerrar este punto, exponer la siguiente inquietud: de acuerdo a la normativa vigente, es el Estado el obligado a efectuar la consulta previa y es un derecho de los pueblos indígenas el ejercerla. Asimismo, en caso de aplicación del Reglamento N° 66 de 2014 por parte de las entidades edilicias, la consulta deberá efectuarla de oficio el órgano responsable de la medida y podrá, asimismo, ser solicitada por personas

⁵¹⁴ Ob. Cit. (nota 505).

naturales o jurídicas (artículo 12 y 13). En atención a lo expuesto, ¿deberán las municipalidades iniciar siempre una consulta previa cuando una de sus medidas pueda afectar a pueblos indígenas o deberá esperar -en algunos casos- que la población indígena muestre interés en ella y la requiera? ⁵¹⁵.

5.3. Desarrollo actual del proceso de consulta previa a nivel municipal.

De acuerdo al estudio realizado, a la fecha, no existen registros de municipalidades que hayan implementado la consulta previa con el objeto de consultar a pueblos originarios por medidas administrativas emanadas de ellas.

No obstante lo anterior, y de acuerdo a los casos estudiados en el capítulo IV de la presente memoria, podemos concluir lo siguiente:

- 1° La mayoría de los casos descritos tienen un impulso particular, es decir, ya sea de comunidades indígenas o de un diputado de la zona, no de oficio por parte de las municipalidades. Ratifica esto, la experiencia comentada por don Mauricio Llaitul, dirigente indígena,

⁵¹⁵ Por ejemplo, en el caso de la consulta ciudadana realizada entre los días 9 y 11 de Octubre de 2014 en la comuna de Santiago, Región Metropolitana, y que tenía entre las medidas a consultar el cambio de nombre del cerro Santa Lucía a cerro Welén, no se efectuó una consulta indígena, pese a que cumplía con todas las exigencias para hacerse (esto es, afectación directa de la población indígena); no obstante aquello, ninguna agrupación indígena demostró su descontento formal por la falta de consulta. En este sentido existen dos soluciones: la primera, que es siempre efectuar la consulta previa, actuando la municipalidad de forma proteccionista hacia los pueblos originarios; y una segunda opción es efectuarla una vez que es solicitada por los pueblos indígenas, otorgándoles un rol más activo a estas comunidades, con el objeto de que exijan su derecho.

referente al reconocimiento de una instancia de participación que lograron las organizaciones indígenas de la comuna de Maipú, en la ordenanza de participación ciudadana de dicha comuna⁵¹⁶.

2° En los casos en que las municipalidades han establecido medidas pro indígenas (por ejemplo, en la modificación del PLADECO en la comuna de Galvarino, o en la co-oficialización del idioma mapudungun en esta misma comuna, y la posibilidad de izamiento de la bandera mapuche en reparticiones municipales, a solicitud de municipalidad de Villarrica), ninguna de ellas efectuó de antemano una consulta indígena.

3° Que en el caso específico de la modificación del PLADECO de Galvarino, la municipalidad sólo recolectó antecedentes primarios dentro de las comunidades indígenas (utilizando el mismo mecanismo para toda la población de la comuna), pero éstas no participaron ni en su diseño ni elaboración. Asimismo, se estableció que su validación futura respecto de las comunidades indígenas debiese estar afectada a participación las mismas, de conformidad a lo establecido en el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas

⁵¹⁶ Para mayor información ver Anexo N° 5.

4° En uno de los casos analizados, la Corte Suprema reivindica el valor distintivo de los procesos de consulta, por lo que no pueden asimilarse a las instancias de participación contempladas por la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones⁵¹⁷.

5° En varios casos las municipalidades confunden el deber de informar con el deber de consulta previa (a vía de ejemplo, en la modificación del Plan Regulador Comunal de San Pedro de Atacama, donde sólo realizaron audiencias, y en el caso de modificación del Plan Regulador Comunal de Futrono, donde la comunidad indígena alegó falta de información entregada de buena fe y ausencia de consulta previa).

6° Finalmente, en uno de los casos descritos en el capítulo IV, Contraloría General de la República estableció, al ser consultada si la actualización del Plan Regulador de la comuna de Lautaro estaba o no afecto al proceso de consulta, que efectivamente debía ser consultado, utilizando para estos efectos el Decreto vigente a esa fecha, es decir, el Decreto N° 124⁵¹⁸.

Así las cosas, si una municipalidad está pronta a emitir una medida susceptible de afectar a pueblos originarios, debe tener presente que los mecanismos de participación ciudadana existentes en la actualidad en el ámbito

⁵¹⁷ Para mayor información ver capítulo IV, punto 4.3.3.2.

⁵¹⁸ Para mayor información ver capítulo IV, punto 4.3.3.3.

municipal, no pueden ser asimilables al derecho de consulta previa indígena, como así tampoco los procesos informativos que realizan las mismas.

A modo de resumen, el presente capítulo intentó explicar la obligatoriedad de aplicación del Convenio 169, en especial de la consulta previa, a nivel municipal, señalando las discrepancias existentes en torno a cuál es la normativa a considerar para llevar a cabo este proceso. Asimismo, se estableció la improcedencia de asimilación de la consulta previa a otras instancias de participación ciudadana municipal, al no cumplir éstas con los estándares de la primera. Finalmente, se ejemplificaron algunos problemas que podrían tener las municipalidades al momento de aplicar la consulta, como son, la existencia de dos instancias de participación ciudadana (por una parte la consulta, como especie de participación, y por otra las instancias de participación propias de las municipalidades, una de las cuales tiene carácter de vinculante si cumple con ciertos requisitos).

CAPITULO VI

LEGISLACIÓN COMPARADA.

En el capítulo en comento se analizará la legislación comparada de dos países hispanohablantes, que fueron unos de los primeros en ratificar el Convenio 169 de la OIT (Colombia 1991 y Perú en 1994)⁵¹⁹. La elección de estos países dice relación con su normativa interna y su mayor experiencia en el ámbito de la consulta, en comparación con nuestro país, propiciando indicios para dar respuestas a las interrogantes planteadas en el presente trabajo, que dicen relación con la aplicación de la consulta previa en el ámbito municipal.

De esta forma, empezaremos señalando la normativa existente en Colombia y Perú, para luego abordar la forma en que se ha aplicado y el caso específico de la consulta previa en el ámbito municipal.

6.1. Colombia.

⁵¹⁹ GRUPO INTERNACIONAL DE TRABAJO SOBRE ASUNTOS INDÍGENAS [s.a.] Países que ratificaron el 169. [en línea]. <<http://www.iwgia.org/derechos-humanos/procesos-internacionales/oit/paises-que-ratificaron-el-169>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

6.1.1. Características de la nación.

Previo a la identificación de la normativa más relevante sobre la materia en Colombia, parece necesario señalar algunas características de su población indígena, con el objeto de realizar una comparación adecuada y precisa con nuestro país, tomando en consideración su contexto demográfico y político-administrativo.

En primer lugar, es dable señalar que Colombia es reconocido como un país pluricultural y multilingüe, con sectores étnicos reconocidos: “los pueblos indígenas, las poblaciones afrocolombianas, incluidas las comunidades raizales de San Andrés y Providencia y la comunidad de San Basilio de Palenque, en el departamento de Bolívar y el pueblo rom o gitano”⁵²⁰. Respecto a su porcentaje, de acuerdo al censo del año 2005⁵²¹ la población indígena corresponde a un 3,43% (1.392.623)⁵²², mientras que los afrocolombianos corresponden a un

⁵²⁰ Como señala la abogada Natalia Orduz “Los gitanos han reivindicado el Convenio 169 de la OIT y el Estado ha reconocido su aplicación”.
ORDUZ SALINAS, Natalia. 2014. La Consulta Previa en Colombia. [en línea]. Documento de Trabajo ICISO-N°3/2014. Santiago, Julio 2014. Proyecto “Elites: Discriminación y Reconocimiento”. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Sociales e Historia, Universidad Diego Portales. <<http://www.icso.cl/wp-content/uploads/2014/07/La-Consulta-previa-en-Colombia-Natalia-Orduz.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 6

⁵²¹ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. 2007. Colombia una Nación Multicultural. Su diversidad étnica. [en línea]. Colombia. Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Mayo 2007. http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 27.

⁵²² En Colombia existen 87 pueblos indígenas plenamente identificados (de acuerdo al Departamento Administrativo Nacional de Estadística, o DANE, por sus siglas), y se hablan 64 lenguas amerindias y una diversidad de dialectos que se agrupan en 13 familias lingüísticas.

10,62% (4.273.722)⁵²³, y los gitanos representan un 0.01% (4.858) de la población del país.

En segundo lugar, creemos relevante señalar la distribución de estos grupos, que en el caso de la población indígena un 21,42% vive en la cabecera municipal⁵²⁴, mientras que un 78,58% en el resto⁵²⁵. Igualmente, en cuanto a la población afrocolombiana, un 72,65% vive en la cabecera municipal, y un 27,35% en el resto⁵²⁶. Así, puede el lector evidenciar que los afrocolombianos viven mayormente en poblaciones urbanas, a diferencia de las poblaciones indígenas, lo que supone diferencias en cuanto a las problemáticas que plantea cada grupo.

⁵²³ Del total de habitantes que se encuentran distribuidos en cuatro grupos importantes: los que habitan en el corredor del pacífico colombiano, los raizales del Archipiélago de San Andrés y Providencia y Santa Catalina, la Comunidad de San Basilio de Palenque y la población que reside en los municipios o las ciudades.

Fuente: Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

⁵²⁴ Se entiende por “cabecera municipal” el área geográfica que está definida por un perímetro urbano, cuyos límites se establecen por acuerdos del Concejo Municipal. Corresponde al lugar en donde se ubica la sede administrativa de un municipio.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA [s.a.] Conceptos básicos. [en línea]. <https://www.dane.gov.co/files/inf_geo/4Ge_ConceptosBasicos.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁵²⁵ Se entiende por “resto” todo aquello que no es considerado “cabecera municipal”. De acuerdo al Departamento Administrativo Nacional de Estadística el área rural o resto municipal es aquel que “se caracteriza por la disposición dispersa de viviendas y explotaciones agropecuarias existentes en ella. No cuenta con un trazado o nomenclatura de calles, carreteras, avenidas, y demás. Tampoco dispone, por lo general, de servicios públicos y otro tipo de facilidades propias de las áreas urbanas”.
Ibíd.

⁵²⁶ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. [s.a.] La visibilización estadística de los grupos étnicos colombianos. [en línea]. Colombia. <http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/visibilidad_estadistica_eticos.pdf> [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 29.

Ahora bien, los factores que influyen en los datos entregados en el párrafo anterior son diversos, pero entre ellos nos parece relevante indicar el desplazamiento forzado de grupos étnicos que ocupan territorios con importantes recursos naturales, motivados por los conflictos en este país. En estos casos, se ha establecido que dichos desplazamientos corresponden mayoritariamente a personas pertenecientes a grupos étnicos, y sólo excepcionalmente, en determinados años, han sido superados por personas que no se identifican con alguna etnia⁵²⁷.

6.1.1.1. División política-administrativa.

Debemos hacer presente al lector que el siguiente punto no pretende ser un estudio pormenorizado de la división político-administrativo del país en comento, sino más bien tiene pretensiones sólo referenciales.

La Constitución Política de 1991 señala, en su artículo 1, que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria,

⁵²⁷ SOLEDAD SUESCÚN, Javier Iván y EGEA JIMÉNEZ, Carmen. 2011. Desplazamiento forzado de los grupos étnicos en Colombia. . [en línea]. En: ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE POBLACIÓN. Pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina: dinámicas poblacionales diversas y desafíos comunes. Serie Investigaciones N° 12. Río de Janeiro, Brasil. ALAP Editor. <http://www.nepo.unicamp.br/textos/publicacoes/livros/serie12/Serie12_Completo.pdf > [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 140.

descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista (...)⁵²⁸.

Igualmente, su título XI, denominado de la “Organización Territorial”, nos indica su división política-administrativa. Así, el inciso primero del artículo 286 dice que “Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas”. Por su parte, el artículo 287 prescribe que “Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

1. Gobernarse por autoridades propias.
2. Ejercer las competencias que les correspondan.
3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
4. Participar en las rentas nacionales”.

De esta forma, los departamentos son las unidades territoriales de primer nivel en Colombia, quienes, en conformidad al artículo 298 de la Constitución, “tienen autonomía para la administración de los asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de su territorio en los términos establecidos por la Constitución.

⁵²⁸ COLOMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. 1991. Constitución Política de Colombia. [en línea]. 4 de Julio de 1991. < <http://www.constitucioncolombia.com/indice.php>>. [consulta: 17 de Marzo 2015].

Los departamentos ejercen funciones administrativas, de coordinación, de complementariedad de la acción municipal, de intermediación entre la Nación y los Municipios y de prestación de los servicios que determinen la Constitución y las leyes.

La ley reglamentará lo relacionado con el ejercicio de las atribuciones que la Constitución les otorga”.

Siguiendo la división territorial efectuada por la Constitución, vienen los distritos, que se cuentan como municipios y son entidades territoriales que tienen una característica que las destaca o diferencia de las demás (ya sea por su importancia política, comercial, histórica, turística, cultural, industrial, etc..).

Finalmente, están las municipalidades, que, según el artículo 311 de la Constitución Política de Colombia, como “entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes”.

Es menester señalar que esta división, como se refiere un informe de la CEPAL⁵²⁹, tiene “particular importancia para la construcción del perfil

⁵²⁹ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). 2012. Atlas sociodemográfico de los pueblos indígenas y afrodescendientes en Colombia. [en línea]. En el marco del proyecto de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL y la Fundación Ford

sociodemográfico de los pueblos indígenas y afrodescendientes, pues a partir de la reforma constitucional de 1991 quedó consagrado el reconocimiento de regiones, municipios y territorios indígenas y afrodescendientes en un conjunto de alrededor de 30 artículos constitucionales, que sitúan el tema del territorio, entre otros, como un eje central (...).”

6.1.2. Normativa interna.

Colombia, al igual que varios países latinoamericanos, ha tenido, especialmente desde la segunda mitad del siglo XX, avances significativos respecto a políticas indígenas. Lo anterior, derivó que en 1990 se desarrollara una consulta nacional y la simultánea elección de miembros para la Asamblea Nacional Constituyente, la cual estuvo integrada por fuerzas políticas de diversa índole. “(...) De este modo, lograron representación actores sociales y grupos que tradicionalmente habían tenido una escasa o nula participación, pero que ya contaban en su haber arduas luchas reivindicativas de sus movimientos y organizaciones, entre los que se encontraban indígenas, afrodescendientes, mujeres y diversos grupos religiosos no católicos, entre otros (...)”⁵³⁰.

“Desigualdades territoriales y exclusión social de pueblos indígenas y afrodescendientes en países seleccionados de América Latina”. Santiago de Chile. <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/48365/AtlasColombiaCAPlaIV.pdf>> [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 14.

⁵³⁰ Ibíd. Pág. 28.

Dicha participación se materializó en la redacción de la Constitución de 1991, la cual, en su artículo 7, reconoce la diversidad étnica y cultural de la nación⁵³¹. Sin embargo, no es el único artículo de su carta fundamental que reconoce y ampara a los pueblos indígenas y afrodescendientes, sino más bien, es la constitución en su conjunto quien lo hace, mediante una serie de artículos, de los cuales podemos señalar el artículo 10⁵³², artículo 171⁵³³, artículo 246⁵³⁴, artículo 329⁵³⁵, artículo 330⁵³⁶, entre otros. Asimismo, durante el mismo año

⁵³¹ Artículo 7: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

⁵³² Artículo 10.: “El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”.

⁵³³ Artículo 171: “El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional. Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas. Los ciudadanos colombianos que se encuentren o residan en el exterior podrán sufragar en las elecciones para Senado de la República. La Circunscripción Especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cuociente electoral. Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno”.

⁵³⁴ Artículo 246: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

⁵³⁵ Artículo 329 : “La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte. PARÁGRAFO. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo”.

Cabe precisar, que en el caso de las entidades territoriales (entre las que se encuentran las indígenas) “están sujetos a su conformación por ley, lo cual, hasta hoy, no ha ocurrido. En caso de que dicha ley no

(1991), Colombia ratificó el Convenio 169 de la OIT, dictándose para tales efectos la Ley N°21 de 4 de Marzo de 1991⁵³⁷.

Debemos hacer presente que la Constitución de Colombia “hace prevalecer en el ordenamiento los tratados de derechos humanos importantes. La Corte Constitucional incluyó al texto constitucional el Convenio 169 de la OIT”⁵³⁸.

se expidiera, la Constitución previó una alternativa. Su artículo 56 transitorio definió que, mientras tanto, el gobierno podría dictar normas fiscales para el funcionamiento de estos territorios como entidades territoriales. Sólo hasta 2013, como uno de los acuerdos que resultaron de la minga indígena, los pueblos y el gobierno concertaron darle cumplimiento a este artículo. Para ambas partes, se trató de un acuerdo histórico”.

ORDUZ SALINAS, Natalia. Ob. Cit. (nota 520). Pág. 9

⁵³⁶ Artículo 330: “De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
4. Percibir y distribuir sus recursos.
5. Velar por la preservación de los recursos naturales.
6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y
9. Las que les señalen la Constitución y la ley.

PARÁGRAFO. 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”.

Como puede apreciarse, es el parágrafo el que incluye la consulta previa en la Constitución Política de Colombia, sin embargo este se encuentra restringido a la explotación de recursos naturales.

⁵³⁷ COLOMBIA. Congreso de la República de Colombia. 1991. Ley N°21, que aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989. [en línea]. 6 de Marzo de 1991. <<http://www.refworld.org/pdfid/46d598ab2.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁵³⁸ ORDUZ SALINAS, Natalia. Ob. Cit. (nota 520). Pág. 9

Con posterioridad, y en atención a las demandas de los pueblos originarios, se procedió al resguardo de la propiedad indígena⁵³⁹, mediante la dictación, o inclusión de artículos en leyes más generales, de estas materias. Así, tenemos la Ley N°60 de 12 de Agosto de 1993⁵⁴⁰, la cual, en su artículo 25⁵⁴¹ se refiere a la participación de los resguardos indígenas, quienes se

⁵³⁹ Recordemos que los resguardos indígenas se encuentran establecidos en la Constitución Política de Colombia, en su artículo 329. Para mayor información ver pie de página N°535.

De esta forma, la legislación colombiana “otorga a los indígenas el derecho sobre los territorios ancestralmente ocupados, su aprovechamiento y el uso de los recursos naturales. La legitimización y reconocimiento de las tierras se hace bajo la figura jurídica de Resguardos Indígenas en propiedad colectiva de la misma, con carácter imprescriptible e inembargable”. ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS [s.a.] Capítulo 5: Comunidades Indígenas. [en línea]. <<http://www.oas.org/dsd/publications/unit/oea48s/ch008.htm>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Punto 5.1.1. primer párrafo.

Para mayor información sobre la normativa de los Resguardos Indígenas en Colombia recomendamos ver: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA [s.a.] Compendio de normatividad de los resguardos indígenas en Colombia en relación con la información estadística. [en línea]. <<http://190.25.231.237:81/gruposEtnicos/doc/NormatividadResguardosIndigenas.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

Para ver una lista de resguardos indígenas en Colombia ver: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES MARINAS Y COSTERAS JOSÉ BENITO VIVES DE ANDRÉIS [s.a.] Resguardos indígenas en Colombia. [en línea]. <http://www.invemar.org.co/redcostera1/invemar/docs/tesauro_ambiental/anex/Resg.htm>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁵⁴⁰ Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. COLOMBIA. Congreso de la República de Colombia. 1993. Ley N° 60 por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. [en línea]. 12 de Agosto de 1993. <http://www.mineduccion.gov.co/1621/articles-85889_archivo_pdf.pdf>. [consulta: 17 de Marzo 2015].

⁵⁴¹ Artículo 25: “Participación de los Resguardos Indígenas. Los resguardos indígenas que para efectos del artículo 357 sean considerados por la Ley como municipios recibirán una participación igual a la transferencia per cápita nacional, multiplicada por la población indígena que habite en el respectivo resguardo. Dicha participación se deducirá del monto total de la transferencia, pero al proceder a hacer la distribución conforme al artículo 24o, no se tendrá en cuenta para los municipios en cuya jurisdicción se encuentre el resguardo, la población indígena correspondiente. Si el resguardo se encuentra en territorio de más de un municipio, la deducción se hará en función de la proporción de la población del resguardo

beneficiarán de un porcentaje de los recursos presupuestales del país, y en consecuencia participarán de los ingresos corrientes de la nación, mediante transferencias proporcionales a su población; y el Decreto N° 2.164, de 7 Diciembre de 1995⁵⁴², el cual tiene por objeto reglamentar parcialmente el Capítulo XIV de la Ley N°160 de 1994, en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional, el cual procede a definir “territorio indígena”, “comunidad o parcialidad indígena”, “reserva indígena”, entre otros⁵⁴³.

radicada en cada municipio. La participación que corresponda al resguardo se administrará por el respectivo municipio, pero deberá destinarse exclusivamente a inversiones que beneficien a la correspondiente población indígena, para lo cual se celebrará un contrato entre el municipio o municipios y las autoridades del resguardo. Cuando los resguardos se erijan como Entidades Territoriales Indígenas, sus autoridades recibirán y administrarán la transferencia”.

⁵⁴² COLOMBIA. Ministerio de Agricultura. 1995. Decreto N° 2.164 por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional. [en línea].7 de Diciembre de 1995. <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedravivaintercultural/Documentos/Decreto_2164_de_1995.pdf>. [consulta: 17 de Marzo2015].

⁵⁴³ Artículo 2. : “DEFINICIONES. Para los fines exclusivos del presente Decreto, establécense las siguientes definiciones:

TERRITORIOS INDIGENAS. Son las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena y aquellas que, aunque no se encuentren poseídas en esa forma, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales.

COMUNIDAD O PARCIALIDAD INDIGENA. Es el grupo o conjunto de familias de ascendencia amerindia, que tienen conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que la distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad, o que no puedan acreditarlos legalmente, o que sus resguardos fueron disueltos, divididos o declarados vacantes.

RESERVA INDIGENA. Es un globo de terreno baldío ocupado por una o varias comunidades indígenas que fue delimitado y legalmente asignado por el INCORA a aquellas para que ejerzan en él los derechos de uso y usufructo con exclusión de terceros. Las reservas indígenas constituyen tierras comunales de grupos étnicos, para los fines previstos en el [Artículo 63 de la Constitución Política] y la [Ley 21 de 1991].

AUTORIDAD TRADICIONAL. Las autoridades tradicionales son los miembros de una comunidad indígena que ejercen, dentro de la estructura propia de la respectiva cultura, un poder de organización, gobierno, gestión o control social.

Igualmente, la Ley N° 70 de 27 de Agosto de 1993, procede a reconocer a las comunidades negras que han ocupado territorio baldío Colombiano, estableciendo mecanismos para la protección de la identidad cultural y derechos de dichas comunidades, definiendo, entre otros, lo que se entiende por comunidad negra⁵⁴⁴.

En años subsecuentes se dictan una serie de decretos tendientes a normar, de alguna forma, la consulta previa. Es así que tenemos el Decreto N° 1.320 de 1998 del Ministerio de Interior de Colombia, por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio. Dicho decreto procede a determinar el territorio que puede verse afectado por la explotación de recursos

Para los efectos de este Decreto, las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas tienen, frente al INCORA, la misma representación y atribuciones que corresponde a los cabildos indígenas. CABILDO INDIGENA. Es una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización sociopolítica tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad. PARAGRAFO. En caso de duda sobre el carácter y la pertenencia a un pueblo indígena de una colectividad, el INCORA deberá solicitar al Ministerio del Interior la realización de estudios etnológicos con el propósito de determinar si constituye una comunidad o parcialidad indígena, para efectos del cumplimiento de los fines del [Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994].”.

⁵⁴⁴ COLOMBIA. Congreso de la República de Colombia.1993. Ley N° 70 por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política. [en línea]. 27 de Agosto de 1993. <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4404.pdf?view=1>>. [consulta: 17 de Marzo de 2015].

Artículo 2: “ Para los efectos de la presente ley se entiende por:
(...)5. Comunidad negra. Es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbre dentro de la relación campo poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.
(...)7. Prácticas tradicionales de producción. Son las actividades y técnicas agrícolas, mineras, de extracción forestal, pecuarias, de caza, pesca y recolección de productos naturales en general, que han utilizado consuetudinariamente las comunidades negras para garantizar la conservación de la vida y el desarrollo autosostenible”.

y, por ende, susceptible de ser consultado⁵⁴⁵, así como también a la identificación de las comunidades indígenas y negras que potencialmente puedan verse perturbadas⁵⁴⁶.

Asimismo, y en el mismo tenor que el decreto precedente, se dicta el Decreto N° 2.613 de 2013 de la Presidencia de la República, por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa⁵⁴⁷ respecto a proyectos de Interés Nacional o Estratégicos (PINES). Entre los aspectos relevantes del Decreto, encontramos el establecimiento de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior como el organismo con la competencia exclusiva de certificación de presencia de comunidades étnicas para efectos de celebración de consultas previas (artículo 4).

No obstante lo anterior, a la fecha no existe en Colombia una ley que regule el procedimiento en concreto de la consulta previa. Es más, respecto al

⁵⁴⁵ Artículo 2: “Determinación de Territorio. La consulta previa se realizará cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras. Igualmente, se realizará consulta previa cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras, de conformidad con lo establecido en el siguiente artículo”.

⁵⁴⁶ Artículo 3: “Identificación de Comunidades Indígenas y Negras. Cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda realizar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por comunidades indígenas o negras susceptibles de ser afectadas con el proyecto, le corresponde al Ministerio del Interior certificar la presencia de dichas comunidades, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica. El Instituto Colombiano para la Reforma Agraria - Incora, certificará sobre la existencia de territorio legalmente constituido (...)”

⁵⁴⁷ El cual, en conformidad a lo descrito en el párrafo siete de su considerando, “busca facilitar la coordinación interna de las entidades públicas involucradas, a efectos de garantizar la integración de las competencias correspondientes y la distribución eficaz de los recursos, así como la eficiente circulación de la información relevante; garantizar la transparencia en los procesos de consulta previa, así como permitir el seguimiento al cumplimiento de los deberes de los funcionarios de las entidades responsables, en el ejercicio de sus respectivas competencias”.

Decreto N°1.320 de 1998 “la Corte Constitucional ha señalado en revisión de casos concretos que este Decreto no cumple con los estándares de consulta previa, además de que no fue consultado. Pero como sólo puede declarar inconstitucionales leyes, el Decreto se sigue aplicando”⁵⁴⁸. Misma consideración merece, por consiguiente, el Decreto N° 2.613 de 2013, el cual tampoco fue debidamente consultado.

Al respecto, mención especial tenemos para la Directiva Presidencial N° 1 de 26 de Marzo de 2010⁵⁴⁹ (dictada bajo la presidencia de don Álvaro Uribe Vélez), la cual tiene por objeto: reseñar los “mecanismos para la aplicación de la Ley 21 de 1991, señala(r) las acciones que requieren la garantía del derecho a la consulta previa y establece(r) los mecanismos mediante los cuales procede el proceso de consulta previa” (párrafo primero de la citada Directiva). En ella, se constituye, entre otros, que será el Ministerio del Interior y de Justicia el único organismo competente para coordinar la realización de los procesos de consulta previa, hasta tanto se determine la competencia de los entes

⁵⁴⁸ ORDUZ SALINAS, Natalia. Ob. Cit. (nota 520).Pág. 14

⁵⁴⁹ COLOMBIA. Presidencia. 2010. Directiva Presidencial N° 01: garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales. [en línea]. 26 de Marzo de 2010. <http://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/directiva_presidencial_01_de_2010.pdf>. [consulta: 17 de Marzo de 2015].

A ésta, debe sumársele la Directiva Presidencial N°10 de 2013, la cual trae como anexo una “Guía para la realización de Consulta Previa con Comunidades Étnicas”.
COLOMBIA. Presidencia. 2013. Directiva Presidencial N° 10: guía para la realización de consulta previa. [en línea]. 7 de Noviembre 2013. <http://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/12_directiva_presidencial_ndeg_10_del_07_de_noviembre_2013_4.pdf>. [consulta: 17 de Marzo 2015].

territoriales respecto a la garantía de este derecho (número 1); también establece las situaciones que “requieren consulta y hace explícitas las que no, determina las etapas de la consulta, su carácter no vinculante sin excepciones y la responsabilidad del proponente de la medida de financiar el proceso”^{550 551}.

Diversas organizaciones han considerado ilegítima la citada Directiva en atención a su naturaleza restrictiva y a que no fue consultada conforme al Convenio 169. Sin embargo, “el carácter jurídico de la directiva hace que no se

⁵⁵⁰ ORDUZ SALINAS, Natalia. Ob. Cit. (nota 520). Pág. 14

⁵⁵¹ Entre las acciones que requieren la garantía del derecho a la consulta previa, de acuerdo al número 2 de la Directiva Presidencial, tenemos:

“a) Cuando se expidan medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directa y específicamente a los Grupos Étnicos Nacionales, y que requieran en el ámbito de su aplicación la formulación de enfoque diferencial.

e) Decisiones sobre enajenación de tierras o de transferencia de sus derechos sobre las tierras, en el evento que las disposiciones de aplicación nacional puedan dificultar de alguna manera los procesos de titulación colectiva, ampliación o saneamiento de tierras.

d) Organización y funcionamiento de programas de formación profesional de aplicación general.

e) Enseñanza a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo al que pertenezcan.

j) Cuando se pretenda tomar alguna medida prioritaria respecto al proceso de desarrollo de algún Grupo Étnico Nacional.

k) Cuando en el ámbito de aplicación de alguna medida legislativa general se requiera incorporar particularidades según las costumbres o el derecho consuetudinario de los Grupos Étnicos Nacionales, en el ámbito de aplicación de alguna medida legislativa general.

l) Demás casos en que la legislación así lo disponga expresamente.”

Igualmente, entre las medidas que no requieren la consulta previa, en conformidad al número 3 de la Directiva, encontramos:

“a) Medidas legislativas o administrativas que no afecten a los Grupos Étnicos Nacionales. Tal es el caso de medidas fiscales que no los cobije; penales, procesales y civiles de la jurisdicción ordinaria; medidas comerciales, industriales y de servicios de carácter urbano; laborales; y medidas sobre seguridad social, siempre y cuando no reduzcan la calidad de vida de los grupos étnicos.

b) Actividades para el mantenimiento de la malla vial existente, siempre y cuando se surta concertación de los planes de manejo para mitigar los impactos de los trabajos específicos en los tramos que puedan afectar a los grupos étnicos. En todo caso, se deberá hacer solicitud de certificación ante la oficina de Consulta Previa, quien determinará las actividades, que en el marco del desarrollo del proyecto vial, requieren la garantía del derecho de Consulta Previa

c) Cuando se deban tomar medidas urgentes en materia de salud, epidemias, índices preocupantes de enfermedad y/o morbilidad, desastres naturales y garantía o violación de Derechos Humanos.

d) Cuando el proceso de consulta previa no sea obligatorio de conformidad con ley expresa.”

pueda impugnar ante ninguna Corte, pero en la práctica es la que hoy siguen los funcionarios del gobierno para desarrollar las consultas previas”⁵⁵².

Frente a este escenario normativo⁵⁵³, el Gobierno de Colombia (a través de su Ministerio de Interior) ha desarrollado un Proyecto de Ley Estatutaria⁵⁵⁴ por la cual se reglamenta la consulta previa para grupos étnicos, el cual, a la fecha, continúa en discusión. El proyecto establece, entre otros, las fases que debe cumplir toda consulta previa, los eventos en que se debe aplicar el proceso de consulta previa y el procedimiento que se debe seguir en caso de que no sea posible llegar a un acuerdo con el grupo étnico.

Finalmente, respecto a las medidas administrativas afectas a consulta previa (entendidas como tal “cualquier actuación ejecutada por un organismo del Estado que en ejercicio de la Función Administrativa manifiesta una decisión

⁵⁵² ORDUZ SALINAS, Natalia. Ob. Cit. (nota 520). Pág. 14

⁵⁵³ Cabe señalar que diversos “organismos internacionales de derechos humanos han insistido en el deber de los Estados de establecer directrices jurídicas procedimentales claras sobre el derecho a la consulta, pero el único de los países andinos que ha expedido una Ley marco es Perú -en 2011-. Bolivia y Colombia han desarrollado borradores de reglamentación integral bastante acabados (...)”. MURCIA RIAÑO, Diana Milena. 2013. El Derecho a la Consulta Previa en Colombia. Análisis del borrador de proyecto de reglamentación de junio de 2012. [en línea]. Proindígena – GIZ. <http://www.giz-governance-inclusion-social-seguridad.org/wp-content/uploads/2013/09/DMurcia_Analisis_reglamentacion_Colombia_2013.pdf>. [consulta: 3 de Marzo de 2015]. Pág. 2.

⁵⁵⁴ EL ESPECTADOR. 2014. Si no hay concertación, decide el Estado. [en línea]. El Espectador. 2 de Agosto de 2014. <<http://www.elespectador.com/noticias/politica/si-no-hay-concertacion-decide-el-estado-articulo-508262>>. [consulta: 18 de Marzo 2015].

SENADO, REPÚBLICA DE COLOMBIA. 2014. Senadora Susana Correa critica la gestión del Gobierno Santos en materia de consultas previas. [en línea]. Prensa Centro Democrático. 19 de Noviembre de 2014. <<http://www.senado.gov.co/sala-de-prensa/senadores-noticias/item/21316-senadora-susana-correa-critica-la-gestion-del-gobierno-santos-en-materia-de-consultas-previas?tmpl=component&print=1>>. [consulta: 18 de Marzo 2015].

de su competencia con todos los efectos jurídicos correspondientes”⁵⁵⁵), se encuentran normadas por la Ley N°1.437 del 18 de Enero de 2011, la cual, en su artículo 46 dispone “Consulta obligatoria. Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar”⁵⁵⁶.

En cuanto al ámbito de aplicación de esta Ley, su artículo 2 nos señala que “Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades (...). Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes

⁵⁵⁵ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, Gobierno de Colombia y Economía Urbana Ltda. 2012. Evaluación de operaciones y resultados del proceso de consulta previa. Informe 4: Informe Final- Informe de evaluación e Informe de Recomendaciones. [en línea]. 8 de Diciembre de 2012. <<https://sinergia.dnp.gov.co/Sinergia/Archivos/0993b2cd-6911-4f7e-94cd4c1cc6b7e5c5/Informe%20Final%20Evaluaci%C3%B3n%20Consulta%20Previa.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 262.

⁵⁵⁶ COLOMBIA. Congreso de la República de Colombia. 2011. Ley N° 1.437 por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. [en línea]. 18 de Enero 2011. <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/ley143718012011.pdf>>. [consulta: 30 de Noviembre 2014].

especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código”.

Así las cosas, tenemos, por tanto, como actores participantes⁵⁵⁷ en el proceso de consulta previa en medidas administrativas a:

(1) Un actor garante⁵⁵⁸: el Ministerio de Interior, a través de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, y la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom.

(2) Actores concertantes: estos son:

a) Instancias representativas de comunidades étnicas.

b) Organismos y entidades señalados en el artículo 2 de la Ley N° 1.437 de 2011, entre los que se encuentran las municipalidades.

6.1.3. Jurisprudencia.

Dada la escasa normativa en esta materia, ha sido la jurisprudencia quien se ha encargado de solucionar una serie de problemas suscitados en

⁵⁵⁷ Para mayor información recomendamos leer:

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, Gobierno de Colombia y Economía Urbana Ltda. Ob. Cit. (nota 555). Pág. 263.

⁵⁵⁸ Su función es determinar, mediante un oficio que le envía la autoridad respectiva, la pertinencia de la consulta previa. Asimismo, una vez que dicha autoridad recepciona la respuesta del Ministerio del Interior, y siendo la respuesta positiva, procede a solicitar, vía oficio, a la Dirección correspondiente del Ministerio del Interior, la apertura de un expediente de la consulta previa. Para mayor información respecto al rol de garante del Ministerio del Interior, y de las etapas a seguir en la consulta previa, ver: *Ibíd.* Pág. 271 y siguientes.

torno al Convenio 169 en Colombia, siendo “la Corte Constitucional la pionera en la exigencia de la consulta previa para medidas que puedan afectar a los pueblos étnicos y en la fijación de sus alcances jurídicos. Los fundamentos de la mayor parte de las decisiones de la Corte residen en la importancia que la Constitución da a la diversidad étnica y cultural de la Nación. El gobierno nacional (colombiano) ha actuado casi siempre de manera reactiva frente a los fallos del Alto Tribunal y el Congreso de la República no ha tratado el tema”⁵⁵⁹.

6.1.3.1. Período entre 1997 a 2009.

Así, de acuerdo a la jurista Natalia Orduz⁵⁶⁰, la Corte Constitucional de Colombia, en un primer período (entre 1997 y 2009), procedió a reconocer la consulta como derecho fundamental exigido a través de la acción de tutela⁵⁶¹, estableciendo, además, una serie de principios para ello⁵⁶². De igual forma, establece que la consulta es mecanismo para escuchar las posiciones de las comunidades afectadas, pero dejando siempre por fuera de su alcance la decisión final.

⁵⁵⁹ ORDUZ SALINAS, Natalia. Ob. Cit. (nota 520). Pág. 10

⁵⁶⁰ *Ibíd.*

⁵⁶¹ COLOMBIA. Corte Constitucional. N° SU-039. Sentencia de 3 de Febrero de 1997. [en línea]. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/su039-97.htm>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁵⁶² Entre ellos, el que deben ser realmente previa a la toma de decisiones que afecten a los pueblos étnicos, de buena fe, con respeto a usos y costumbres de cada pueblo indígena, con sus autoridades representativas y exigible siempre que se afecte su territorio, incluso cuando este no haya sido titulado.

En cuanto al alcance de la consulta previa, nos parece necesario destacar la interpretación que ha dado la Corte Constitucional al artículo 330 de la Constitución, al señalar que “(...)La aceptación y protección que la Carta otorga a la consulta previa es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura, y es a su vez una forma de concreción del poder político que la Constitución promueve como valor fundamental del Estado. En este sentido, ha dicho esta Corporación que la obligación impuesta al Estado, de consultar previamente a los grupos étnicos cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten, es expresión concreta del artículo 7º Superior, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, del 40-2, que garantiza el derecho de todo ciudadano a la participación democrática, del artículo 70 que considera la cultura fundamento de la nacionalidad, y de manera particular, de los artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento, que prevén la participación previa de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios”⁵⁶³. Así, la Corte “le ha dado un

⁵⁶³ COLOMBIA. Corte Constitucional. N° C-208/07. Sentencia de 21 de Marzo de 2007. [en línea] <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25929>> [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Considerando N°5, párrafo 2.

alcance mayor a la consulta previa, fundamentando su posición en la interpretación de otros artículos adicionales al párrafo del 330”⁵⁶⁴.

En esta misma línea, la sentencia C-030 de 23 de Enero de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia⁵⁶⁵ procede a establecer los criterios específicos para la aplicación de la consulta, lo que tendría lugar cuando la medida que se quiera implementar “contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta”.

A lo anterior, habría que agregar que “el criterio esbozado se acompasa con una lectura interpretativa amplia sobre los asuntos que deben ser sometidos a consulta previa”⁵⁶⁶.

Respecto a la forma de realización de la consulta previa, la Corte Constitucional ha dicho que “el Estado Colombiano deberá tener en cuenta que los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva

⁵⁶⁴ QUINTERO NAVAS, Gustavo. 2012. Consulta previa a las comunidades indígenas, afrodescendientes y los pueblos tribales en Colombia: el papel garantista del juez constitucional. [en línea]. Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica. N°12, 2012. <http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2012_n12/stu_07Quintero%20Navas.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 424.

⁵⁶⁵ COLOMBIA. Corte Constitucional. N° C-030/08. Sentencia de 23 de Enero de 2008. [en línea]. <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=30385>> [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Considerando 4, N° 4.2.2.2.1., párrafo 5.

⁵⁶⁶ QUINTERO NAVAS, Gustavo. Ob. Cit. (nota 564). Pág. 426.

aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y del artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado”⁵⁶⁷.

En este período, la Corte Constitucional⁵⁶⁸ estableció, como se dijo precedentemente, una serie de principios para efecto de la consulta previa, entre los que encontramos: que debe ser realmente previa a la toma de decisiones que afecten a los pueblos étnicos (medidas específicas y directas); debe realizarse de buena fe; con respeto a usos y costumbres de cada pueblo indígena; con sus autoridades representativas; la no asimilación de la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas, o actuaciones afines; y exigible siempre que se afecte su territorio (incluso cuando no hayan sido formalmente delimitadas como territorios indígenas, o no se hayan

⁵⁶⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional. N° T-737/05. Sentencia de 14 de Julio de 2005. [en línea]. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-737-05.htm>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. VI., N°2.

⁵⁶⁸ Entre la jurisprudencia podemos mencionar: la sentencia C-461 del 14 de Mayo de 2008; sentencia SU-039 de 3 de Febrero de 1997; sentencia T-652 de 10 de Noviembre de 1998.

A modo de ejemplo, la sentencia C-461 del 2008 señala en su considerando 6.3.2. que “(...) La consulta previa no es un proceso adversarial en el que las autoridades se contraponen a los grupos étnicos; por el contrario, es una oportunidad para que los grupos étnicos afectados participen efectivamente en los proyectos que, con su pleno e informado consentimiento, se hayan de realizar en sus territorios ancestrales, esencialmente orientada a garantizar la integridad de sus derechos colectivos: “...el derecho a la consulta previa, previsto en el Convenio 169, no conlleva el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino que se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo.” La sentencia cita, al final, a otra sentencia, la SU-383 de 2003.

asignado como propiedad colectiva de las comunidades negras, sí hagan parte del hábitat natural de tales comunidades, deben ser objeto de un proceso de consulta previa), entre otros⁵⁶⁹.

6.1.3.2. Período desde el año 2009 a la actualidad.

El segundo período comprende desde el año 2009 a la actualidad, época en donde la Corte Interamericana introdujera la exigencia del consentimiento en la decisión del caso Saramaka versus Surinam⁵⁷⁰, la cual fue acogida posteriormente por la Corte Constitucional de Colombia en sus fallos, siempre y cuando la medida es de tal magnitud o impacto que pueda poner en riesgo la supervivencia misma de la etnia.

6.1.3.3. Medidas legislativas.

Por otra parte, respecto a las medidas legislativas, “la Corte determinó (en el año 2008) que hay leyes de carácter general que afectan a los pueblos

⁵⁶⁹ Para profundizar en este tema, recomendamos leer: QUINTERO NAVAS, Gustavo. Ob. Cit. (nota 564). Pág. 439 y siguientes.

⁵⁷⁰ Para mayor información ver sentencia del 28 de noviembre de 2007 sobre Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del pueblo indígena Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de Noviembre de 2007. [en línea]. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

étnicos en cuanto tales, es decir, que pueden generar cambios positivos o negativos en su identidad cultural. En estos casos, el gobierno está obligado a consultar estas leyes y a acordar las metodologías de consulta en espacios apropiados, como la Mesa Permanente de Concertación”⁵⁷¹.

6.1.4. La consulta previa en el ámbito municipal.

De acuerdo a datos estadísticos, las medidas administrativas (sin distinción)⁵⁷² representaron el 10,8% del total de consultas previas efectuadas en Colombia entre los años 2003 y 2011, destacando entre ellas las concernientes a acciones de erradicación de cultivos ilícitos que representaron cerca del 43%⁵⁷³.

En cuanto a los municipios, sabemos, en atención a lo descrito en puntos anteriores, que estos organismos deben seguir los procedimientos existentes⁵⁷⁴, considerando, la normativa y jurisprudencia vigente.

⁵⁷¹ ORDUZ SALINAS, Natalia. Ob. Cit. (nota 520). Pág. 12.

⁵⁷² La sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-382/06 ejemplifica los siguientes casos en sede administrativa: “(...) cuando se ejecutan actos específicos o individuales que puedan afectar o interesar a las comunidades indígenas, v. g. la expedición de una licencia ambiental, la constitución de una concesión, la ejecución de un programa de fumigación de cultivos ilícitos o la contratación de una obra”. COLOMBIA. Corte Constitucional. N° T-382/06. Sentencia de 22 de Mayo de 2006. [en línea]. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-382-06.htm>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁵⁷³ Fuente: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, Gobierno de Colombia y Economía Urbana Ltda. Ob. Cit. (nota 555). Pág. 275.

⁵⁷⁴ *Ibíd.* Pág. 271 y siguientes.

No obstante, para efectos de este estudio, ha sido difícil encontrar casos de consulta previa referida a actos administrativos de los municipios. Sin embargo, podemos señalar entre ellos los siguientes⁵⁷⁵:

(1) Sentencia Corte Constitucional de Colombia T-379-11⁵⁷⁶, referida a la provisión de personal docente para la Institución Educativa Municipal El Encano, Resguardo Indígena Quillacinga Refugio del sol.

Dicha sentencia trata la acumulación de dos causas, una interpuesta por don Camilo Ernesto Rodríguez Quispe, en representación del Resguardo Indígena Quillasinga “Refugio del Sol”, contra el Municipio de Pasto y la Secretaría de Educación Municipal de Pasto, por vulneración de los derechos fundamentales a la consulta previa y a una educación que respete y desarrolle la identidad cultural en perjuicio de la comunidad indígena al desvincular, en razón de la realización del respectivo concurso de méritos, a varios docentes pertenecientes a la misma (comunidad indígena) quienes se encontraban

⁵⁷⁵ Cabe precisar que no es objeto del presente estudio un análisis detallado de cada sentencia, sino más bien, resaltar lo concerniente a la consulta previa y a las medidas administrativas que pudieran verse afectadas por ella.

Además de los ejemplos descritos, podemos señalar las siguientes sentencias.

- a) COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. N° T-745/10. Sentencia de 14 de Septiembre de 2010. [en línea]. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-745-10.htm>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
- b) COLOMBIA. Corte Constitucional. Ob. Cit. (nota 567).
- c) COLOMBIA. Corte Constitucional. N° T-601/11. Sentencia de 10 de Agosto de 2011. [en línea]. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-601-11.htm>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁵⁷⁶ COLOMBIA. Corte Constitucional. N°T-379/11. Sentencia de 12 de Mayo de 2011. [en línea]. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-379-11.htm>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].

laborando en calidad de provisionales en la Institución Educativa Municipal El Encano del Municipio de Pasto; la otra, interpuesta por doña Diva Lucía Zúñiga Samboní contra el Departamento del Cauca y la Secretaría de Educación Departamental del Cauca, por vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, al debido proceso, a la dignidad y a la estabilidad laboral reforzada al desvincularla, en razón de la realización del respectivo concurso de méritos, de su cargo de docente en la Integración Educativa Agropecuaria Valencia en la que se encontraba laborando en calidad de provisional. Para efectos del presente trabajo, sólo se hará mención a la primera causa.

Así las cosas, la Corte, procedió a reconocer a las comunidades indígenas como sujetos titulares de derechos, señalando, sobre la consulta previa, que “ésta se debe llevar a cabo respecto de cualquier aspecto que afecte directamente a la comunidad étnica”. Igualmente, dijo que “en caso de medidas administrativas que afecten directamente a las comunidades étnicas se ha determinado que, al ser la consulta un derecho fundamental, procede la acción de tutela para que las comunidades étnicas exijan del estado su realización”.

Posteriormente, la Corte declaró que “a la luz de estos hechos encuentra la Sala que se presentó una vulneración del derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad Indígena Quillasinga por parte del Municipio

de Pasto pues la aplicación de los criterios a los que se ha hecho referencia es, indudablemente, una medida administrativa que afecta directamente a la Comunidad Indígena Quillasinga y, en ese sentido, no debió haber sido adoptada unilateralmente por el demandado sin antes surtir un proceso de consulta.

Esta afectación tiene carácter directo ya que, según las pruebas recabadas por el despacho, aproximadamente el 29% de los estudiantes matriculados en el mencionado establecimiento educativo pertenecen a la comunidad indígena Quillasinga, porcentaje que si bien no constituye la mayoría representa una porción importante de la población estudiantil. Lo dicho no se desvirtúa por la discusión existente en torno a si la Institución Educativa Municipal El Encano y sus sedes se encuentran o no en el territorio indígena del Resguardo Indígena Quillasinga “Refugio del Sol” pues, como se expresó, al tenor del artículo 6 del Convenio 169 de OIT, la obligación de adelantar la consulta previa se activa en presencia de cualquier medida que afecte directamente y de manera significativa a una comunidad étnica y no solamente con aquellas que se ejecuten en su territorio”.

En su parte resolutive, número tercero, la Corte procede a “ordenar al Ministerio de Educación Nacional que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, expida una Directiva Ministerial en la que oriente a las entidades territoriales encargadas de reportar

las vacantes de docentes y directivos docentes para los concursos públicos de méritos del decreto ley 1278 de 2002 en el sentido de que, en adelante, antes de reportar las vacantes en cargos de docentes o directivos docentes en instituciones educativas oficiales que atiendan población indígena y población que no se identifica como perteneciente a una etnia, el departamento, el municipio o el distrito -según el caso- deberá convocar a una consulta previa a las comunidades indígenas con presencia en la respectiva entidad territorial con el fin de identificar criterios temporales para en qué casos estas vacantes deben ser excluidas de los concursos públicos de méritos del decreto ley 1278 de 2002. Sólo una vez hecha la consulta previa –departamental, distrital o municipal- y definidos los criterios temporales para determinar las vacantes que deben ser excluidas de los mencionados concursos, estos podrán ser aplicados para determinar cuáles de los cargos vacantes se reportarán para el concurso público de méritos. Los cargos que queden excluidos, mientras se concluye el proceso de consulta previa que se sigue actualmente en la Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para los Pueblos Indígenas, deberán ser provistos temporalmente, mediante nombramiento en provisionalidad, con respeto del artículo 62 de la ley 115 de 1994 y el artículo 12 del decreto 804 de 1995”.

(2) Sentencia Corte Constitucional de Colombia T-698-2011⁵⁷⁷, referida a la Construcción de una estación base de telefonía celular de Comcel S. A., Resguardo Indígena Cañamomo- Lomaprieta.

El resguardo indígena⁵⁷⁸ mencionado precedentemente interpuso una acción de tutela para la obtención del amparo constitucional de los derechos fundamentales a la integridad de los pueblos indígenas; a la protección de las prácticas sociales y culturales; a la consulta previa y al consentimiento previo, libre e informado; a decidir sobre su propio desarrollo; al territorio y al debido proceso, presuntamente vulnerados por la Alcaldía de Riosucio, Caldas, al autorizar la construcción de una antena de comunicaciones en su territorio ancestral, sin agotar la consulta previa, libre e informada exigida por la normativa existente.

La sentencia señala, sobre la consulta previa, que el “objetivo de participación activa y efectiva que persigue la Constitución sólo se cumple cuando las comunidades étnicas son informadas de forma oportuna y completa sobre los proyectos que pueden afectarlas, sobre la manera en que su ejecución puede interferir en los elementos constitutivos de su cohesión social, cultural, económica y política y cuando cuentan con el espacio para valorar libremente el proyecto y para pronunciarse sobre su viabilidad”. De igual forma,

⁵⁷⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional. N° T-698/11.Sentencia de 20 de Septiembre de 2011. [en línea]. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-698-11.htm>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁵⁷⁸ Recordemos la definición de resguardo entregado en el pie de página 535.

prescribe que “la consulta debe agotarse antes de adoptar cualquier medida administrativa o legislativa que tenga el potencial de afectar a los grupos tribales e indígena”. Agrega, además, que “cualquier decisión legislativa o administrativa que les resulte virtualmente nociva, en la medida en que pueda impactar sobre su autonomía, diversidad e idiosincrasia, debe consultárseles en las condiciones exigidas por la jurisprudencia”.

Respecto al caso en concreto la Corte señala que “es claro que dicha construcción (de estación de comunicaciones) podría, eventualmente, afectar el derecho al medio ambiente, a la salud y la cosmovisión de la comunidad del resguardo Cañamomo-Lomaprieta, como de hecho lo insinuaron los accionantes en el escrito de tutela”. Posteriormente dice que “no entrará la Sala a calificar ese grado de posible afectación, porque no le corresponde. Como se explicará más adelante, esa es una de las cuestiones que debe abordarse en el proceso de consulta. Lo dicho en líneas anteriores es un motivo suficiente para considerar que la licencia que permite construir estaciones de comunicaciones genera una intervención estatal que debe ser consultada con las autoridades indígenas”.

En cuanto a la afectación del territorio ancestral, la Corte dijo que “la consulta previa es exigible cuando una medida legislativa o administrativa afecta territorios habitados por minorías étnicas, independientemente de que su

relación con dichos territorios no esté amparada por un título de propiedad ajustado a los estándares de la legislación civil”.

En cuanto a su resolución la Corte prescribió que “no se anulará la licencia para la construcción de la estación base de telefonía celular ni se ordenará el derrumbamiento de la misma, porque dichas órdenes conducirían a desconocer los objetivos del proceso de consulta. De lo que se trata este procedimiento es de que sea la comunidad étnica la que, en un ámbito de interlocución con las autoridades y con los responsables de los proyectos, valore la afectación que cierta medida puede causar sobre sus territorios, sobre su integridad cultural o sobre cualquier aspecto de su cosmovisión”. No obstante esto, la Corte dispuso “la suspensión de las operaciones de la citada estación de comunicaciones, mientras se agota el proceso de consulta”.

Otros casos a debatir son, por ejemplo, los presupuestos municipales. Así, tenemos el caso en concreto de una reunión de socialización efectuada el 8 de Octubre de 2010 para la aprobación del presupuesto del municipio de Manizales para el año 2011, la cual pretendió tener el carácter de “consulta previa”. Del análisis de la legislación y jurisprudencia Colombiana hasta ahora, podemos decir categóricamente que dicha reunión no cumplió con los estándares mínimos de consulta previa establecidos para tales efectos⁵⁷⁹.

⁵⁷⁹ Para mayor información, ver análisis efectuado en el siguiente blog sobre el caso en comentario: GUZMÁN RENDÓN, Alejandro. 2010. Consulta previa para la aprobación del presupuesto del municipio de manizales 2011: es evidente que no se realizó. ilegalidad en el trámite. [en línea]. E-Democracia local

Finalmente, podemos mencionar una consulta previa en la cual estuvo involucrado el municipio de Aldana (entre otros actores) relativa a la ampliación y mejoramiento del aeropuerto San Luis, la cual siguió el proceso existente en esta materia (señalado en párrafos anteriores), y cuya protocolización se efectuó el 19 de Noviembre de 2013⁵⁸⁰.

6.1.5. Conclusiones.⁵⁸¹

Como puede apreciarse de lo expuesto precedentemente, y de acuerdo a la normativa vigente (sin importar las críticas que puedan existir sobre ella) “en la ejecución de las consultas previas de proyectos locales, el responsable es el gobierno, en particular la dirección de consulta previa del Ministerio del

desde la ciudadanía. 4 de Diciembre de 2010. Colombia. <<http://www.juguemosdelocales.blogspot.com/2010/12/consulta-previa-para-la-aprobacion-del.html>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁵⁸⁰ Para mayor información ver:

GONZÁLEZ, Edgar. 2013. Se protocolizó la consulta previa con el cabildo indígena de Ipiales que permitirá avanzar con el proyecto de ampliación de la pista del aeropuerto San Luis ubicado en el municipio de Aldana. [en línea]. Publicaciones de IPITIMES.COM. 20 de Noviembre de 2013. <<http://www.ipitimes.com/gobernacion091913.htm>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁵⁸¹ Sobre la consulta previa en Colombia podría resultar interesante al lector el documento elaborado por la oficina en Colombia del alto comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos, en el cual se entrega la visión de los pueblos, además de propuestas para procedimientos a seguir en los procesos de consulta previa, entre otros temas.

OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. 2013. Voces y Palabras Mayores de los pueblos étnicos de Colombia sobre el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado. [en línea]. Documento de trabajo. Abril de 2013. Colombia. <<http://www.ecolex.org/server2.php/libcat/docs/LI/MON-088802.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

Interior"⁵⁸². Al respecto, se ha dicho que el costo de estas consultas es alto y el gobierno nacional no lo asume, salvo que el proyecto sea de su propia iniciativa, no obstante que la Directiva 1 del año 2010 determinó que son “las entidades, organismos, empresas o titulares de proyectos” quienes deben financiar todas las actividades de la consulta previa”.

Con todo, la consulta previa es un procedimiento especial que debe ser previamente concertado porque es de carácter público, especial y siempre obligatorio. Debe realizarse teniendo en cuenta aspectos metodológicos y además debe ser desarrollada de buena fe y en debida forma. Así, quien realice la consulta debe desarrollar un procedimiento, el cual implica las siguientes fases: Fase pre-consulta (la comunidad se prepara con información y se concierta la forma como se va a realizar la consulta); Fase de realización de consulta (con diversas reuniones en las cuales se discuten los proyectos, los impactos o afectaciones y las formas de prevenirlos, solucionarlos o mitigarlos); Fase de seguimiento y control (es fundamental que se hayan establecido los compromisos, los tiempos para su cumplimiento, los recursos financieros y los responsables)⁵⁸³.

⁵⁸² ORDUZ SALINAS, Natalia. Ob. Cit. (nota 520). Pág. 15.

⁵⁸³ Para mayor información se recomienda leer: RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. 2010. La Consulta Previa con Pueblos Indígenas y Comunidades Afrodescendientes en Colombia. [en línea]. Bogotá, Colombia. Universidad del Rosario. <http://www.urosario.edu.co/urosario_files/1f/1fd9b49f-b717-4dc1-8875-657612776cff.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

De este modo, tanto en Colombia como en otros países de la región, el problema institucional es que el reconocimiento étnico es un primer paso que tiene carácter obligatorio para el segundo paso, que es el reconocimiento y restablecimiento de los derechos territoriales y colectivos de los pueblos indígenas. “Sin reconocimiento étnico, no hay derechos territoriales, ni colectivos [y ocurre con bastante frecuencia que] se desconoce la pertenencia étnica de una comunidad integrante de un pueblo indígena reconocido, dependiendo de la presencia de recursos naturales en sus territorios ancestrales. Esto les ha ocurrido, entre otros, a los Bari, los Sikuani, Siona y Awá cuando se han enfrentado a ECOPETROL y a las multinacionales vinculadas con la explotación de hidrocarburos”⁵⁸⁴.

En el ámbito municipal, se aplica la normativa vigente al respecto, así como la jurisprudencia, destacando el hecho que la consulta previa no es vinculante, y donde la afectación a las comunidades étnicas reconocidas debe ser directa, aunque “eventual”, como indica una sentencia de la Corte Constitucional. Igualmente, resulta importante señalar que la discusión en torno al grado de afectación deba desarrollarse en la misma consulta previa.

⁵⁸⁴ PIENDAMÓ, La María. 2008. Verdades de los pueblos indígenas de Colombia que el gobierno desdibuja!!!. [en línea]. DH Colombia. Red de defensores no institucionalizados. 2 de Noviembre de 2008. <<http://www.dhcolombia.info/spip.php?article681>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].Pág. 15.

6.2. Perú

6.2.1. Características de la nación.

Al igual que en Colombia, empezaremos señalando las características de su población indígena, además del contexto demográfico en general y su contexto político-administrativo.

En primer lugar, Perú es una nación multicultural y multilingüe⁵⁸⁵, cuya población asciende a 30.814.175, a Junio de 2014⁵⁸⁶ ⁵⁸⁷, de los cuales un 74% vive en áreas urbanas y un 28% en áreas rurales, de acuerdo al censo del año 2007⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ El artículo 48 de la Constitución Política de Perú establece: “Idiomas oficiales. Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley”.

PERÚ. Congreso Constituyente. 1993. Constitución Política del Perú. [en línea]. 29 de Diciembre de 1993 (30 de Diciembre de 1993). <<http://pdba.georgetown.edu/Parties/Peru/Leyes/constitucion.pdf>>. [consulta: 17 de Marzo de 2015].

⁵⁸⁶ Fuente: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS E INFORMÁTICA. 2014. Estado de la población peruana 2014. [en línea]. Instituto Nacional de Estadísticas e Informática. Perú. Boletín Especial N°17. <http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1157/libro.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁵⁸⁷ De acuerdo al censo del año 2007 la población en Perú ascendía a 28.220.764 personas. Fuente: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS E INFORMÁTICA. 2008. Censos Nacionales 2007: XI de Población y VI de Vivienda. Primeros Resultados. Perú: Crecimiento y distribución de la población. [en línea]. <<http://censos.inei.gob.pe/censos2007/documentos/ResultadoCPV2007.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2014].

⁵⁸⁸ En atención a la diferencia de fechas, de 2007 a 2014, los porcentajes pueden variar, más no significativamente. Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas e Informática.

Los pueblos originarios, por su parte, corresponderían a 6.5 millones de habitantes^{589 590}, una de las poblaciones indígenas más grandes de América Latina. “(...) La diversidad cultural de los pueblos originarios se refleja en la presencia de más de 60 grupos étnicos quechuas, aimaras, aguarunas, ashaninkas y otros pueblos indígenas amazónicos, 396 pertenecientes a 1.786 comunidades indígenas, ubicadas en 11 departamentos”⁵⁹¹.

Respecto a la distribución de estos grupos indígenas, un 70,1% vive en la Sierra; un 25,8% en la Costa y 4,1% en la Selva⁵⁹². De igual forma, se estima que un 55,8% de la población indígena vive en el área urbana (3,6

⁵⁸⁹ De acuerdo al censo 2007.

RIBOTTA, Bruno. 2010. Diagnóstico Sociodemográfico de los Pueblos Indígenas de Perú. [en línea]. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) – Fundación Ford. <http://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/6/40386/peru_julio2010.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 15.

⁵⁹⁰ Es importante señalar que pese a la notoria importancia de la población indígena en Perú, es en “(...) el año 2000 (que) por primera vez el INEI incorporó una pregunta de autoadscripción étnica en la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHO), requiriendo al Jefe del Hogar y a su respectivo cónyuge ese tipo de información”.

VALDIVIA, Nestor. 2011. El uso categorías étnico/raciales en censos y encuestas en el Perú: balances y aportes para una discusión. [en línea]. Documento de Investigación Pobreza y Equidad N° 60. Noviembre de 2011. Grupo de Análisis para el Desarrollo. <<http://www.grade.org.pe/download/pubs/ddt/ddt60.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 9.

No obstante lo anterior, desde el censo de 1940 se ha consultado la raza (asociado a rasgos fenotípicos del informante), y desde el censo de 1961 el idioma hablado (con sus variantes).

HIDALGO CALLE, Nancy. 2013. Las estadísticas sobre autoidentificación étnica en el Perú. [en línea]. Lima. Instituto Nacional de Estadística e Informática. <http://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/4/51424/Nancy_Hidalgo_Peru.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁵⁹¹ FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL. 2011. El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. [en línea]. Fundación para el Debido Proceso Legal y OXFAM. <http://www.observatori.org/documents/INFORME_DERECHO_CONSULTA_2011.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 76.

⁵⁹² RIBOTTA, Bruno. Ob. Cit. (nota 589). Pág.17.

millones), de los cuales un 54% de ellos residiría en la región de la Sierra (2 millones), un 44% en la Costa (1,6 millones), y el 2% restante en la Selva (0,06 millones)^{593 594}.

6.2.1.1. División política-administrativa.

La Constitución Política de 1993 señala, en su artículo 1, que “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”.

En este contexto el capítulo XIV, denominado “de la descentralización”, nos señala su división político-administrativo. Así, el artículo 189 establece que “El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la

⁵⁹³ *Ibíd.* Pág.31.

⁵⁹⁴ Perú tiene 3 regiones naturales reconocidas: región de la costa, sierra y selva. La primera, corresponde a una franja que se extiende de norte a sur del país, entre el mar y la falda de los andes, a unos 1.000 metros de altitud. En ella se localiza la infraestructura productiva más desarrollada y diversificada del país. La segunda, la región de la sierra, representa una importante extensión territorial, de gran altura y clima adverso, cuya población se distribuye en núcleos muy dispersos entre sí, que tienden a centrarse en las capitales de los departamentos. Finalmente, en tercer lugar tenemos la región de la selva, correspondiente a la mayor parte del territorio de Perú: el llano amazónico y las vertientes orientales y contra fuertes andinos, cuyas laderas están cubiertas de bosques, en donde se suelen distinguir dos sectores: la Selva Alta (conformada principalmente por los departamentos de Amazonas y Ucayali), y Selva baja (resto); el primer sector cuenta con un mayor poblamiento, exceptuando su extremo sur, también llamado “Ceja de la Selva”, de relieve muy accidentado.

Ibíd. Pág. 13.

Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación. El ámbito del nivel regional de gobierno son las regiones y departamentos. El ámbito del nivel local de gobierno son las provincias, distritos y los centros poblados”.

Por su parte, el artículo 194 de este mismo cuerpo legal dispone que “Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley. La estructura orgánica del gobierno local la conforman el Concejo Municipal como órgano normativo y fiscalizador y la Alcaldía como órgano ejecutivo, con las funciones y atribuciones que les señala la ley (...)”.

Continuando con las municipalidades, la Constitución Política de Perú, en su artículo 197, nos señala que “(...) (éstas) apoyan y reglamentan la participación vecinal en el desarrollo local. Asimismo brindan servicios de seguridad ciudadana, con la cooperación de la Policía Nacional del Perú, conforme a ley”.

6.2.2. Normativa interna.⁵⁹⁵

En Perú, al igual que en Colombia, durante la primera mitad de la década de los 90 se caracterizó por la dictación de una serie de normativas que afectaron en diversas formas a la población étnica de este país.

Antes de esta década, cabe destacar el Decreto Ley N°20.653 de 1974, denominado Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de las Regiones de Selva y Ceja de Selva , que promovió la organización de los pueblos indígenas en comunidades nativas y buscó consolidar su acceso a la tierra y al bosque. Como dice una autora, “esta Ley es la promotora de un verdadero cambio de estructuras en la Amazonía, a partir del reconocimiento de las "tribus selvícolas" en comunidades nativas. La ley reconoció su existencia legal y personería jurídica”^{596 597}. Asimismo, merece mención la Constitución de 1979⁵⁹⁸, la cual estableció que las Comunidades Campesinas y las Nativas

⁵⁹⁵ Con el objeto de interiorizarse más respecto a normas relacionadas a la comisión de pueblos andinos, amazónicos y afroperuanos, ambiente y ecología, recomendamos ver el siguiente sitio web: CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE PERÚ [s.a.] Normas relacionadas a la comisión de pueblos andinos, amazónicos y afroperuanos, ambiente y ecología. [en línea]. <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/58DA6FA6980584EC052575C3007FDBC4/\\$FILE/Relac.Dispos.Pueblos_Andinos_Amaz%C3%B3.Afroperu.Ambient_Ecolog..pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/58DA6FA6980584EC052575C3007FDBC4/$FILE/Relac.Dispos.Pueblos_Andinos_Amaz%C3%B3.Afroperu.Ambient_Ecolog..pdf)>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁵⁹⁶ CHUECAS CABRERA, Adda. [s.a.] El Derecho de los Pueblos Indígenas y Comunidades en el Contexto Histórico del Perú. [en línea]. <<http://www.caaap.org.pe/archivos/derecho.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág.8.

⁵⁹⁷ El mencionado Decreto fue modificado por el Decreto Ley N° 22.175, de 9 de Mayo de 1978.

⁵⁹⁸ Es preciso decir que ya desde la Constitución de 1920 se reconocía a las comunidades, no obstante de tener algunas falencias, como la limitación al voto indígena (al exigir el alfabetismo para ejercer este derecho). Posteriormente, la Constitución de 1933 vino a reforzar muchas de las ideas plasmadas en la

tienen existencia legal y personería jurídica⁵⁹⁹, que son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo, entre otros aspectos.

Llegamos así a la década de los 90, en la cual se publicó el 8 de septiembre de 1990 el Código de Medio Ambiente y Recursos Naturales⁶⁰⁰ a través del Decreto Legislativo N° 613, el cual estableció el derecho de toda

anterior constitución, profundizando algunos temas como la ampliación de las responsabilidades del Estado en su compromiso de asegurar el respeto de los derechos especiales de las comunidades indígenas.

A vía de ejemplo, podemos señalar:

Art. 58 de la Constitución Política de Perú de 1920 “El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan”.

Para mayor información ver:

PERÚ. Asamblea Nacional. 1920. Constitución para la República del Perú. [en línea]. 18 de Enero de 1920. <<http://www.deperu.com/archivos/const-1920.pdf>>. [consulta: 17 de Marzo 2015].

Artículo 207 de la Constitución Política de Perú de 1933 “Las comunidades indígenas tienen existencia legal y personería jurídica”.

Artículo 211 de la Constitución Política de Perú de 1933 “El Estado procurará de preferencia adjudicar tierras a las comunidades de indígenas que no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, y podrá expropiar, con tal propósito, las tierras de propiedad privada conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 29”.

PERÚ. Congreso Constituyente. 1933. Constitución Política del Perú. [en línea]. 29 de Marzo de 1933. <<http://www.deperu.com/archivos/const-1933.pdf>> [consulta: 17 de Marzo 2015].

⁵⁹⁹ Artículo 161 de la Constitución Política de Perú de 1979 “La Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y personería jurídica. Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece. El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia las superación cultural de sus integrantes”.

PERÚ. Asamblea constituyente. 1979. Constitución para la República del Perú. [en línea]. 12 de Julio de 1979. <<http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>>. [consulta: 17 de Marzo de 2015].

⁶⁰⁰ PERÚ. Presidencia de la República. 1990. Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales. Decreto Legislativo N° 613. [en línea]. 7 de Septiembre de 1990 <http://www.peru.gob.pe/docs/PLANES/94/PLAN_94_DL%20N%C2%BA%20613%20C%C3%B3digo%20del%20Medio%20Ambiente%20y%20los%20Recursos%20Naturales_2008.pdf>. [consulta: 17 de Marzo de 2015].

persona a participar en la política ambiental del país y en la adopción de las medidas correspondientes^{601 602}. Sin embargo, en atención a la necesidad de flexibilizar la normativa existente en pro de la inversión en la explotación de recursos naturales, el gobierno de don Alberto Fujimori procedió, al poco tiempo, a derogar, sustituir o modificar un sinnúmero de artículos de este código⁶⁰³.

Igualmente, en 1993 se aprobó una nueva Constitución Política⁶⁰⁴, la cual “introdujo dos preceptos novedosos uno referido al reconocimiento de la identidad étnica como derecho fundamental de toda persona (art.2, inc.19⁶⁰⁵); y el reconocimiento de la jurisdicción indígena y el derecho consuetudinario

⁶⁰¹ “Participación ciudadana. VI. Toda persona tiene el derecho de participar en la definición de la política y en la adopción de las medidas de carácter nacional, regional y local relativas al medio ambiente y a los recursos naturales. De igual modo, a ser informada de las medidas o actividades que puedan afectar directa o indirectamente la salud de las personas o de la integridad del ambiente y los recursos naturales. Todos están obligados a proporcionar a las autoridades las informaciones que éstas requieran en el ejercicio de sus atribuciones para el control y vigilancia del medio ambiente”.

⁶⁰² En cuanto a los artículos que mencionaban directamente a los pueblos indígenas, podemos citar, a vía de ejemplo, aquel que “(...) obligaba a los proyectos de aprovechamiento energético que afectaran derechos de comunidades indígenas a “incluir los costos de reposición de las áreas afectadas” (Art. 72º). Un reconocimiento tan evidente como justo”. Otro artículo importante fue el 54, el cual reconocía el derecho de propiedad de las comunidades campesinas y nativas ancestrales sobre las tierras que poseen dentro de las áreas naturales protegidas y en sus zonas de influencia. CHIRIF, Alberto. 2012. Derechos indígenas en la Legislación peruana. Informe final. [en línea]. <<http://americalatina.landcoalition.org/sites/default/files/105720337-MULTIMEDIA-Alberto-Chirif-Informe-Final-Formateado-1.pdf>> [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 9.

⁶⁰³ *Ibíd.* Pág. 10. .

⁶⁰⁴ Para un mayor análisis respecto a la pluralidad cultural en la Constitución de 1993, recomendamos leer el siguiente artículo: BERNALES BALLESTEROS, Enrique y RUIZ BALLÓN, Antonio. 2006. La pluralidad cultural en la Constitución peruana de 1993 frente a las perspectivas de la reforma judicial y al derecho penal. [en línea]. Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal 2006. <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2006_06.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁶⁰⁵ Artículo 2 de la Constitución Política de Perú de 1993 “Derechos fundamentales de la persona. Toda persona tiene derecho: (...) 19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete (...)”.

dentro del territorio comunal. Por lo demás, las tierras comunales perdieron su carácter proteccionista cuando ésta Constitución les retiró la calidad de inembargabilidad e inajenabilidad”⁶⁰⁶. Así, entre los artículos referidos a los pueblos originales podemos mencionar a los artículos 17 inciso 4⁶⁰⁷, 48⁶⁰⁸, 89⁶⁰⁹ y 149^{610 611}.

⁶⁰⁶ CHUECAS CABRERA, Adda. Ob. Cit. (nota 596). Pág.10.

⁶⁰⁷ Artículo 17 “Obligatoriedad de la educación inicial, primaria y secundaria (...) Asimismo fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional”.

⁶⁰⁸ Artículo 48 “Idiomas oficiales. Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley”.

⁶⁰⁹ Artículo 89 “Comunidades Campesinas y Nativas. Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”.

⁶¹⁰ Artículo 149 “ Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y Nativas Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

⁶¹¹Adicionalmente, debemos señalar, por su importancia para los pueblos indígenas, el establecimiento del muy criticado artículo 88 de la Constitución Política de Perú.

Artículo 88: “Régimen Agrario. El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.

Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta”.

El citado artículo presupone un reconocimiento y preferencia del régimen agrario, garantizado por el Estado, por sobre la política agraria de las comunidades indígenas.

Así las cosas, esta (...) disposición fue criticada internacionalmente y calificada como una seria amenaza al funcionamiento del sistema tecnológico-productivo comunal andino que se basa en la utilización extensiva del territorio, en el uso temporal del cultivo, en la rotación y en los "descansos" que erróneamente pretenden ser entendidos como síntomas de abandono”.

FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL. Ob. Cit. (nota 591). Pág. 77.

Frente a esto, el Tribunal Constitucional de Perú señaló, en la sentencia 0022-2009-PI/TC de fecha 9 de Junio de 2010, en sus párrafos 45 y 46 que: 45. “Dentro del respeto de las costumbres, es decir, la manifestación de la identidad de los pueblos indígenas, pueden existir prácticas que incluyan el no habitar

En este mismo período se ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, mediante la Resolución Legislativa N° 26.253 el 2 de Febrero de 1994⁶¹².

Posteriormente a la entrada en vigencia del Convenio 169, se dictaron una serie de leyes relativas a la inversión privada, en atención al contexto político-económico del país, cuyo principal objetivo era atraer la inversión (nacional y extranjera), especialmente en áreas de extracción de recursos naturales, las cuales se encontraban, muchas de ellas, en territorio indígena (o cercano a ellos), afectando, de esta forma, su integridad y protección. Así, tenemos la Ley N° 26.505 de Julio de 1995, denominada Ley de la Inversión

durante determinado tiempo cierto sector de su territorio debiendo observarse cada caso bajo el principio de razonabilidad. El artículo 89 de la Constitución debe interpretarse dentro del resto de enunciados constitucionales y del Convenio N.º 169. Así, en virtud del principio de unidad de la Constitución y el principio de unidad integradora, desarrollados por la jurisprudencia de este Tribunal [Exp. N.º 05854-2005-PA/TC, f. 12], el resultado de la interpretación constitucional debe considerar la identidad indígena de quien detenta la propiedad y tomar en cuenta sus costumbres.

46. De tal manera, frente a un caso relativo a territorio indígena, no pueden aplicarse criterios propios de un contexto urbano, dejando a un lado la costumbre de los pueblos indígenas, puesto que ello devendría en una posible vulneración del derecho fundamental de tales pueblos y de sus integrantes. Esto se explica en parte por el tipo de relación existente entre los pueblos indígenas y el territorio ancestral en el que habitan. Es por ello que el artículo 14 del Convenio N.º 169, ordena tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas interesados en utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”.

PERU. Tribunal Constitucional. Expediente N° 0022-2009-PI/TC. Sentencia de 9 de Junio de 2010. [en línea]. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Párrafos 45 y 46

⁶¹² PERÚ. Congreso constituyente democrático. 1993. Resolución Legislativa N° 26.253 que aprueba el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes. [en línea]. 26 de Noviembre 1993. <http://www.snmpe.org.pe/nuestros-sectores-snmpe/hidrocarburos_nuestros_sectores/legislacion/medio-ambiente-y-comunidades/resolucion-legislativa-n-26253-aprueba-el-convenio-169-de-la-oit-sobre-pueblos-indigenas-y-tribales-en-paises-independentes.html>.[consulta: 17 de Marzo de 2015].

Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas⁶¹³.

Finalmente, creemos necesario destacar también la Ley N° 26.300 o Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos⁶¹⁴, promulgada el 18 de Abril de 1994, la cual vino a complementar (y ahondar) lo señalado en la Constitución de 1993 sobre este tema⁶¹⁵.

Al llegar a la década del 2000, encontramos un país marcado por la problemática indígena plateada por la afectación de su territorio por parte de proyectos de inversión, y la falta de consulta indígena previa, libre e informada. Es en este contexto que el recién electo presidente don Alejandro Toledo suscribió, en el año 2001, y en el marco de la Comunidad Andina de Naciones, la “Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza, en la que consideran que la

⁶¹³ PERÚ. 1995. Ley N° 26.505. Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas. [en línea]. 18 de Julio de 1995. <<http://faolex.fao.org/docs/html/per4901.htm> > [consulta: 18 de Marzo de 2015].

Para un análisis más exhaustivo del tema se recomienda leer: CHIRIF, Alberto. Ob. Cit. (nota 602). Pág. 11 y siguientes.

⁶¹⁴ PERÚ. 1994. Ley N° 26.300. Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos. [en línea]. 2 de Mayo de 1994. <<http://pdba.georgetown.edu/Electoral/Peru/participycontrol.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

Cabe hacer presente que dicha Ley fue modificada la Ley Número 29.313 publicada el 7 de Enero de 2009.

⁶¹⁵ Otras normas que, eventualmente, podrían afectar a los pueblos indígenas y que fueron publicadas en esta década, son: la Ley N° 26.834 de 1997 denominada Ley de Áreas Naturales Protegidas (cuyo reglamento se dictó en 2001, a través del Decreto Supremo N° 038-2001-AG); el Decreto Ley N° 25.962 de 1992 o Ley Orgánica del sector Energía y Minas; y la Ley N° 26.821 de 1997 o Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

naturaleza multicultural y pluriétnica de las naciones ha constituido un factor esencial en la formación de las nacionalidades y la identidad histórica de nuestros países; y que hoy, como en el pasado, continúa siendo una característica esencial de la riqueza humana y social de nuestras sociedades. En ese sentido, expresan la decisión de continuar desarrollando estrategias políticas dirigidas a revalorizar la pluralidad étnica y la multiculturalidad, con el fin de promover la plena participación de los pueblos indígenas y las minorías étnicas”⁶¹⁶.

Cabe resaltar que, durante este mismo gobierno, se procedió a realizar una reforma constitucional, la cual fue consultada a los pueblos indígenas el 14 de Abril de 2003. En este mismo año, se presentó el informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación⁶¹⁷, en el cual se señala la necesidad del país de reconocerse como multiétnico, pluricultural y multilingüe.

Adicionalmente, durante esta década, y en atención a la falta de institucionalidad existente a la fecha, se procedió a la dictación de una serie de leyes relativas al Derecho Ambiental⁶¹⁸, las cuales, de una forma u otra,

⁶¹⁶ CHUECAS CABRERA, Adda. Ob. Cit. (nota 596). Pág.12.

⁶¹⁷ Dicha comisión estuvo encargada de elaborar un informe respecto a la violencia armada interna vivida en Perú durante los años 1980 y 2000. Para mayor información, recomendamos ver : COMISIÓN DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. 2003. Informe Final. [en línea]. Perú. <<http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁶¹⁸ Para mayor información de estas leyes y decretos recomendamos ver: PERÚ. Ministerio del Ambiente. 2005. Ley N° 28.611, Ley General del Ambiente. [en línea]. 15 de Octubre de 2015 <<http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2013/06/ley-general-del-ambiente.pdf>> [consulta: 17 de Marzo de 2015]

afectaron a la población indígena del país. Estas son la Ley N° 28.245 o Ley marco del sistema nacional de gestión ambiental, publicada el 8 de Junio de 2004; el Decreto Supremo N° 008-2005-PCM, relativo al Reglamento de la ley marco del sistema nacional de gestión ambiental, publicado el 28 de Enero de 2005; la Ley N° 28.611 o Ley General del Ambiente, publicada el 15 de Octubre del 2005, que vino a derogar el Decreto Legislativo 611 (o Código de Medio Ambiente); y el Decreto Legislativo N° 1.013 publicado, del 14 de Mayo de 2008, denominado Ley de Creación, Organización y funciones del Ministerio del Ambiente⁶¹⁹.

No obstante lo descrito en los párrafos precedentes, esta década se caracterizó por un fuerte avance en proyectos de inversión, derivado de una política económica de libre mercado, caracterizada, entre otras cosas, por la firma de una serie de tratados de libre comercio con países como Estados Unidos (suscrito el año 2006 y vigente desde el año 2009), China (suscrito el año 2009 y vigente desde 2010), y MERCOSUR (suscrito el 2005 y vigente desde 2006), lo que llevó a que Perú creciera un 5% promedio durante este

⁶¹⁹ Adicionalmente a estas leyes, podemos mencionar la Ley Número 26.221 de 2002 denominada Ley Orgánica que norma las actividades de Hidrocarburos en el territorio nacional, la cual también afectó a los pueblos originarios; la Resolución Ministerial N° 159 del año 2000-PROMUDEH, que aprueba la Directiva N°012 del año 2000-PROMUDEH/SETAI, para promover y asegurar el respeto de la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas y nativas; el Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Decreto Supremo N°38 del año 2001-AG; la Resolución Ministerial N° 596 del año 2002-EM/DM (posteriormente derogada por el Decreto Supremo N° 028-2008-EM), que aprueba el Reglamento de consulta y participación ciudadana en el procedimiento de aprobación de los estudios ambientales en el sector Energía y Minas; y el Decreto Supremo N°042 del año 2003-EM, del Ministerio de Energía y Minas.

periodo⁶²⁰. Nos parece necesario señalar que, luego de la firma del tratado de libre comercio suscrito con Estados Unidos, el Congreso de la nación aprobó, mediante la Ley N° 29.157 de 2007, una delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo en diversas materias específicas, a fin de implementar el mencionado tratado; lo anterior, conllevó a la dictación de una serie de Decretos Legislativos en diversos ámbitos⁶²¹, muchos de los cuales afectaron a las comunidades indígenas de Perú y sin que se realizaran las consultas previas requeridas para estos casos, en conformidad al Convenio 169⁶²².

Consecuencia de lo anterior, es que a finales de esta década y comienzo de la nueva se produjo un deterioro sostenido⁶²³ de las relaciones

⁶²⁰ Fuente:

BANCO MUNDIAL. 2011. Perú en el umbral de una nueva era. Lecciones y desafíos para consolidar el crecimiento económico y un desarrollo más incluyente. [en línea]. Perú. Banco Mundial. Notas de Política Volumen I. <http://siteresources.worldbank.org/INTPERUINSPANISH/Resources/Peru_en_el_Umbral_de_una_nueva_era_version_final.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 14.

⁶²¹ Cabe precisar que varias organizaciones consideraron improcedentes muchos de estos decretos, llegando a solicitar al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad de éstos y su respectiva derogación. Para mayor información ver: CENTRO AMAZÓNICO DE ANTROPOLOGÍA Y APLICACIÓN PRÁCTICA. 2008. Análisis de los decretos legislativos que afectan a los pueblos indígenas, emitidos por el poder ejecutivo en virtud a la Ley N° 29.157 [en línea]. Documento de trabajo. 15 de Agosto de 2008. <http://www.caaap.org.pe/archivos/Caaap_Analisis.pdf> [consulta: 18 de Marzo 2015].

⁶²² A modo de ejemplo tenemos el Decreto Legislativo N° 994 de 2008, Decreto Legislativo N° 1.073 de 2008, Decreto Legislativo N° 1.064 de 2008, entre otros. Para mayor información sobre estos Decretos Legislativos recomendamos leer: CHIRIF, Alberto. Ob. Cit. (nota 602). Pág. 16 y siguientes.

⁶²³ Hasta el mes de mayo de 2011, “la Defensoría del Pueblo registró 227 conflictos sociales, de los cuales el 51.5% se origina por conflictos socioambientales, los mismos que se concentran en las regiones de Amazonas, Ancash, Apurímac, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Junín, Lima, Piura y Puno, todas ellas regiones con poblaciones indígenas”. Fuente:

Estado-comunidades indígenas⁶²⁴, derivando en protestas y actos de violencia. Para algunos autores, fueron dos los hechos que aceleraron la implementación por parte del gobierno de una serie de medidas⁶²⁵, estos son “el enfrentamiento en Bagua entre los pueblos indígenas y efectivos de la Policía Nacional (5 de junio del 2009)⁶²⁶ y las movilizaciones de las comunidades quechuas y aymaras en Puno en contra de la minería (mayo de 2011)”⁶²⁷.

ANCHELÍA JESUSI, Karin. 2011. Derecho a decidir su desarrollo. Consulta previa, un derecho que asegura otros derechos indígenas. [en línea]. Consulta previa: Derecho fundamental de los pueblos indígenas. NaInformeEspecial. Junio 2011: 19-20. <http://www.noticiasaliadas.org/objetos/informe/14PE_consulta_na.pdf> [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 19

⁶²⁴ Un ejemplo concreto de esto es “(...) la implementación de una política agresiva de entrega de concesiones de hidrocarburos (“Shock de las inversiones”). La extensión de territorio amazónico con lotes de hidrocarburos se incrementó del 2004 al 2009, del 9% al 59%, muchos de éstos superpuestos con áreas protegidas por el Estado, con tierras indígenas tituladas y territorios indígenas ancestrales, e inclusive con reservas propuestas para indígenas en aislamiento”.

SEVILLANO ARÉVALO, María del Rosario y PROGRAMA SOCIAL INDÍGENA DAR. 2010. El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú. Últimos avances. [en línea]. Lima, Perú. Programa Social Indígena. Derecho, Ambiente y Recursos Naturales DAR. <<https://www.elaw.org/system/files/El+Derecho+A+La+Consulta+De+Los+Pueblos+Indigenas+En+El+Peru.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 19.

⁶²⁵ “Poco después de los conflictos, el gobierno peruano creó, bajo la presión masiva de la opinión pública y siguiendo las recomendaciones del relato especial de las Naciones Unidas, James Anaya, una plataforma oficial de diálogo con organizaciones indígenas”. Lo anterior, para que dentro de este marco, se crearan leyes para mejorar la situación de los pueblos indígenas. Así, fue la Mesa 3 la encargada de elaborar un borrador de ley de consulta previa, documento que fue publicado el 3 de Diciembre de 2009 y que sirvió de base al proyecto aprobado por el Congreso el 19 de Mayo de 2010.

MINISTERIO FEDERAL DE COOPERACIÓN ECONÓMICA Y DESARROLLO [s.a.] El Derecho a la consulta previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina. [en línea]. Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit o GIZ. <http://www.consulta-previa.org.pe/publicaciones/BMZ-GIZ_Consulta%20previa%20normas%20practicas%20conflictos_2013-06.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág.25

Para conocer sobre el documento final de la mesa 3, ver:

GRUPO NACIONAL DE COORDINACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS AMAZÓNICOS. 2009. Documento final de la mesa 3: Sobre el Derecho de Consulta. [en línea]. Servicios en Comunicación Intercultural Servindi. 3 de Diciembre de 2009. <http://servindi.org/pdf/Mesa_Dialogo_3.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁶²⁶ Sobre el caso de Bagua relacionado con la consulta previa, doña Minda Bustamante, entrevista en el marco de la presente memoria comentó: "En el caso de Perú después de una matanza terrible el 2009 con el caso de Bagua, salió la ley de consulta, que desde que sale el 2011 y el reglamento que sale el 2012,

Es en este contexto de presión social que “el Estado decidió tratar el tema de la ley de consulta previa, libre e informada y se presentó un proyecto de ley”⁶²⁸, el cual fue aprobado el 19 de Mayo de 2010 por el Congreso de la Nación⁶²⁹. Sin embargo, un mes después, el ejecutivo (encabezado por el Presidente don Alan García) hizo una serie de observaciones⁶³⁰ e impidió su promulgación, posponiéndose hasta el año 2011, cuando el nuevo Presidente, don Ollanta Humala, poco después de asumir su cargo, aprobó la Ley N° 29.785 denominada Ley del Derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (casi exacto al proyecto originalmente aprobado por el Congreso).

se ha aplicado 7 veces, 8, para procedimientos solamente en la región de la amazonía y para establecer algunas reservas, ahora para trabajar sobre algunas concesiones de pozos petroleros pero donde ya la empresa petrolera negoció con las comunidades indígenas y después van a un proceso de consulta casi arreglado, entonces la institucionalidad de Perú, recordemos que Perú es mucho más grande, lamentablemente no es reconocida, se emiten normas de acuerdo a como el Estado le convenga, a la inversión minera, y el poder judicial tampoco tiene la autonomía de lo que ha hecho el poder judicial en Chile, ni en Colombia”.

⁶²⁷ ARANDA ESCALANTE, Mirva. 2012. Los desafíos de la implementación de la consulta previa en el Perú. [en línea]. En: Por Vladimir Ameller “et al”.Ob. Cit. (nota 115). pp. 197-231. Pág. 200.

⁶²⁸ CARRIÓN, Patricia. 2012. Consulta previa: Legislación y aplicación. [en línea]. Cuadernos democráticos. Quito, Ecuador. Fundación Konrad Adenauer. <http://www.kas.de/wf/doc/kas_33688-1522-1-30.pdf?130305001712> [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 13.

⁶²⁹ El proyecto presentó una serie de diferencias respecto al documento entregado por la Mesa 3, siendo mucho más corto y menos específico que éste, como puede apreciarse al comprar ambos documentos.

⁶³⁰ Entre las observaciones podemos citar la necesidad de precisar que el Estado tiene la decisión final respecto a la medida legislativa o administrativa a adoptar; que la consulta sólo debiera proceder en las áreas asignadas en propiedad a las comunidades nativas de la Amazonia; o que no considera derivada del Convenio 169 la obligación de consultar a los pueblos interesados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos.

Así las cosas, Perú entra a esta nueva década siendo el primer país en la región en contar con una Ley de Consulta Previa, e iniciando las gestiones para la elaboración de un reglamento de ejecución, cuyo borrador fue sometido al primer proceso de consulta durante el mes de Noviembre de 2011, y finalizando en Marzo de 2012 (cabe señalar que este proceso no estuvo exento de críticas, incluso varias organizaciones indígenas se restaron de seguir participando). Finalmente, el reglamento fue publicado el 3 de Abril de 2012 mediante el Decreto Supremo N° 001 del 2012-MC⁶³¹.

Entre las características de la Ley N° 29.785 tenemos⁶³²:

1. Reconoce la existencia de pueblos indígenas u originarios (artículo 1).
2. Establece que serán las estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa, quienes deberán identificar a los pueblos indígenas

⁶³¹ Para ver la Ley y su reglamento, recomendamos :

PERÚ. 2011. Ley N°29.785. Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). [en línea]. 7 de Septiembre de 2011. <<http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2014/11/Ley-N---29785-Ley-del-derecho-a-la-consulta-previa-a-los-pueblos-ind--genas-originarios-reconocido-en-el-Convenio-169-de-la-Organizacion-Internacional-del-Trabajo-OIT.pdf> > [consulta: 18 de Marzo de 2015].

PERÚ. Ministerio de Cultura. Decreto Supremo N°001-2012-MC, reglamento de la Ley N° 29.785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). [en línea]. 3 de Abril de 2012. <<http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2014/11/Reglamento-de-la-Ley-N---29785-Decreto-Supremo-N---001-2012-MC.pdf> > [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁶³² Debemos señalar que no es objeto del presente trabajo analizar detalladamente la Ley y su respectivo reglamento. No obstante, recomendamos al lector leer, para estos efectos, el siguiente libro:

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. 2012. La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento. [en línea]. Lima, Perú. Instituto de Defensa Legal: Área de Pueblos Indígenas. <<http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo28022013-134431.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

(artículo 10), utilizando criterios objetivos y subjetivos establecidos para estos fines (art. 7).

3. Asimismo, señala que estas entidades deberán garantizar los recursos para la realización de la consulta (artículo 18).
4. Establece los sujetos afectos a la ley : pueblos indígenas que resulten afectados directamente por una medida administrativa o legislativa, entendiéndose como afectación no sólo los derechos colectivos (derecho de propiedad) sino la existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo (artículos 2 y 5).
5. Señala la información previa que debe entregarse y el momento de hacerlo (artículo 12).
6. Establece que será un órgano especializado en materia indígena, dependiente del Poder Ejecutivo, estableciendo sus funciones, entre las que encontramos el asesoramiento a la entidad responsable de la consulta y a las comunidades indígenas (artículo 19), este es, el Viceministerio de Interculturalidad.
7. Crea una base de datos oficial de pueblos indígenas originarios (artículo 20).
8. Señala las etapas del procedimiento, a saber: (1) identificación de la medida; (2) identificación del pueblo indígena a ser consultado; (3) publicidad de la medida legislativa o administrativa; (4) evaluación

interna por parte de las instituciones y organizaciones indígenas de la medias sometida a consulta; (5) dialogo entre representantes del Estado y de las instituciones y organizaciones indígenas; (6) decisión (artículo 8).

9. Establece los principios rectores de toda consulta: (1) oportunidad; (2) interculturalidad; (3)buena fe; (4) flexibilidad; (5) plazo razonable; (6) ausencia de coacción o condicionamiento; (7) información oportuna (artículo 4).

Por su parte, parece relevante señalar las siguientes características del reglamento:

1. Establece expresamente que el Viceministerio de Interculturalidad deberá tomar en consideración la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (artículo1 letra d)), y que ejercerá el rol de rectoría en todas las etapas de consulta previa (artículo 2).
2. Asimismo, señala que el resultado del proceso de consulta no es vinculante, salvo en aquellos aspectos en que hubiere acuerdo entre las partes (artículo 1 letra e)).
3. En cuanto a las medidas administrativas, prescribe que se aplicará a aquellas dictadas por el Poder Ejecutivo a través de las distintas entidades que lo conforman, así como a los Decretos Legislativos que

se emitan conforme a lo establecido en el artículo 104° de la Constitución Política del Perú. Igualmente establece las reglas que deben seguirse obligatoriamente para la implementación de la Ley por parte de todas las entidades del Estado. También se aplica a las medidas administrativas en virtud de las cuales se aprueban los planes, programas y proyectos de desarrollo (artículo 2 letra a)).

4. Ordena, además, que las disposiciones del reglamento deberán ser aplicadas por los gobiernos regionales y locales para los procesos de consulta a su cargo, sin transgredir ni desnaturalizar los objetivos, principios y etapas del proceso de consulta previstos en la Ley y en el Reglamento, y en el marco de las políticas nacionales respectivas (artículo 2 letra b)).
5. De igual forma, señala que los gobiernos regionales y locales sólo podrán promover procesos de consulta, previo informe favorable del Viceministerio de Interculturalidad, respecto de las medidas que puedan aprobar conforme las competencias otorgadas expresamente en la Ley N° 27.867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, y en la Ley N° 27.972, Ley Orgánica de Municipalidades, respectivamente, y en tanto dichas competencias hayan sido transferidas.
6. Procede a definir una serie de conceptos, entre ellos “afectación directa” (se considera que una medida legislativa o administrativa

afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos, artículo 3 letra b)); ámbito geográfico (área en donde habitan y ejercen sus derechos colectivos el o los pueblos indígenas, sea en propiedad, en razón de otros derechos reconocidos por el Estado o que usan u ocupan tradicionalmente, artículo 3 letra c)); medidas Administrativas (normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En el caso de actos administrativos, el proceso de consulta a los pueblos indígenas se realiza a través de sus organizaciones representativas locales, conforme a sus usos y costumbres tradicionales, asentadas en el ámbito geográfico donde se ejecutaría el acto administrativo, artículo 3 letra i); pueblo Indígena u Originario (pueblo que descende de poblaciones que habitaban en el país en la época de la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; y que, al mismo tiempo, se auto reconozca como tal. Los criterios establecidos en el

artículo 7° de la Ley deben ser interpretados en el marco de lo señalado en artículo 1 del Convenio 169 de la OIT. La población que vive organizada en comunidades campesinas y comunidades nativas podrá ser identificada como pueblos indígenas, o parte de ellos, conforme a dichos criterios. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas no alteran su naturaleza, ni sus derechos colectivos, artículo 3 letra k)).

7. Establece que la consulta previa es una obligación del Estado peruano (art. 5).
8. Señala las etapas de la consulta (artículo 14 y siguientes).
9. Respecto al financiamiento de la consulta, señala que en el caso de medidas legislativas y administrativas de alcance general, corresponderá a la entidad promotora financiar los costos del proceso de consulta, y en el caso de consultas de actos administrativos, los costos del proceso se incorporan en las tasas que cubren los costos del trámite de la indicada medida (artículo 26).

6.2.3. Jurisprudencia.⁶³³

⁶³³ Para mayor información respecto a este tema, recomendamos leer:

a) RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. 2011. Balance de las sentencias emitidas por el TC sobre el derecho a la consulta previa: ¿Efectiva protección o pronunciamientos retóricos? [en línea]. Justicia Viva, del Instituto de Defensa Legal. 1 de Septiembre de 2011. Perú. <<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=637>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

A diferencia de Colombia, la jurisprudencia peruana no ha sido tan decisiva ni prolífica para efectos de definir y aplicar la consulta previa en este país. No obstante aquello, algunas sentencias del Tribunal Constitucional si han marcado pauta sobre este tema, como son:

- (1) Reconocimiento de que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar derechos y libertades reconocidas por la Constitución. “Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades”⁶³⁴.
- (2) Rango constitucional de los tratados de derechos humanos⁶³⁵.
- (3) Reconocimiento de que la consulta previa es obligatoria, señalando que “el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la

b) RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. 2014. La consulta previa de los pueblos indígenas del Perú. Compendio de legislación y jurisprudencia. [en línea]. Lima, Perú. 2da. Edición 2014. Instituto de defensa legal: Área Indígena. <<http://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/Libroconsultaprevia.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁶³⁴ PERU. Tribunal Constitucional. Expediente N°0047-2004-AI/TC. Sentencia de 24 de Abril de 2006. [en línea]. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>> [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Párrafo 22.

⁶³⁵ PERÚ. Tribunal Constitucional. Expediente N° 0025-2005-PI/TC. Sentencia de 25 de Abril de 2006. [en línea]. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00025-2005-AI%2000026-2005-AI.html>> [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Párrafo 33.

PERU. Tribunal Constitucional. Expediente N° 03343-2007-PA/TC. Sentencia de 19 de Febrero de 2009. [en línea]. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>> [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Párrafo 31.

aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo”⁶³⁶.

(4) Establecimiento de que “la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad impedir que tales medidas se lleven a cabo. Si bien en el último párrafo del artículo 6 del Convenio se expresa que la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta. De ello se infiere que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. Lo que pretende la norma es institucionalizar el dialogo intercultural”⁶³⁷.

(5) Identificación de las características de la consulta previa, las cuales “revisten particular interés ya que de no tomarse en cuenta estas, las

⁶³⁶ PERU. Tribunal Constitucional. Ob. Cit. (nota 611). Fundamento 25.

⁶³⁷ *Ibíd.* Fundamento 24.

medidas consultadas, podrían ser materia de cuestionamientos. Así, de la propia normativa del convenio se extraen las principales características de este derecho, a saber: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) objetivo de alcanzar un acuerdo, d) transparencia; y, e) implementación previa del proceso de consulta. Estas características son también principios orientadores, así, en caso de presentarse vacíos en la legislación se tendrá que proceder en virtud de estos principios con el objetivo de maximizarlos. De igual forma, si estos elementos se encuentran ausentes, la afectación del derecho de consulta se tendrá que comprender como una de tipo arbitraria y por lo tanto inconstitucional”⁶³⁸.

(6) Establecimiento de las pautas que debe tener un proceso de consulta, señalando como tales :

- i) “El inicio de todo el proceso será la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. Esta tarea debe ser realizada por la entidad que está desarrollando tal medida.
- ii) En segundo lugar se deben determinar todos los pueblos indígenas posibles de ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.

⁶³⁸ Ibíd. Fundamento 26.

- iii) Una vez notificados los sujetos que intervendrán, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto la medida. Luego tendrá que pasarse a la negociación propiamente dicha.
- iv) Si es que el pueblo indígena se encuentra de acuerdo con la medida entonces, concluye la etapa de negociación.
- v) De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. En este punto de la etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, sólo entonces el Estado podrá implementar con la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo indígena^{639 640}.

⁶³⁹ *Ibíd.* Fundamento 41.

⁶⁴⁰ A las sentencias mencionadas anteriormente, la cuales han desarrollado el contenido del derecho a la consulta previa así como precisado un conjunto de principios, valores y derechos, necesarios y fundamentales para su aplicación e implementación, podemos agregar la sentencia Número 05427-2009-PC/TC, de 30 de Junio de 2010.

PERU. Tribunal Constitucional. Expediente N° 05427-2009-PC/TC. Sentencia de 30 de Junio de 2010. [en línea]. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05427-2009-AC.html>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]

Así como han existido sentencias favorables, hay otras que no han hecho más que confundir, o ser, en definitiva, un retroceso para efectos de la aplicación de la consulta previa en Perú. A vía de ejemplo, tenemos la sentencia del Tribunal Constitucional N° 06316-2008-PA/TC, de 11 de Noviembre de 2009⁶⁴¹, la cual, en su párrafo 30, establece, entre otras cosas que “el derecho de consulta debe ser en este caso puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes”. No obstante lo anterior, la sentencia del Tribunal Constitucional N° N° 0022-2009-PI/TC, de 9 de Junio de 2010, indicó que es el Estado el responsable de llevar adelante los procesos de consulta, lo cual se vio reiterado por la Ley del Derecho a la Consulta Previa, en su artículo 3.

Podemos decir, en atención a lo expuesto precedentemente, que el Tribunal Constitucional de Perú ha actuado de forma cautelosa en la protección del derecho de consulta previa, y muchas veces, además, de manera contradictoria, al emitir sentencias incoherentes entre sí (como la que establece

⁶⁴¹ La cual estableció que el derecho a la consulta previa debe ser puesto en práctica gradualmente por las empresas involucradas y bajo la supervisión de las autoridades competentes. Luego, en una Resolución de Aclaración sobre el mismo expediente, se dispuso que sea posible derivar esta obligación a terceros, supuesto en el cual el Estado ocuparía un rol de supervisión. PERU. Tribunal Constitucional. Expediente N° 06316-2008 PA/TC. Sentencia de 11 de Noviembre de 2009. [en línea]. < <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA.html> >. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Párrafo 30. Tribunal Constitucional Peruano. Resolución de Aclaración del Expediente N° 06316-2008-PA/TC, 24 de Agosto de 2010, párrafo 5. [en línea]. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA%20Aclaracion.html>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

que los privados pueden realizar la consulta previa para luego decir que es el Estado)⁶⁴².

6.2.4. La consulta previa en el ámbito municipal.

A nivel municipal, existen variadas leyes que fomentan la participación ciudadana, destacando entre ellas, en el ámbito indígena, la consulta previa y participación establecidas en el Convenio 169⁶⁴³.

En este contexto, las municipalidades peruanas se han preocupado de informarse y analizar el rol que les corresponde frente a la consulta previa⁶⁴⁴.

⁶⁴² Para un mayor información respecto a un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú, se recomienda :
RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. Ob. Cit. (nota 633 letra a)).

⁶⁴³ Así, “el legislador ha establecido todo un sistema que le permite al ciudadano desempeñar un rol fundamental en la vida política del Estado. En el caso de los pueblos indígenas encontramos:
• Los artículos 6° y 7° del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo o la Resolución Legislativa 26.253.
• La Ley de participación ciudadana N° 26.253.
• La ley del Procedimiento Administrativo General N° 27.444.
• El reglamento del procedimiento de acceso a la información de carácter público en las dependencias estatales, DS N° 018-2001-PCM.
• Ley de prudencia y transparencia Fiscal N° 27.245.
• Acceso ciudadano a información sobre finanzas públicas, Decreto de Urgencia N° 035-2001.
• Ley que regula la publicación de la declaración jurada de ingresos y de bienes y rentas de los funcionarios y servidores públicos, N° 27.482.
• Ley de presupuestos participativos”.
DÁVILA PUÑO, Julio.2005. Gobiernos locales y pueblos indígenas. [en línea]. Lima, Perú. Grupo de trabajo Racimos de UNGURAHUI. <http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0321_Peru-Gobiernos_Locales.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág.48

⁶⁴⁴ A modo de ejemplo, tenemos el cónclave realizado por Alcaldes de la macro región sur de Perú los días 28 y 29 de Septiembre de 2011, en el Cusco, entre cuyos temas estaba “Las Municipalidades frente a la Ley de Consulta Previa”.

Fuente:

QUISPE GARCÍA, Rocío. 2011. Alcaldes de Macro Región Sur analizarán rol de municipalidades en Ley de Consulta Previa. [en línea]. Comunicaciones de Asociación de Municipalidades del Perú. 21 de

De igual forma, han procedido a aplicar el Convenio 169 no sólo mediante dicho procedimiento, sino también a través de la dictación de ordenanzas, como la dictada por el Consejo Municipal provincial de Datém del Marañon, quien aprobó la ordenanza municipal N° 0012-2008-CM-MPDM, del año 2008, que estableció un procedimiento autónomo de ordenamiento y zonificación territorial para los pueblos indígenas de esa provincia⁶⁴⁵.

No obstante lo anterior, los casos de consulta indígena a nivel municipal son exigüos, así como la jurisprudencia a fin. Destaca en este último la sentencia de la Corte Superior de Justicia de San Martín, Juzgado Mixto de El Dorado, expediente N° 123-2013⁶⁴⁶, de 5 de Septiembre 2013, la cual ordena al

Septiembre de 2011, Lima, Perú. <http://www.ampeperu.gob.pe/p_sala_prensa/ampe210911-Alcaldes-de-macro_región-sur-analizaran-rol-de-municipalidades-en-ley-de-consulta_previa.aspx>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

De igual forma, el documento emanado del citado cónclave (denominado “Declaración de Cusco”), estableció, en su numerando 3, sobre la Ley de Consulta Previa, lo siguiente: “Los Alcaldes y representantes acreditados de municipalidades presentes, reconocen al actual Gobierno del Presidente Humala y al Congreso de la República por la aprobación de la Ley de Consulta Previa, encarpada por más de 03 años en el gobierno anterior.

Sobre la reglamentación de esta ley, se acuerda que el Poder Ejecutivo deberá considerar a las autoridades municipales en todo el proceso de la consulta, considerando que los gobiernos locales vienen ejecutando inversiones en base a planes del desarrollo local y en permanente acuerdo con la sociedad civil del entorno de la ubicación de los actuales y futuros proyectos productivos”. Fuente:

ASOCIACIÓN DE MUNICIPALIDADES DEL PERÚ. 2011. Declaración del Cusco. [en línea]. 29 de Septiembre de 2011, Cusco, Perú.

<http://www.ampeperu.gob.pe/documentos/encuentro_Alcaldes_cusco/declaracion_del_cusco.pdf>.

[consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁶⁴⁵ Fuente:

LA VOZ DE LA SELVA. 2008. Perú: Histórica decisión municipal reconoce propiedad de territorio indígena. [en línea]. Agencia de Noticias SERVINDI. 4 de Noviembre 2008. <<http://servindi.org/actualidad/4924>>. [consulta: 18 de Marzo 2015].

⁶⁴⁶ PERU. Corte Superior de Justicia de San Martín, Juzgado Mixto de El Dorado. Expediente N° 123-2013. Sentencia de 5 de Septiembre 2013. [en línea]. <<http://www.justiciaviva.org.pe/userfiles/file/federacion-kichwa.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

Municipio Provincial de El Dorado consultar con la Federación Kichwa Huallaga El Dorado (FEKIHD), organización indígena del pueblo originario Maray, la autorización para extracción y transportes de materiales no metálicos.

Ratifica lo expuesto precedentemente, doña Minda Bustamante Soldevilla (abogada peruana experta en el tema indígena), en entrevista realizada en el marco del presente trabajo, quien nos señaló que no hay nada sobre esta materia a nivel municipal en el país en comento⁶⁴⁷.

6.2.5. Conclusiones.

Como el lector pudo apreciar, en Perú la implementación del Convenio 169 ha sido compleja, en atención al contexto social, donde las comunidades indígenas comenzaron, al igual que en el resto de América Latina, a exigir sus derechos largamente postergados. De esta forma, nos encontramos ante un escenario donde distintos gobiernos no supieron cómo abordar esta problemática, llegando a decir que en este país no debiera aplicarse el Convenio 169 “puesto que la población peruana es predominantemente mestiza” por efecto del “desarrollo de la civilización”⁶⁴⁸, y en el caso de aplicarse

⁶⁴⁷ Ver Anexo N° 4.

⁶⁴⁸ Fuente:
CLAVERO, Bartolomé. 2010. Perú: La Consulta Indígena entre Jurisprudencia Constitucional y Observaciones del Gobierno. [en línea]. Agencia de Noticias SERVINDI. 24 de Junio de 2010. <<http://servindi.org/actualidad/27408>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

(sólo considerando a los indígenas de la Amazonía) no podía hacerse en atención a que no existía una ley que lo regulase (esto, antes que se publicara la ley respectiva).

Por su parte, el Tribunal Constitucional de Perú tampoco ha generado una jurisprudencia sólida, como ocurrió en Colombia, desaprovechando varias oportunidades en que pudo haber creado parámetros que otorgasen a las comunidades indígenas una seguridad efectiva y estabilidad jurídica, resguardando sus intereses en el marco del Convenio. Esto no quiere decir que el Tribunal no haya definido ciertos aspectos de la aplicación del Convenio, pero no en la medida de otros países (Colombia), además de existir problemas de incongruencias entre sentencias (como puede apreciarse al comparar las sentencias N° 06316-2008-PA/TC, de 11 de Noviembre de 2009, y la sentencia N° 0022-2009-PI/TC, de 9 de Junio de 2010).

En cuanto a las empresas privadas, éstas tampoco han ayudado a generar un clima de estabilidad en el país, expresando su descontento con la consulta previa. Así, tenemos el caso de las empresas mineras (que son las que tienen mayores conflictos con las organizaciones indígenas) que “han recurrido a culpar a actores externos (organizaciones no gubernamentales, movimientos políticos, etc.) por las protestas de las comunidades”⁶⁴⁹.

⁶⁴⁹ ARANDA ESCALANTE, Mirva. Ob. Cit. (nota 627). Pág.199.

A nivel municipal, como se indicó en párrafos anteriores, dado lo reciente del tema, la información es exigua, sin embargo, podemos apreciar un interés de las municipalidades por interiorizarse en la aplicación del Convenio.

En conclusión, podemos decir que en Perú los desafíos son varios. En primer lugar, que los gobiernos de turno mantengan una política indígena sistematizada, concordante y constante, en el marco del Convenio 169, entendiendo que no puede existir desarrollo económico sin sustentabilidad ni paz social. En segundo lugar, que la ciudadanía asuma a los indígenas como parte de ellos, sin desmerecerlos, reconociéndose plenamente como un país intercultural⁶⁵⁰. En tercer lugar, que las empresas privadas asuman, previo a la realización de un proyecto, la necesidad de dialogar con los pueblos indígenas, entablando conversaciones basadas en la buena fe y con igualdad de condiciones⁶⁵¹. En cuarto lugar, que los tribunales de justicia empiecen a

⁶⁵⁰ En palabras del antropólogo don Juergen Golte “En relación con la multiculturalidad invocada por la Constitución, es cierto que en la realidad —y más aún en el imaginario de los grupos sociales que gobiernan el Perú—, efectivamente, el país está signado por la exclusión y el desconocimiento de derechos de grupos culturales diversos, especialmente provenientes de las zonas andinas, por parte de los grupos sociales que de facto dirigen el país. Prevalece un acentuado eurocentrismo cultural (por parte de grupos sociales que se creen emparentados con sociedades europeas y norteamericanas, si bien su racismo y etnocentrismo están más relacionados con el pasado colonial del país) y una exclusión cultural y racista. Es decir, la mayoría de la población peruana está lejos de vivir de acuerdo a sus derechos culturales previstos en la Constitución.”

GOLTE, Juergen. 2011. El convenio 169 de la OIT, la constitución peruana y la ley de consulta previa. [en línea]. Revista Argumentos del Instituto de Estudios Peruanos, edición N°5, Noviembre 2011, Perú. On-line ISSN 2076-7722. <http://www.revistargumentos.org.pe/el_convenio_169_de_la_oit.html>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]

⁶⁵¹ No obstante establecerse como desafío, resaltamos lo expresado por doña Minda Bustamante sobre el particular, "En el caso de Perú después de una matanza terrible el 2009 con el caso de Bagua, salió la ley de consulta, que desde que sale el 2011 y el reglamento que sale el 2012, se ha aplicado 7 veces, 8, para procedimientos solamente en la región de la amazonía y para establecer algunas reservas, ahora para

generar pautas sobre la aplicación del Convenio, entrando a un análisis profundo del mismo, de forma similar a lo ocurrido en otros países de la región, con el fin de resguardar los intereses de los pueblos indígenas. Y en quinto lugar, que los pueblos originarios superen su desconfianza hacia el gobierno y el sistema en general⁶⁵².

Cabe señalar, además, que tanto el reglamento como la ley de consulta provocan “(...) el rechazo de la mayoría de organizaciones indígenas nacionales (...)”⁶⁵³, siendo un desafío para el gobierno su aplicación.

A modo de resumen, el presente capítulo ha intentado exponer al lector las distintas visiones de dos países latinoamericanos sobre la aplicación del Convenio 169 en general, y, en particular, su aplicación en las municipalidades, como órganos representativos locales. Asimismo, de la lectura del capítulo, puede inferirse las similitudes y diferencias entre los países señalados, tanto en su legislación como en la jurisprudencia respectiva.

trabajar sobre algunas concesiones de pozos petroleros pero donde ya la empresa petrolera negoció con las comunidades indígenas y después van a un proceso de consulta casi arreglado, entonces la institucionalidad de Perú, lamentablemente no es reconocida, se emiten normas de acuerdo a como el Estado le convenga, a la inversión minera, y el poder judicial tampoco tiene la autonomía de lo que ha hecho el poder judicial en Chile, ni en Colombia”.

⁶⁵² Como dice un autor: “Las organizaciones indígenas siguen dudando de que el Estado vaya a respetar los derechos humanos y a equiparar equitativamente los intereses. A la luz de las experiencias obtenidas, las asociaciones indígenas perciben a las instituciones estatales y, particularmente al gobierno central, más como adversarios que como aliados”.

MINISTERIO FEDERAL DE COOPERACIÓN ECONÓMICA Y DESARROLLO. Ob. Cit. (nota 625).Pág.26

⁶⁵³ *Ibíd.*

Todo lo anterior, nos servirá al momento de finalizar este trabajo, para analizar, comparar y sacar conclusiones respecto de nuestro propio sistema de implementación de consulta, realizando en base a esto, propuestas que integren -quizás- la experiencia, los conocimientos y los principios desarrollados por países vecinos y los cuales fueron expuestos en este apartado; buscando también, consecuentemente con ello, establecer una o varias formas que orienten al país a una mejor implementación de la consulta en el ámbito municipal.

CONCLUSIONES

El presente estudio ha establecido la dificultad existente para determinar el marco jurídico aplicable a la realización del proceso de consulta previa indígena a nivel municipal. En específico, ha descrito en reiteradas oportunidades las discrepancias existentes en torno a la aplicación del Decreto N°66 de 2014 del Ministerio de Desarrollo Social en dicho ámbito, ello, debido a la autonomía constitucional que las entidades edilicias ostentan. Igualmente, queda demostrado que, a través del ejercicio de sus funciones, estas entidades pueden dictar una serie de medidas que podrían afectar directamente a los pueblos originarios, siendo, por tanto, proclives a ser consultadas. Al respecto, también se determinó cierto tipo de medidas susceptibles de afectación. Luego, se estableció la improcedencia de asimilación de la consulta previa a otras instancias de participación ciudadana, al no cumplir éstas con los estándares exigidos por el Convenio 169 para la primera. Finalmente, la investigación señaló las características de implementación del Convenio 169 en dos importantes países de la región, como son Colombia y Perú.

No obstante lo anterior, aún quedan interrogantes que dilucidar y otras conclusiones que determinar, las cuales pasaremos a desarrollar a continuación.

1. Respeto de la aplicación del Convenio 169 en Chile en general.

Como el lector ha podido apreciar a lo largo de este trabajo (especialmente en lo descrito en el punto 2.2., capítulo II), la implementación del Convenio 169 ha supuesto una tarea importante y compleja para el Estado de Chile. Y decimos Estado, no Gobierno, toda vez que en ella participan los tres poderes del Estado, quienes deben guiar y promover esta implementación en base a un dialogo intercultural Estado-indígenas-privados (entendidos estos últimos como personas-naturales y jurídicas- no indígenas).

El Convenio, al igual que otros de similares características jurídicas emanados de la OIT, no busca más que acercar a las partes (señaladas previamente) con el objeto de que entablen un dialogo fructífero, en condiciones más o menos similares, para lo cual otorga derechos especiales a la parte que, por siglos, fue considerada la más débil de la relación, que en este caso en concreto son los pueblos originarios.

De esta forma, se constituye en un nuevo estándar de democracia dirigido a un grupo minoritario en nuestro país, al cual se pretende visibilizar e integrar a la vida política, social y económica.

Estimamos que el problema en su implementación, por tanto, no radica sólo en la casi nula importancia que tienen los pueblos originarios en nuestra sociedad, sino también en la débil construcción democrática con la que

contamos, la cual no está hecha para albergar ejercicios democráticos como son la consulta y la participación. Ratifica lo anterior, el Informe de la Comisión de Descentralización, el cual establece que "la estructura institucional y jurídica chilena no ha facilitado aun lo suficiente la utilización de mecanismos de Democracia Directa. Si bien se constata que se han realizado experiencias de democracia directa a nivel municipal del tipo plebiscito, estas han presentado debilidades asociadas al porcentaje de participación requerido para convocar a través de iniciativas ciudadanas y a la ausencia de financiamiento para realizar los plebiscitos"⁶⁵⁴.

Así las cosas, creemos que su implementación debiera dividirse en tres áreas: jurídica, social, y política-administrativa. La primera, encargada no sólo de la revisión de la legislación actual, sino que de adecuar toda la legislación sectorial⁶⁵⁵. La segunda, social, debiera enfocarse en dos grupos: los propios indígenas (fortaleciendo sus organizaciones e instruyéndolos en el Convenio⁶⁵⁶) y el resto de la sociedad (promoviendo y resaltando los beneficios de la diversidad cultural, generando puentes con los pueblos originarios). Y la

⁶⁵⁴ COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL EN DESCENTRALIZACIÓN Y DESARROLLO REGIONAL. Ob. Cit. (nota 297). Pág. 95.

⁶⁵⁵ Ob. Cit. (nota 210).

⁶⁵⁶ Tal como expresa don Mauricio Llaitul: "Hoy día el Convenio 169 es un convenio que está claramente desconocido por parte de la dirigencia indígena, quizás todo el mundo diría que es lógico que tienen que instruirse, si, pero también es bastante difícil para una persona que apenas tiene la enseñanza básica y a veces ni siquiera terminada, porque ojo, no estoy hablando de que sean analfabetos, pero créeme que la gran mayoría de la "gallada" que tiene hoy en día esa identidad, ese compromiso, ese pensamiento, ese rakizuam mapuche, hoy día no tiene efectivamente una educación de lujo, como para conocer, como para enfrentar, como para entender y comprender del proceso, por ejemplo, de interculturalidad, de derechos".

tercera, que es el área político-administrativo, donde debiera, por una parte, reformarse la estructura del Estado, con el objeto de albergar y fortalecer la democracia⁶⁵⁷; y por la otra, capacitar a todos los funcionarios del Estado en el trato hacia los pueblos originarios, aceptando y promoviendo la diversidad cultural⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ Concuera con esta afirmación el Informe de Descentralización al señalar que (...) "si se quiere alcanzar un desarrollo económico y social equilibrado y sustentable, reactivar la economía potenciando los territorios, modernizar el Estado y profundizar nuestra democracia, debemos impulsar como Política de Estado un conjunto de transformaciones dirigidas a una efectiva descentralización y desarrollo local-regional".

COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL EN DESCENTRALIZACIÓN Y DESARROLLO REGIONAL. Ob. Cit. (nota 297). Pág. 10.

⁶⁵⁸ Así, nos señala Antonia Urrejola que "(...) tiene que ver con la capacidad de los funcionarios, de visiones culturales. He escuchado a los mismos colombianos que se quejaban que los funcionarios públicos que estaban a cargo de la consulta se conocían el Convenio 169 al revés y al derecho, pero que había mucho funcionario que no sabía de dialogo intercultural, y que al final el tema de la consulta no es conocerse de memoria el Convenio 169, sino que al final (y es un tema que en Chile es más grave) es entender que es como una negociación, por tanto, necesito entender a mi contraparte, porque si yo no entiendo a mi contraparte efectivamente yo no voy a negociar ni ponerme en los zapatos del otro". "(...) el tema del Convenio 169 también pasa por un tema cultural, entonces su aplicación va más allá del tema legislativo y de los reglamentos, pasa por una voluntad política, sin lugar a dudas, pasa por un tema del cambio de mentalidad de los funcionarios públicos(...)". Ver Anexo N° 6.

En el mismo sentido, don Miguel Huaracán, que indica que "el gran tema aquí ahora es la interculturalidad, el protocolo con que tú vas a hacer, las conversaciones con los diferentes pueblos indígenas, porque son 9 pueblos y 2 ó 3 tienen protocolos súper estructurados de cómo hacer las conversaciones y hay que tener conocimiento, entonces, hay una necesidad interna, desde el Estado, de capacitación, de formar personas, de formar técnicos; después, de colocar la variable de la interculturalidad a nivel de los ministerios, porque ellos van a hacer los sectores que posiblemente van a desarrollar los procesos". Anexo N° 8.

2. Respecto a medidas municipales susceptibles de afectación directa a los pueblos indígenas.

El tema de las medidas municipales fue tratado en el capítulo IV de la memoria, estableciendo los estándares internacionales existentes (punto 4.1.1.), la noción de medida administrativa y su regulación en nuestro país (punto 4.1.2.), además de las medidas susceptibles de afectación (punto 4.3.).

Así las cosas, pudimos establecer que, a nivel internacional, no existe una definición única de "susceptibilidad de afectación directa", sin embargo, distintos organismos han establecido parámetros que ayudan a su identificación, considerando siempre que la interpretación de "medidas administrativas" debe hacerse de manera de favorecer la consulta e interacción con los pueblos indígenas, no restringiéndola.

Por otra parte, a nivel nacional, el Decreto Supremo N°66 de 2014 vino a definir lo que se entiende por "medida administrativa", restringiendo su concepto para algunos autores. Lo mismo sucede con el criterio de afectación en el caso de estas medidas, estableciendo que debe producir un impacto significativo y específico sobre los pueblos originarios⁶⁵⁹.

De esta forma, podemos concluir que no es posible establecer taxativamente cuáles son las medidas administrativas dictadas por los

⁶⁵⁹ Para mayor información ver punto 4.1.2. , del capítulo IV del trabajo.

municipios que deben estar sujetas a consultas previa, ya que ellas dependerán de lo que se entiende por "susceptibilidad de afectación directa", concepto, que como pudimos apreciar en el presente estudio, aún no es consensuado entre el Estado y los pueblos indígenas; y si bien, algunas entidades internacionales han delineado los sentidos de tal concepto, el mismo aún no tiene una definición precisa. No obstante, podemos identificar ciertas medidas municipales proclives a ser consultadas, destacando entre dichas medidas aquellas con mayores posibilidades de afectación, como son: el Plan de Desarrollo Comunal (PLADECO), el Plan Regulador Comunal, las acciones que busquen promover el desarrollo Comunitario, especialmente en el área cultural, y la aplicación de disposiciones sobre construcción y urbanización.

Para fundamentar más aún nuestra postura, la jurisprudencia administrativa de Contraloría General de la República ha establecido que “los planes reguladores comunales pueden constituir medidas administrativas a cuyo respecto (...), procede analizar la pertinencia de un proceso de consulta (...)”⁶⁶⁰. Asimismo, la Corte Suprema, en la sentencia en causa Rol 258/2011 del 13 de Julio de 2011, relativo a la modificación de un plan regulador comunal, estableció, en su considerando noveno, que “(...) la Resolución de Calificación Ambiental impugnada, incumple la obligación de fundamentación de los actos

⁶⁶⁰ Dictamen N° 72.801 del 21 de Noviembre de 2012. En la misma línea, dictamen N°53.841 de 2012. Para mayor información ver capítulo IV punto 4.3.3.3. del presente trabajo.

administrativos, porque no es fruto de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las aspiraciones y formas de vidas de las comunidades originarias interesadas (...)"⁶⁶¹.

En cuanto a la promoción del desarrollo comunitario (cuyas acciones están relacionadas con la asistencia social, educación y cultura, fomento productivo local, entre otras), la Corte de Apelaciones de Temuco ha dicho (en causa sobre Recurso de Protección N°Protección-461-2012, relativo a un proceso de licitación pública de construcción de abasto y agua potable en la comuna de Lonquimay, IX Región) que "(...) tratándose de etnias como la recurrente, frente a medidas administrativas susceptibles de afectarles directamente, según el desarrollo actual de la conciencia de derecho y la jurisprudencia al respecto, debe siempre realizarse según el Convenio 169 citado el trámite de la consulta(...)"⁶⁶² . Posteriormente, en su considerando quinto, la sentencia establece que "(...) por otra parte, la Contraloría General de la República, a fojas 93, y a propósito del objeto del recurso, el 7 de junio de 2012 indicó que revisados los antecedentes no se acreditó por ese Municipio la observancia del correspondiente proceso de consulta, antes de proceder a efectuar los llamados licitatorios de que se trata, por lo que ese

⁶⁶¹ CHILE. Corte Suprema de Justicia. Ob. Cit. (nota 75).Considerando 10. Para mayor información ver capítulo IV punto 4.3.3.2. de este trabajo.

⁶⁶² CHILE. Corte de Apelaciones de Temuco. Ob. Cit. (nota 449). Considerando cuarto. Para mayor información ver capítulo IV punto 4.3.4.3. de esta memoria.

servicio en lo sucesivo deberá tener en consideración la normativa de participación de los pueblos indígenas interesados”.

En la misma línea, la Corte de Apelaciones de Concepción, en una causa de recurso de protección por actos dañinos en un cerro de que tenía el carácter de sagrado para la comunidad indígena de la zona, estableció, en su considerando undécimo, que “(...) atendido lo razonado, en el parecer de esta Corte, el proceder de la recurrida I. Municipalidad de Arauco, en cuanto procedió a intervenir el Cerro Colo Colo sin consultar a las comunidades indígenas interesadas, aparece como arbitraria, por cuanto no es razón para ello estimar que la comunicación con todas ellas era dificultosa, conducta que, además, resulta ilegal, al atentar contra lo dispuesto en los artículos 6 y 13 del Convenio N° 169, que constituye ley de la República”⁶⁶³.

3. Respecto de la normativa aplicable a nivel municipal que regule la consulta previa.

El motivo que fundamenta la necesidad del Estado, y en nuestro caso específico, de las municipalidades, de dictar disposiciones de derecho interno que regulen el procedimiento de consulta, para así dar plena aplicación a las cláusulas y los estándares del Convenio 169, es la falta de precisión que este

⁶⁶³ CHILE. Corte de Apelaciones de Concepción. Ob. Cit. (nota 454). Para mayor información ver punto 4.3.6.1. del trabajo en comento.

instrumento entrega a la misma. Hacemos presente al lector, eso sí, que el requerir la dictación de disposiciones internas para regular ese aspecto del tratado internacional, no conlleva que la validez de las normas del convenio se encuentren disminuidas”⁶⁶⁴.

Ahora bien, como se estableció en el capítulo V, punto 5.1. , de este trabajo, a las municipalidades se les aplica el Convenio 169 de la OIT en su calidad de órganos de la administración del Estado, por tanto, es obligación para ellas desarrollar la consulta previa cada vez que se cumplan los presupuestos establecidos en dicho instrumento. Así, la discrepancia existente en la actualidad dice relación con la aplicabilidad o inaplicabilidad del Decreto Supremo N°66 de 2014 por parte de las entidades edilicias, tema abordado en el número 5.1.2. del citado capítulo.

Al desarrollar el punto anterior pudimos distinguir distintas opiniones⁶⁶⁵, pero que en la práctica, no ayudan a las municipalidades a definir una postura clara que otorgue certeza jurídica al proceso de consulta previa⁶⁶⁶.

⁶⁶⁴ EL CONVENIO 169 DE LA OIT y el Derecho Chileno. Mecanismos y Obstáculos para su implementación. Ob. Cit. (nota 95). Pág. 226.

⁶⁶⁵ A propósito de esto, las posturas más importantes son:

- Tribunal Constitucional: diferencia la aplicación de consulta a nivel municipal del procedimiento utilizado a nivel de gobierno y aquél requerido para medidas legislativas, estableciendo como posible medida de solución la dictación de ordenanzas municipales con el objeto de regular el procedimiento de consulta previa. Para mayor información remitirse a capítulo V punto 5.1.2.2.
- Contraloría General de la República: en su Dictamen N°72.801 de 21 de Noviembre de 2012 aplicó el Decreto 124 (el cual precedió al D.S. N°66 de 2014), para efecto de resolver la pregunta suscitada por la realización o no de una consulta previa en el ámbito municipal. De igual forma, el Dictamen N°53.841 del 30 de Agosto del mismo año, aplicó el mismo decreto señalado, también en el ámbito municipal. Para mayor información ver capítulo IV punto 4.3.3.3. y capítulo V punto 5.1.2.3.

Siguiendo con este desarrollo, consideramos correcta la postura adoptada tanto por el Tribunal Constitucional como por el Gobierno, al considerar improcedente que, mediante un simple reglamento emanado del Poder Ejecutivo, se regule una materia propia de un órgano autónomo constitucional. Sin embargo, en la práctica, al no existir otra normativa que explicita el procedimiento de consulta a nivel municipal, sumado a que el mismo reglamento faculta a las municipalidades a acogerse o no a él, creemos que una opción a seguir es que las entidades alcaldicias utilicen el reglamento como base para sus eventuales procedimientos de consulta⁶⁶⁷, de manera flexible a fin de acomodarse a las visiones y requerimientos de los pueblos indígenas, todo ello con el objeto de otorgar cierta uniformidad al procedimiento y un grado de certeza jurídica para todos los involucrados.

Otra opción viable sería que cada municipalidad emitiera una ordenanza que regulara localmente el tema, tal como lo ha propuesto el

-
- Posición del Gobierno en Mesa de Consenso : imposibilidad de regular a las municipalidades a través de una normativa reglamentaria dictada por el Ejecutivo, toda vez que son órganos constitucionalmente autónomo, cuya reglamentación se encuentra en una norma jerárquicamente superior, esta es, una Ley Orgánica Constitucional. Para mayor información remitirse capítulo V punto 5.1.2.1.

⁶⁶⁶ Para mayor información, ver opiniones de los entrevistados en el marco de esta memoria en pie de página 499 (punto 5.1.2.4., capítulo V).

⁶⁶⁷ Respecto a una posible derogación del Decreto N° 66 de 2014 y a una nueva normativa que regule el proceso de consulta previa, don Lautaro Loncón, nos indicó que es posible que el Gobierno revise el Decreto N° 66, haciendo presente que "una revisión puede terminar en algo distinto, no te olvides de que el 169 nace precisamente de la revisión del 107". En este contexto, en cuanto a la pregunta sobre la misma posición en que quedarían las municipalidades, es decir, en referencia a que, con la autonomía que ostentan podrían desarrollar procesos de consulta de forma independiente al que establecería un futuro nuevo reglamento, su respuesta es : "Sí, en esa lógica sí... No está definido, pero es una de las opciones que hay". Anexo N° 8.

Tribunal Constitucional⁶⁶⁸. El eventual problema que vemos al seguir este camino, es el factor político, puesto que la normativa de consulta dependería en gran medida de la voluntad política del Alcalde y del concejo de turno⁶⁶⁹, además de poder llegar a transformarse dicha regulación, en un instrumento altamente inestable debido a los cambios de autoridades y de sus distintas visiones de comuna⁶⁷⁰, todo esto, quizás, podría generar una vulneración en los derechos de los pueblos indígenas. Empero, esta es la opción que más podría ajustarse a los requerimientos de cada pueblo originario, ya que tomaría en consideración las cualidades y especificidades propias de los indígenas de cada comuna⁶⁷¹. No es lo mismo regular un procedimiento de consulta para los

⁶⁶⁸ Es de la misma opinión la Alcaldesa de Paillaco, doña Ramona Reyes Painequeo, al indicar "una ordenanza, porque permitiría establecer un mecanismo que considere el Convenio y que compatibilice con la realidad de la Municipalidad de Paillaco". Ver Anexo N° 7.

⁶⁶⁹ A vía de ejemplo, en la entrevista realizada, en el marco del presente trabajo, con fecha 7 de Noviembre de 2014, a doña Diva Millapán González, Encargada de la Oficina de Asuntos Indígenas de la Ilustre Municipalidad de Santiago, ella señaló que "Si no existe una ley no hay una obligación, cuando todo depende de la voluntad política con los indígenas, las cosas no se hacen, eso ya lo hemos constatado". Ver Anexo N° 3.

⁶⁷⁰ No obstante, recordemos que toda medida susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas de una comuna debe ser consultada, ya sea la dictación de una ordenanza que regule el procedimiento de consulta, una modificación a la misma o su derogación. Sobre este punto, don Lautaro Loncón resalta: "Claro, en el caso de las municipalidades debiera ser más complicado, pero si tú lo asumes como órgano, como municipalidad, hay una continuidad del órgano. Yo creo que tiene que ver más cómo tú amarras los acuerdos, como negocias, finalmente". Ver Anexo N° 8.

⁶⁷¹ Como señala don Mauricio Llaitul "los municipios que tienen organizaciones indígenas, por cierto, deberían trabajar no en el 66, sino que decir, señores ¿cómo nosotros trabajamos en nuestra casa? porque la diferencia y una de las complicaciones que tiene la definición de consulta es que también debe recoger la realidad local, porque quizás exista una municipalidad que tenga comunidades indígenas y ellas ya tienen establecido una forma de dialogar con la autoridad, ya tienen un mecanismo de resolución de conflictos, de problemas, de situaciones, y si eso ya es así ¿por qué las comunidades debiesen querer un mecanismo de consulta si ya tienen un mecanismo válido para interactuar? además el Convenio 169 lo establece, lo defiende y lo dice, el deber de establecer un mecanismo con los estándares mínimos que exige el Convenio. Obviamente esto debiese ser todo formalizado como corresponde, o sea, bien

pueblos originarios del norte de Chile que para los del sur, o el pueblo Rapa Nui. En definitiva, pese a los beneficios que podemos ver en esta alternativa, creemos también que existen algunos riesgos, dada la incertidumbre que podría generar el factor político.

Adicionalmente a lo ya descrito, existe la opción de una regulación legal, al dictarse una ley de consulta previa general que incluya expresamente a las municipalidades. En este sentido, creemos que es la mejor alternativa, al otorgarle jerarquía normativa a este tema (por sobre el reglamento), además de certeza jurídica a las partes involucradas. Por otra parte, los actos normativos contenidos en leyes pueden reclamar para sí mayor estabilidad en el tiempo, así como la seguridad, al menos en teoría, de que la deliberación que sobre ellos se haga, es más rica, en tanto abarca diversos sectores de la ciudadanía. Es importante eso sí, que un eventual proyecto de ley tome en cuenta la experiencia de los últimos cinco años de implementación del convenio⁶⁷² y que sea debidamente consultado⁶⁷³.

estructurado dentro de las municipalidades. Y si lo anterior no ocurre, creo que los municipios debiesen hacer un procedimiento ad-hoc a su realidad". Ver Anexo N° 5.

⁶⁷² Concuera con esta postura don Miguel Huaracán, quien expresa: "(...) hay mucho tema que hacer interno (dentro del Estado), y después abatir confianza, relacionarnos y evaluar los procesos que se están haciendo. O sea, al proceso de la consulta hay que hacerle una sistematización detentada en las lecciones aprendidas, para ir recuperando lo óptimo que pudo haber sido, y mejorar los errores que se cometieron, porque hubo un despliegue a nivel nacional, entonces de todos lados podemos tener antecedentes. Entonces de aquí a 5 años hay que hacer todas esas cosas".

⁶⁷³ No obstante esto, creemos que un aspecto de especial preocupación es lo resaltado por don Mauricio Llaitul al consultársele sobre la posibilidad de que fuese una ley la que regulara el procedimiento de consulta, quien expresó "No sé si hoy sea correcto arriesgarnos a elaborar un proceso a través de una ley ¿por qué? porque creo que deberíamos organizarnos muy bien o debiera existir el compromiso de muchos

Al optarse por este escenario, la eventual ley debiese prescribir principios básicos y fundamentales que no pueden faltar en todo proceso de consulta, tales como:

- i. La consulta previa es un derecho de los pueblos originarios que desemboca en un proceso donde deben imperar los principios de flexibilidad y transparencia a objetivo de alcanzar un acuerdo (o lograr el consentimiento en ciertos casos);
- ii. Es un procedimiento especial que debe ser previamente concertado porque es de carácter público, especial y siempre obligatorio cuando se cumplen los presupuestos establecidos en el convenio;
- iii. Debe desarrollarse de buena fe, mediante procedimientos culturalmente adecuados y accesibles, de conformidad con las tradiciones propias de los pueblos y mediante sus instituciones representativas.
- iv. Es fundamental que exista el deber de la autoridad de adoptar decisiones razonadas, objetivas y proporcionales, cuando no se logre el acuerdo.

sectores políticos con los pueblos indígenas para respetar realmente lo que se defina, ya que el lobby en cuanto a cómo se determina una ley es fuerte y complejo, los proyectos de ley tu siempre saber cómo ingresan pero nunca como salen. La ley indígena cuando ingresó era una tremenda ley, cuando salió fue lo justo y lo necesario. Por lo mismo creo que no es un momento ideal, los pueblos indígenas no tenemos representación en el Estado todavía. Yo creo que los pueblos indígenas debiesen tener la representación correspondiente en el Estado, mientras no seamos sujetos de derechos y de poder vamos a estar siempre relegados porque no tenemos el poder de decidir". Ver Anexo N° 5.

v. La misma implica a lo menos las siguientes fases: fase pre-consulta (donde los pueblos se preparan con información y se concierta la forma como se va a realizar la consulta), fase de realización de consulta (con diversas reuniones en las cuales se discuten los proyectos, medidas, impactos o afectaciones y las formas en que se han de abordar), fase de seguimiento y control (donde es fundamental que se hayan establecido los compromisos, los tiempos para su cumplimiento, los recursos financieros y los responsables).

Todo lo anterior, dejando cierto margen para su desarrollo más específico a un posterior reglamento y en el caso de las municipalidades, quizás, a posteriores ordenanzas. Además nos parece indispensable que esta ley contemple un ítem de presupuesto para la realización de la consulta, dado el exiguo presupuesto que tienen las municipalidades para la realización de distintas instancias de participación ciudadana.

Reforzando esta postura, como pudimos apreciar al momento de analizar la legislación comparada, en Perú se reguló el tema a nivel de ley (Ley N°29.785), dictándose para efectos de su ejecución un reglamento (Decreto Supremo N°001 del 2012-MC)⁶⁷⁴. En Colombia, en tanto, sólo existen decretos y una directiva presidencial que regulan, de alguna forma, la consulta previa, todos ellos criticados tanto por entidades internas como internacionales; en

⁶⁷⁴ Para mayor información ver capítulo VI número 6.2.2.

razón de ello, actualmente el gobierno colombiano tiene un proyecto de ley estatutario que reglamentará la consulta⁶⁷⁵.

En conclusión, es de nuestro parecer que la mejor opción -en estos momentos- para regular esta materia, es la dictación de una ley de consulta previa, que incluya expresamente a las municipalidades como órgano regulado⁶⁷⁶. En todo caso, cabe señalar que la dictación de una ley no asegura una aplicación sin sobresaltos; ya que, tal como el lector pudo apreciar, en el caso peruano, la aprobación de una ley de consulta no ha significado una mejora inmediata en la puesta en práctica del convenio ni la consolidación del procedimiento de consulta.

⁶⁷⁵ Para mayor información ver capítulo VI número 6.1.2.

⁶⁷⁶ En este sentido también el Profesor Jorge Contesse al indicar que "la consulta previa es típicamente un procedimiento, uno compuesto por varias etapas, y la regulación que ha de hacerse se realiza en atención a las disposiciones de derecho interno, el establecimiento de procedimientos es materia de ley, no de actos de la administración. Ello se desprende de una interpretación sistemática de varias disposiciones constitucionales, comenzando por la norma del artículo 19, N° 3, inciso 6° de la Constitución, que dispone que es al legislador a quien le corresponde establecer las bases de procedimientos. Asimismo, respecto de la consulta que debe hacerse sobre medidas administrativas, la Constitución estatuye que solo son materia de ley aquellas "que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública" (art. 63, N° 18), de modo que la regulación vía decreto no cabe, toda vez que la consulta es, antes que todo, un procedimiento destinado a llegar a acuerdo o lograr el consentimiento de los pueblos interesados. Finalmente, es posible aducir la cláusula general de garantía de respeto esencial de los derechos (art. 19, N° 26), en conexión con la norma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prescribe que las restricciones que se autorizan al ejercicio de los derechos fundamentales solo pueden aplicarse "conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general" EL CONVENIO 169 DE LA OIT y el Derecho Chileno. Mecanismos y Obstáculos para su implementación. Ob. Cit. (nota 95). Pág. 226.

4. Respecto a los problemas encontrados y que podrían entorpecer el proceso de consulta previa a nivel municipal.

A lo largo del presente trabajo no sólo respondimos a las hipótesis planteadas inicialmente o llegamos a las conclusiones mencionadas al inicio de este apartado, también dedujimos aquellas provenientes tanto de la legislación comparada como del estudio de textos y las respectivas entrevistas de campo, las cuales pasaremos a exponer a continuación:

4.1. Entre los problemas que prevemos está la determinación de la calidad de indígena de los inmigrantes que llegan al país, la que, al no estar definida en la normativa nacional, puede generar controversia respecto de eventuales procesos de consulta⁶⁷⁷.

Al problema señalado podría agregarse la posibilidad que, en un futuro, el pueblo gitano quiera ser partícipe del Convenio 169 en nuestro país, tal como lo es en Colombia, o quizás los afrodescendientes⁶⁷⁸.

⁶⁷⁷ Especial relevancia tiene este problema en el caso de indígenas provenientes de países limítrofes. Así, tenemos al pueblo indígena Aymara, que se encuentra tanto en Bolivia como en nuestro país; de esta forma, un grupo indígena aymara de Bolivia podría radicarse en nuestro país y exigir ser consultado por una determinada medida.

⁶⁷⁸ CORTÉS DÍAZ, Andrés. 2015. Confusión en la Consulta Indígena. [en línea]. La Tercera en internet. Cartas al Director. 5 de Enero de 2015. <<http://www.latercera.com/noticia/opinion/correo-de-los-lectores/2015/01/896-611208-9-confusion-en-la-consulta-indigena.shtml>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

4.2. Otro problema que encontramos se refiere a las falencias existentes en los censos a nivel comunal y nacional, respecto de la población indígena. Los censos efectuados por las municipalidades y por el gobierno son inexactos⁶⁷⁹, provocando que las políticas municipales relacionadas con los pueblos originarios sean inadecuadas⁶⁸⁰.

4.3. De la misma manera, consideramos un error que la mayor parte de la política indígena (y, por tanto, los recursos financieros aparejados) esté abocada a los indígenas rurales, cuando la mayor parte de la población indígena se encuentra en las urbes⁶⁸¹.

⁶⁷⁹ CORVALÁN, M. 2014. Censo 2012: las siete razones del INE para no llamarlo censo. [en línea]. La Tercera en Internet. 24 de Septiembre 2014. <<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2014/09/680-597136-9-censo-2012-las-siete-razones-del-ine-para-no-llamarlo-censo.shtml>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁶⁸⁰ Así lo señaló doña Diva Millapán González, Encargada de la Oficina de Asuntos Indígenas de la Ilustre Municipalidad de Santiago, en la entrevista realizada en el marco del presente estudio. Ver Anexo N° 3.

⁶⁸¹ En palabras de doña Diva Millapán, "en relación al trabajo que se hace en las urbes, en las ciudades, tenemos muchas falencias porque toda la ley, todo lo que se ha hecho en estos momentos es muy ruralista. Existe una distinción entre indígenas rurales y urbanos. Los fondos de la CONADI el 80% está destinado a comprar las tierras, lo que queda se divide en las áreas con mayor presencia rural y ahora, desde que se publicó la ley el año 1993 hasta la fecha, la mayor cantidad de indígenas está en las ciudades y no tenemos una política indígena urbana. Entonces los indígenas de ciudad al no tener recursos solamente dependen de las voluntades de los municipios o de las intendencias o de las gobernaciones para apoyarlos, además el trabajo en la ciudad es difícil si no cuentas con recursos para llegar a las poblaciones y poder levantar talleres, educación de adultos, beneficios como por ejemplo dar más posibilidades para estudiar. La CASEN demuestra que la gente que es más pobre dentro de los pobres son los indígenas y se ubican en la ciudades. Por lo tanto, si no hay una política indígena, si la nueva institucionalidad indígena no va a considerar esta realidad, va a ser difícil continuar trabajando, tan difícil como hasta ahora". Anexo N° 3.

Por su parte, doña Minda Bustamante respecto a este punto relacionado con la consulta, señaló: "yo creo que falta mucho el tema que ustedes hablaban sobre como visualizar una consulta más urbana, en donde los pueblos indígenas tienen una visión diferente de su realidad cultural, además, hay mucho de resignificación cultural, pasó en Lo Prado por ejemplo ¿no? ahí era un proceso de resignificación cultural y era un espacio ya de rituales, ceremonial, en un espacio que fue entregado al pueblo mapuche de esa comuna. Anexo N° 4.

4.4. Igualmente, a nivel municipal se evidencia una falta de información por parte de sus funcionarios⁶⁸² respecto a la consulta previa, especialmente en temas prácticos. Es decir, para la implementación de la consulta en su comuna en caso de existir una medida administrativa que pudiera afectar a los pueblos originarios. Esto, podría traducirse en la no aplicación de este procedimiento por desconocimiento tanto de las medidas que pudiesen afectar a los pueblos originarios como de la tramitación que debiera dársele.

4.5. La falta de presupuesto municipal para llevar a cabo estas consultas también es un problema a considerar⁶⁸³. Esto, porque si bien es cierto

Finalmente, don Miguel Huaracán complementa, ejemplificando lo acontecido en el procedimiento de consulta llevado a cabo para la creación del Ministerio de Asuntos Indígenas y del Consejo de Pueblos: "El tema de los indígenas urbanos que tienen otro interés, otras demandas, pero ahí se contraponía la gente de la delegación metropolitana, tuvieron ahí una situación también enfrentada con el resto de los mapuche de las otras regiones, digna de ver, una cuestión que fue impresionante".

⁶⁸² Esto lo ratifica doña Diva Millapán (encargada de la oficina de asuntos indígenas de la comuna de Santiago) al preguntarle sobre si los funcionarios tienen conocimiento de la consulta previa, respondiendo que "(...) no manejan esa información y todo lo indígena es incipiente (...)". Anexo N° 3.

Por su parte, Minda Bustamante es de igual opinión, respecto al desconocimiento que tienen las municipalidades en cuanto al Convenio 169, indicando que "(...) una de las inquietudes que yo tuve dentro de mi participación en la mesa de consenso fue precisamente esa". Anexo N° 4.

Doña Ramona Reyes, al preguntársele si el Municipio de Paillaco tenía conocimiento del reglamento existente en el país que regula el procedimiento de consulta previa, respondió "No, no tenemos conocimiento". Anexo N° 7.

Finalmente, don Lautaro Loncón, opina en el mismo sentido al expresar en un contexto general que: "(...) tenemos al funcionario público, que hoy en día sabe un poco más que cero respecto de los derechos de los pueblos indígenas. Y estoy hablando de los funcionarios públicos de todo nivel, estamos hablando de funcionarios públicos de las municipalidades, de la intendencia de las gobernaciones, de las SEREMIAS, el nivel central, estamos hablando de los ministerios, estamos hablando transversalmente de una ignorancia y una falta de preparación respecto a los derechos de los pueblos indígenas de estos funcionarios. Entonces, cuando tú quieres hacer este proceso, o no se entiende, o sencillamente tienes que evangelizar, o sea tienes que salir a recorrer ministerio tras ministerio explicando cuáles son los derechos de los pueblos indígenas". Anexo N° 8.

⁶⁸³ Este es uno de los grandes problemas que también visualiza el profesor Salvador Millaleo Hernández. Abogado, Director de Investigación de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile y Doctor en

existen municipios que en reiteradas oportunidades han realizado instancias de participación ciudadana, generalmente corresponde a entidades cuyo ingreso per cápita es superior al promedio nacional (como sucede con las comunas de Vitacura y Las Condes, ambas de la Región Metropolitana).

Lo anterior, podría conllevar una discriminación entre las comunidades indígenas del país, puesto que sólo aquellas que vivan en comunas con presupuesto suficiente para realizar el procedimiento de consulta lo harán,

Sociología por la Universidad de Bielefeld, Alemania; tal como lo expresó en entrevista realizada en el marco del presente trabajo, el día 2 de Diciembre de 2014: "Yo creo que la forma más racional es que haya un fondo nacional para todas las consultas indígenas, ya sea para las consultas del ejecutivo, del legislativo, y de los entes autónomos como las municipalidades; y a partir de ese fondo financiar todas las consultas, y financiar también, por ejemplo, la necesidad de una asesoría para las comunidades que participen de un proceso de consulta". Anexo N° 2

Concuerda con dicha opinión, don Lautaro Loncón, quien sobre el punto expresó: "(...) tampoco hay recursos para que la municipalidades hagan las consulta propiamente tales, o sea, las municipalidades tienen veinte mil deudas (con los profesores, cuestiones previsionales, temas de calle, temas de cualquier cosa) y resulta de que no hay presupuesto, la municipalidad no tiene presupuesto para hacer consulta, no obstante que el Convenio lo obliga a realizar consultas cuando vaya a afectar los derechos de los pueblos indígenas, pero no se ha visto hasta este momento, por ejemplo, que una municipalidad te diga: "sabe que yo quería hacer consulta, pero no tenía plata". Ponte un caso en que haya que hacer una consulta en Alto Bio Bio, un PLADECO, y resulta de que judicializan ese asunto porque la municipalidad no hizo consulta, y la Corte pide informe y llegan con el informe y que la municipalidad diga "oiga, sabe que yo tenía todas las ganas de hacer consulta, pero con la poquita plata que tenía preferí comprar fardos y entregárselos, o preferí comprar alimentación y preferí entregárselos a los pehuenches cuando estaban en época de invierno". ¿Qué crees que va a resolver la Corte? Le va a decir: "sabes tú que debes hacer nuevamente el PLADECO". No sé, eso es hacer un poquitito de ficción, pero esa ficción te permite ver en qué situación prácticamente hoy día se encuentran los procesos de consulta". Anexo N° 8.

Opinión distinta tiene doña Minda Bustamante, quien al consultársele por el tema indicó "(...) que no es tan relevante, porque los procedimientos de consultas generan mayores gastos cuando se tratan de traslados, de estadías de las personas en ciertos ámbito de reunión, pero cuando es una municipalidad la que tiene que generar estos procesos de consulta, la gente va a querer participar realmente de la discusión, también tiene que haber campañas de capacitación, de publicidad del convenio, de la relación de los pueblos con las municipalidades. Primero tendría que haber esa pequeña campaña y ahí podrían hacerse como convenios entre las municipalidades y la CONADI, por ejemplo, sobre el tema de capacitación. Si una municipalidad quiere trabajar verdaderamente el tema de consulta podría ver la posibilidad de generar estos convenios con el Ministerio de Desarrollo Social". Anexo N° 4.

mientras aquellas con presupuestos exiguos simplemente no tendrán los medios, pese a la existencia de una norma legal que lo ordene.

4.6. A nivel indígena, también existe desconocimiento sobre la consulta previa, especialmente en asuntos prácticos⁶⁸⁴. De esta forma, si las comunidades desconocen las medidas municipales que pueden afectarles y que pudieran ser objeto de consulta, difícilmente podrán exigirla; lo mismo se aplicaría si desconocen los trámites a nivel municipal que deben realizar para solicitar una consulta.

4.7. Por otro lado, evidenciamos una falta de coordinación por parte de las comunidades indígenas a nivel municipal, que las encauce con la finalidad de exigir, en determinado momento, una consulta indígena. Ejemplo de esto es que en la consulta ciudadana efectuada en Santiago durante el 2014, que tenía entre sus preguntas el cambio del nombre del Cerro Santa Lucía a Cerro

⁶⁸⁴ En este sentido, tenemos lo señalado por doña Elisa Millanao, comunera mapuche entrevistada en el marco de este trabajo, quien indicó conocer lo que es la consulta previa pero no haber profundizado en ella. Anexo N° 1.

La misma concepción tiene don Mauricio Llaitul, quien al ser entrevistado, comentó lo siguiente: "Hoy día el Convenio 169 es un convenio que está claramente desconocido por parte de la dirigencia indígena, quizás todo el mundo diría que es lógico que tienen que instruirse, si, pero también es bastante difícil para una persona que apenas tiene la enseñanza básica y a veces ni siquiera terminada, porque ojo, no estoy hablando de que sean analfabetos, pero créeme que la gran mayoría de la "gallada" que tiene hoy en día esa identidad, ese compromiso, ese pensamiento, ese rakizuam mapuche, hoy día no tiene efectivamente una educación de lujo, como para conocer, como para enfrentar, como para entender y comprender del proceso, por ejemplo, de interculturalidad, de derechos". Anexo N° 5.

Welén, ninguna comunidad indígena exigió una consulta, siendo que era perfectamente posible hacerlo⁶⁸⁵.

4.8. Adicionalmente a lo anterior, otro problema radica en la diversidad de intereses existentes en distintos ámbitos. Uno de ellos, por ejemplo, es entre las comunidades indígenas de una misma comuna, quienes muchas veces compiten entre ellas para la obtención de beneficios municipales, generando desconfianzas difíciles de zanjar con el tiempo. Lo expuesto, genera que al momento de tener que dialogar con la municipalidad respectiva no lo hagan como unidad, sino más bien divididos, disminuyendo sus posibilidades de negociar en igualdad de condiciones⁶⁸⁶.

4.9. No se le ha dado a la participación indígena el enfoque y relevancia adecuada por parte de los poderes del Estado (ni su subsecuente jerarquía vertical respectiva)⁶⁸⁷. Esto trae aparejado mayores problemas al momento de

⁶⁸⁵ Así lo señaló doña Diva Millapán González, Encargada de la Oficina de Asuntos Indígenas de la Ilustre Municipalidad de Santiago, en la entrevista realizada en el marco del presente estudio. Anexo N° 3.

⁶⁸⁶ También existe diversidad de interés dentro de una misma comunidad, y entre comunidades y personas no indígenas, además de entre comunidades y autoridades locales. En este punto, don Lautaro Loncón ratifica que existen "también desconfianzas entre pueblos", ante lo cual don Miguel Huaracán, complementa, ejemplificando lo acontecido en el procedimiento de consulta llevado a cabo para la creación del Ministerio de Asuntos Indígenas y del Consejo de Pueblos: "La estrategia de como enfrentaban los pueblos más pequeños al pueblo mapuche, que están acostumbrados... pasan, arrasan. Primero ellos dijeron que "si está ésta metodología nosotros no estamos en condiciones de asistir", que es la metodología de comisiones: "si ustedes hacen comisiones los mapuche van a estar en todas las comisiones y a nosotros nos aplastan". Nosotros tuvimos que hacer una metodología de tal manera que diera garantía en esas circunstancias, y cuando estuvimos ahí en la reunión vimos como se desplegaba la estrategia de ellos también en referencia de poder detener esa situación de que no pasara un pueblo por encima de otro".

⁶⁸⁷ Así, la Asociación de Alcaldes Mapuche, en declaración emitida con fecha 24 de Agosto de 2014, solicitan, entre otras cosas, "(...) una consulta indígena con participación y administración desde su origen, como se plasma en el espíritu y la letra del convenio; con inclusión plena de las comunidades y

enfrentar una consulta indígena, toda vez que no existe un dialogo intercultural previo entre las partes⁶⁸⁸.

4.10. Posibles discusiones en torno a si la consulta previa debiera o no ser vinculante. Actualmente, las partes pueden acordar que una consulta sea vinculante, pero esto queda a discreción de los involucrados en el proceso. De esta forma, ya existen personas y grupos que abogan para que la consulta sea

territorios, con plazos acordes a nuestra cosmovisión ancestral, donde todas y todos los pueblos indígenas sean los verdaderos protagonistas de su presente y futuro”.

MAPUEXPRESS. 2014. Alcaldes Mapuche se refieren a consulta indígena y cuestionan Decretos 66 y 40 por transgredir derechos. [en línea]. Mapuexpress.org. 25 de Agosto de 2014. <<http://www.mapuexpress.org/2014/08/25/Alcaldes-mapuche-se-refieren-a-consulta-indigena-y-cuestionan-decretos-66-y-40-por#sthash.qCNVaZwC.OEAeF9gF.dpuf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁶⁸⁸ Refuerzan esta idea doña Antonia Urrejola y don Mauricio Llaitul en entrevistas realizadas en el marco del presente trabajo. Ver Anexos N° 5 y 6.

En un sentido más positivo, don Lautaro Loncón comenta: "Yo creo que los consejos (consejos por pueblos y consejo nacional) van a hacer una cosa importante para los pueblos indígenas, para generar participación en la toma de decisiones, y eso tiene que sumar con otras medidas igual, a nivel regional, por ejemplo, a nivel nacional. A nivel local debieran también las municipalidades generarse algún mecanismo de participación mucho más activa de los pueblos indígenas de manera diferenciada, porque hoy día, por ejemplo, hay Alcaldes que son indígenas, pero juegan en las reglas comunes, y no en las reglas especiales que debieran tener los indígenas para poder estar debidamente representados en la municipalidad. Entonces, creo yo, que son materias que están pendientes, y ahí también hay harto trabajo para las propias organizaciones indígenas, para los líderes indígenas, de poder visualizar, por lo menos hoy día, desde el mundo indígena no existe un proyecto político común".

Cabe resaltar, sin embargo, que existen algunas municipalidades que ya están trabajando este tema, como son la Ilustre Municipalidad de Recoleta y Lo Prado. Igualmente, existen también proyectos conjuntos entre varias municipalidades con el objeto de estudiar el patrimonio indígena.

MUNICIPALIDAD DE RECOLETA. 2014. Recoleta camina hacia una política indígena participativa. . [en línea]. Municipalidad de Recoleta. 9 de Junio de 2014. <<http://www.recoleta.cl/?p=23054>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].

CHILE. Municipalidad de Lo Prado. 2014. Decreto N° 1.873, que prueba y ratifica convenio operativo con el Ministerio de Desarrollo Social para proyecto de la CONADI que indica. . [en línea]. 7 de Julio de 2014. <<http://www.loprado.cl/transparencia/pdf/Decreto/2014/1873.pdf>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].

PAISAJES CULTURALES de Santiago. Santiago, Recoleta y Providencia. Alianza Tripartita por el horizonte paisajístico de cerros sagrados. 2014. Por Arancibia, Ricardo "et al". [en línea]. Municipalidad de Recoleta. 2014. <<http://www.recoleta.cl/wp-content/uploads/2014/10/Paisajes-Culturales-de-Santiago-Arancibia-Contreras-Millapan-Bustamante.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

vinculante⁶⁸⁹, aludiendo a la certeza que traería aparejado este hecho. Finalmente, creemos que con el tiempo se profundizará esta discusión, al existir un mayor número de medidas susceptibles de ser consultadas.

4.11. Problemas con la representatividad indígena⁶⁹⁰ y su responsabilidad⁶⁹¹. Actualmente ya se evidencian, pero en un futuro próximo debiera complejizarse más aun el panorama al existir más medidas susceptibles de afectación. La solución más lógica es el fortalecimiento de las instancias de representación de las comunidades indígenas, a través de charlas y capacitaciones, con el objeto de que estas tomen conciencia de sus decisiones.

⁶⁸⁹ Por ejemplo, tenemos la posición de una empresa minera importante, Barrick, sobre esta materia. Igualmente, la Asociación de Municipalidades Mapuche solicitan que la consulta sea vinculante en una declaración emitida con fecha 24 de Agosto de 2014.

PÉREZ-CUETO, Constanza.2014. Barrick pide más claridad en proceso de consulta indígena. [en línea].La Tercera en internet. Martes 25 de Noviembre de 2014. <<http://diario.latercera.com/2014/11/25/01/contenido/negocios/10-178277-9-barrick-pide-mas-claridad-en-proceso-de-consulta-indigena.shtml>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

MAPUEXPRESS. Ob. Cit. (nota 687).

⁶⁹⁰ De acuerdo a su experiencia, don Lautaro Loncón, comenta: "eso es un temazo, es un temazo porque en esta pasada que nosotros hicimos, de pronto se decía "¿sabes qué? Estos que están hoy día sentados en la consulta no son representativos". Pero lo decía un peñi o un indígena que, si bien es cierto tiene llegada a la prensa y salida hacia fuera, detrás de él hay cuatro, y el que estaba sentado en la mesa tenía veinte, y tú te preguntas ¿quién es más representativo?". Ver Anexo N° 8.

⁶⁹¹ Aborda este problema al ser entrevistada, doña Antonia Urrejola, quien indica: "cuando los funcionarios públicos y los críticos del Convenio, además de los empresarios, reclaman que no tienen con quien negociar, se aprecia un problema de representatividad. Lo anterior, es una realidad cierta, y ahí también hay un problema de parte de las organizaciones indígenas de maduras, y también hay que exigirles a ellos mayor responsabilidad en ese sentido, más allá, de los reclamos sobre el tema (porque los mapuche te reclaman que no está en su idiosincrasia, que ellos tienen ciertas divisiones, que además los españoles también tendieron a la fragmentación, que la Ley Indígena tendió a la fragmentación) los cuales son una realidad. Sin embargo, hay un reclamo de responsabilidad de parte de las organizaciones indígenas que en la realidad de hoy en día si ellos quieren negociar ellos también tienen que tener una dirigencia responsable y permanente, y legitiimada, y no es cambiando la dirigencia de acuerdo a si yo me molesté o no me molesté con el dirigente de turno, entonces yo lo cambio o yo divido, ¿me entiendes?, entonces ahí también hay una inmadurez de parte de la dirigencia, y eso es una realidad". Anexo N° 6.

Algunos autores hablan también de la promoción por parte del Estado de nuevas instancias de participación indígena (como la creación del Consejo de Pueblos Indígenas). Sin embargo, tenemos la convicción que mientras la mentalidad indígena no cambie, y no se genere una legitimización de las entidades que los representen, ninguna acción proveniente del Estado será suficiente⁶⁹².

4.12. Problemas con el resto de la sociedad civil, quienes podrían considerar la consulta indígena como un acto de discriminación. En la práctica, es un acto de discriminación, pero positiva, que tiene por finalidad igualar - dentro de lo posible- la posición que tienen los pueblos indígenas respecto al resto de la sociedad. Sin embargo, ya hay personas que hablan que esto no es más que un acto de discriminación innecesario, toda vez que la mayor parte de nuestro país sería mestizo, y no proveniente de un pueblo originario⁶⁹³. La solución, como hemos venido diciendo a lo largo de este trabajo, es la

⁶⁹² Para mayor información respecto al problema de determinar las instancias de representación indígena recomendamos leer:

ANINAT, Isabel. 2014. Los desafíos pendientes del Convenio 169. [en línea]. Puntos de Referencia. Centro de Estudios Públicos (369). Abril 2014. <http://www.cepchile.cl/Puntos-de-Referencia_CEP_PDF/pder369_IAninat.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

⁶⁹³ Como podemos apreciar en esta columna de opinión en un blog de El Mercurio. EDITORIAL. 2014. Costos del Convenio 169 de la OIT. ¿Es creíble que una comunidad indígena originaria exista en Lo Prado? ¿Buscaban quizá los recurrentes obtener a la postre un provecho a título de indemnización?... [en línea]. El Mercurio en internet. Miércoles 29 de octubre de 2014. <<http://www.elmercurio.com/blogs/2014/10/29/26441/Costos-del-Convenio-169-de-la-OIT.aspx>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

promoción de la diversidad cultural, así como la enseñanza del contenido del Convenio 169 al resto de la población no indígena de Chile.

4.13. El concepto de susceptibilidad de afectación directa a los pueblos indígenas es y continuará siendo, uno de los puntos de la consulta previa más confuso y potencialmente más conflictivo. Primero, debido la discrepancia que existe entre el Convenio y el reglamento sobre qué debe entenderse por susceptibilidad de afectación directa (sentido amplio y restringido del mismo, respectivamente), lo cual puede provocar que dicho concepto sea aplicado de conformidad a la interpretación que le dé el gobierno de turno. No obstante esto, estimamos que ante eventuales conflictos referente a la susceptibilidad de afectación directa que pueda causar una determinada medida, por términos jerárquicos debiese primar el sentido amplio que establece el Convenio por sobre aquel que establece el reglamento.

Segundo, debido a la subjetividad existente en determinar "qué es susceptible -o no- de afectar a los pueblos originarios de manera directa", lo que definirá si los mismos son o no "interesados" y con ello, sujetos del derecho a la consulta previa. Esta conflictividad escapa al ámbito del derecho, de lo jurídico, inmiscuyéndose en otras áreas (como la antropología), pues, en términos simples, una medida "que no afecta a una persona o grupo de una determinada cultura sí puede afectar a una persona o grupo que provenga de una cultura distinta y viceversa, debido a que presentan diferentes referentes

cognitivos"⁶⁹⁴, de tal manera es que no se percibirán los actos externos de un mismo modo, entre unos y otros.

4.14. La falta de una política indígena, tanto en el actual gobierno como en el anterior (incluidos los municipios), no vislumbra un buen escenario para los futuros procesos de consulta a desarrollar, ya sean éstos a nivel nacional o local. El no contar con planes ni directrices a mediano ni a largo plazo, que establezcan objetivos claros y definidos en la temática indígena, así como metas alcanzables en determinado tiempo, nos hace concluir lo necesario que es -en estos momentos- una política integral que se aboque a este tema, tanto en el ámbito nacional como local. Para subsanar esta falencia, creemos que es una buena medida la instauración del Ministerio de Asuntos Indígenas. Respecto a la consulta indígena, en particular, estimamos que debiese generarse un Plan Nacional Estratégico de Participación Indígena, el cual incluya la arista de la consulta y haga partícipes activos a los municipios⁶⁹⁵.

4.15. La dispersión que hoy existe, en la realización de la consulta - cada órgano responsable de la medida correspondiente (incluidas las

⁶⁹⁴ LÓPEZ VYHMEISTER, Ricardo y MOHR AROS, Tania. Ob. Cit. (nota 352).Punto 1, párrafo 6.

⁶⁹⁵ Confirmando lo anterior, don Lautaro Loncón expresa: "Estamos en materia indígena en un ministerio prestado, porque este ministerio no se dedica a temas indígenas solamente, entonces, obviamente que no hay un seguimiento, por ejemplo, de implementación del Convenio 169, porque nadie está planteando un programa para implementarlo, si tú me dices hoy día "¿cuál es la política del gobierno?" Yo empiezo a mirar para el lado porque no tengo claro, o sea, sé que hay intenciones, sé que hay voluntad política de llevarlo a cabo, pero no hay un organismo que te diga: "mira, en 4 años aquí vamos a estar, estas son las directrices, estos son los programas, estos son los planes que vamos a establecer para implementar los derechos de los pueblos indígenas". Anexo N° 8.

municipalidades) debe coordinar y ejecutar el proceso consulta-, puede transformarse en fuente de incertidumbre en términos de la interpretación del concepto de susceptibilidad de afectación directa y la determinación de las medidas a consultar, ya que cada uno de ellos puede establecer distintos criterios para casos similares. Por ello, estimamos que una buena opción para implementar en el país, es un sistema similar al establecido en Colombia, donde un sólo órgano es el encargado de efectuar los procesos de consulta, ya que, de esta manera, se contaría con personas capacitadas y especializadas que trabajaran la temática. Hacemos presente, que esta dispersión puede generar también problemas prácticos sobre las comunidades, en cuanto pueden verse sujetas al mismo tiempo a múltiples consultas llevadas a cabo por distintos órganos⁶⁹⁶.

⁶⁹⁶ En un sentido, don Lautaro Loncón opina: "Otra de las deficiencias que tiene el Reglamento 66 es que es una dispersión de órganos que hacen la consulta. Hoy día por ejemplo, el órgano que adopta la medida es el responsable de llevar adelante los procesos de consulta, y además de eso, de ponerse con las lucas para la consulta. Eso te genera una serie de problemas. Primero se genera un tema si hay cuatro órganos que adoptan una medida, ya que pueden haber cuatro criterios distintos para hacer la consulta. (...) el modelo colombiano es un modelo que pudiera aplicarse en Chile, obviamente con sus adecuaciones que pudieran existir. Pero hay que generar un órgano de consulta, que tenga recursos para hacer consulta, que no siga manteniéndose en términos de decir "sabe cada ministerio genera", sino, un órgano que tenga un presupuesto, que pueda llevar a adelante estos procesos de consulta si son veinte, si son cinco, si son diez". Anexo N° 8.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes legales.

1. BOLIVIA. Asamblea Constituyente de Bolivia. 2009. Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia.7 de Febrero de 2009.
2. CHILE. Ministerio de Desarrollo Social. 2014. Decreto Supremo N° 66, que aprueba reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 n° 1 letra a) y n° 2 del convenio n° 169 de la organización internacional del trabajo y deroga normativa que indica. 4 de Marzo de 2014.
3. CHILE. Ministerio del Interior.1886. Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.5 de Diciembre de 1986.
4. CHILE. Ministerio del Interior. 1988. Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695. 31 de Marzo de 1988.
5. CHILE. Ministerio de Justicia. 1855. Código Civil. 19a. ed. oficial, aprobada por Decreto N° 391, de 27 de Enero de 2009, del Ministerio de Justicia. Editorial Jurídica de Chile. 2011. Última modificación el 21 de Junio de 2013.
6. CHILE. Ministerio de Medio Ambiente. 2013. Decreto Supremo N° 40, que aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. 12 de Agosto de 2013.
7. CHILE. Ministerio de Planificación. 2009. Decreto Supremo N°124, que reglamenta el artículo 34 de la Ley N°19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas.25 de Septiembre de 2009.
8. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1980. Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial 1980. 15a. ed., aprobada por Decreto N°416, de 22 de Enero de 2010, del Ministerio de Justicia. Editorial Jurídica de Chile. Año 2013.
9. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1994. Ley N° 19.300 que aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.9 de Marzo de 1994.
10. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2010. Ley N° 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. 26 de Enero de 2010
11. CHILE. Ministerio de Vivienda y Urbanismo. 1976. DFL 458 que aprueba Ley General de Urbanismo y Construcciones. 13 de Abril de 1976.

12. CHILE. Municipalidad de Lo Prado. 2014. Decreto N° 1.873, que prueba y ratifica convenio operativo con el Ministerio de Desarrollo Social para proyecto de la CONADI que indica. . [en línea]. 7 de Julio de 2014. <<http://www.loprado.cl/transparencia/pdf/Decreto/2014/1873.pdf>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
13. CHILE. Municipalidad de Maipú. 2011. Decreto N° 5.468, que aprueba Ordenanza comunal de participación ciudadana. [en línea].20 de Octubre de 2011. <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1031472> > . [consulta: 18 de Marzo de 2015].
14. CHILE. Municipalidad de San Joaquín. 2011. Ordenanza N° 1, que aprueba texto refundido, coordinado y sistematizado de la ordenanza de participación ciudadana de la Municipalidad de San Joaquín. [en línea]. 12 de Agosto de 2011. <[http://www.redsanjoaquin.cl/sj2010/web/transparencia_todo/ACTOS_Y RESOLUCIONES CON EFECTOS SOBRE TERCEROS/Ordenanzas/ORDENANZA N01 2011 Participacion Ciudadana San Joaquin.pdf](http://www.redsanjoaquin.cl/sj2010/web/transparencia_todo/ACTOS_Y_RESOLUCIONES_CON_EFECTOS SOBRE TERCEROS/Ordenanzas/ORDENANZA N01 2011 Participacion Ciudadana San Joaquin.pdf)>. [consulta: 17 de Marzo de 2015].
15. COLOMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. 1991. Constitución Política de Colombia. [en línea].4 de Julio de 1991. <<http://www.constitucioncolombia.com/indice.php>> [consulta: 17 de Marzo de 2015].
16. COLOMBIA. Congreso de la República de Colombia. 1991. Ley N°21, que aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989. [en línea]. 6 de Marzo de 1991. <<http://www.refworld.org/pdfid/46d598ab2.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
17. COLOMBIA. Congreso de la República de Colombia. 1993. Ley N° 60 por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. [en línea]. 12 de Agosto de 1993. <http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85889_archivo_pdf.pdf> [consulta: 17 de Marzo de 2015].
18. COLOMBIA. Congreso de la República de Colombia.1993. Ley N° 70 por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política. [en línea]. 27 de Agosto de 1993. <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4404.pdf?view=1>>. [consulta: 17 de Marzo de 2015].

19. COLOMBIA. Congreso de la República de Colombia. 2011. Ley N° 1.437 por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. [en línea]. 18 de Enero 2011. <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/ley143718012011.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
20. COLOMBIA. Ministerio de Agricultura. 1995. Decreto N° 2.164 por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional. [en línea]. 7 de Diciembre de 1995. <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/Documentos/Decreto_2164_de_1995.pdf> [consulta: 17 de Marzo de 2015].
21. COLOMBIA. Presidencia. 2010. Directiva Presidencial N° 01: garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales. [en línea]. 26 de Marzo de 2010. <http://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/directiva_presidencial_01_de_2010.pdf>. [consulta: 17 de Marzo de 2015].
22. COLOMBIA. Presidencia. 2013. Directiva Presidencial N° 10: guía para la realización de consulta previa. [en línea]. 7 de Noviembre 2013. <http://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/12_directiva_presidencial_nde_10_del_07_de_noviembre_2013_4.pdf>. [consulta: 17 de Marzo 2015].
23. CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). 22 de Noviembre de 1969.
24. ECUADOR. Asamblea Constituyente. 2008. Constitución Política del Ecuador. 20 de Octubre de 2008.
25. MEXICO. Congreso Constituyente. 1917. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 5 de Febrero de 1917.
26. NACIONES UNIDAS. Asamblea General de Naciones Unidas. 1966. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 16 de Diciembre de 1966 .
27. NACIONES UNIDAS. Asamblea General de Naciones Unidas. 2007. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas. 13 de Septiembre de 2007.

28. NACIONES UNIDAS. Comisión de Derecho Internacional. 1969. Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados. 23 de Mayo de 1969.
29. NACIONES UNIDAS. Organización Internacional del Trabajo. 1989. Convenio OIT N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. 27 de Junio de 1989.
30. PERÚ. Asamblea Nacional. 1920. Constitución para la República del Perú. [en línea]. 18 de Enero de 1920. <<http://www.deperu.com/archivos/const-1920.pdf>>. [consulta: 17 de Marzo de 2015].
31. PERÚ. Asamblea constituyente. 1979. Constitución para la República del Perú. [en línea]. 12 de Julio de 1979. <<http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>> [consulta: 17 de Marzo de 2015].
32. PERÚ. Congreso Constituyente. 1933. Constitución Política del Perú. [en línea]. 29 de Marzo de 1933. <<http://www.deperu.com/archivos/const-1933.pdf>> [consulta: 17 de Marzo de 2015].
33. PERÚ. Congreso Constituyente democrático. 1993. Resolución Legislativa N° 26.253 que aprueba el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes. [en línea]. 26 de Noviembre 1993. <http://www.snmpe.org.pe/nuestros-sectores-snmpe/hidrocarburos_nuestros_sectores/legislacion/medio-ambiente-y-comunidades/resolucion-legislativa-n-26253-aprueba-el-convenio-169-de-la-oit-sobre-pueblos-indigenas-y-tribales-en-paises-independientes.html>.[consulta: 17 de Marzo de 2015].
34. PERÚ. Congreso Constituyente. 1993. Constitución Política del Perú. [en línea]. 29 de Diciembre de 1993 (30 de Diciembre de 1993). <<http://pdba.georgetown.edu/Parties/Peru/Leyes/constitucion.pdf> > [consulta: 17 de Marzo de 2015].
35. PERÚ. Ministerio del Ambiente. 2005. Ley N° 28.611, Ley General del Ambiente. [en línea]. 15 de Octubre de 2015 <<http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2013/06/ley-general-del-ambiente.pdf> > [consulta: 17 de Marzo de 2015]
36. PERÚ. Ministerio de Cultura. Decreto Supremo N°001-2012-MC, reglamento de la Ley N° 29.785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). [en línea]. 3 de Abril de 2012. <<http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2014/11/Reglamento->

[de-la-Ley-N---29785-Decreto-Supremo-N---001-2012-MC.pdf](#) >. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

37. PERÚ. Presidencia de la República. 1990. Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales. Decreto Legislativo N° 613. [en línea]. 7 de Septiembre de 1990. <http://www.peru.gob.pe/docs/PLANES/94/PLAN_94_DL%20N%C2%BA%20613%20C%C3%B3digo%20del%20Medio%20Ambiente%20y%20los%20Recursos%20Naturales_2008.pdf>. [consulta: 17 de Marzo de 2015].
38. PERÚ. 1994. Ley N° 26.300. Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos. [en línea]. 2 de Mayo de 1994. <<http://pdba.georgetown.edu/Electoral/Peru/participycontrol.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
39. PERÚ. 1995. Ley N° 26.505. Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas. [en línea]. 18 de Julio de 1995. <<http://faolex.fao.org/docs/html/per4901.htm> >. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
40. PERÚ. 2011. Ley N°29.785. Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). [en línea]. 7 de Septiembre de 2011. <<http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2014/11/Ley-N---29785-Ley-del-derecho-a-la-consulta-previa-a-los-pueblos-ind--genas-originarios-reconocido-en-el-Convenio-169-de-la-Organizacion-Internacional-del-Trabajo-OIT.pdf> >. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

Jurisprudencia.

1. CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 16.818. 6 de Julio de 1993.
2. CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N°22.247. 28 de Abril 2010. [en línea]. <<http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/DetalleDictamen?OpenForm&UNID=6C38E0508439B0B98425771500584699>> . [consulta: 18 de Marzo de 2015].

3. CHILE. Contraloría General de la República Dictamen N°53.841. 30 de Agosto de 2012. [en línea]. <<http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/DetalleDictamen?OpenForm&UNID=E19F0DCF8668283284257A6F0052ED4E>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
4. CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 72.801. 21 de Noviembre de 2012. [en línea]. <<http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/DetalleDictamen?OpenForm&UNID=247CA74EE34CA12B84257ABF005181A0>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
5. CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N°45.010. 20 de Junio de 2014. [en línea]. <<http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/DetalleDictamen?OpenForm&UNID=A58926F51099A64184257D020048A842>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
6. CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N°12.557. 13 de Febrero de 2015. [en línea]. <<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FormImpresionDictamen?OpenForm&UNID=5288DDAF6D51A32184257DF0006F2DE3>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
7. CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N°13.247. 17 de Febrero de 2015. [en línea]. <<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/DetalleDictamen?OpenForm&UNID=7383E05755E6369D84257DF10051B438>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
8. CHILE. Corte Suprema de Justicia. Rol N° 3.125/2004. Sentencia de 13 de marzo de 2007.
9. CHILE. Corte Suprema de Justicia. Rol N°258/2011. Sentencia de 13 de Julio de 2011. [en línea]. <http://indigenousnews.org/wp-content/uploads/2011/07/Rol_258-2011_CorteSuprema_13julio2011.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
10. CHILE. Corte Suprema de Justicia. Rol N°11.040/2011.Sentencia de 30 de Marzo de 2012. [en línea]. <<http://sentenciasrelevantes.blogspot.com/2012/04/corte-suprema-rol-num-11040-2011.html>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

11. CHILE. Corte Suprema de Justicia. Rol N°2.211/2012. Sentencia de 27 de Abril de 2012. [en línea]. <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/jp/1617-caso-huascoalinos-elmorro.htm>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
12. CHILE. Corte de Apelaciones de Antofagasta. Rol N°782/2010. Sentencia de 21 de diciembre de 2010. [en línea]. <http://indigenousnews.org/wp-content/uploads/2011/07/Rol_782-2010_CorteApelacionesAntofagasta.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
13. CHILE. Corte de Apelaciones de Concepción. Rol N° 289/2010. Sentencia de 10 de agosto de 2010. [en línea]. <<http://www.mapuche.info/?kat=8&sida=822>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
14. CHILE. Corte de Apelaciones de Temuco. N°Proteccion-461/ 2012. Sentencia en causa sobre Recurso de Protección de 10 de Julio de 2012. [en línea]. <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=1&COD_Opcion=1&COD_Corte=50&CRR_IdTramite=7603389&CRR_IdDocumento=6433753> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
15. CHILE. Tribunal Constitucional. Rol N° 50/1989. Sentencia de 29 de Febrero de 1988. [en línea]. <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=559>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
16. CHILE. Tribunal Constitucional. Rol N° 80/1989. Sentencia de 22 de Septiembre de 1989. [en línea]. <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=532>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
17. CHILE. Tribunal Constitucional. Rol N° 309/2000. Sentencia de 4 de Agosto de 2000. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=310>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
18. CHILE. Tribunal Constitucional. Rol N°346/2002. Sentencia de 8 de abril de 2002.
19. CHILE. Tribunal Constitucional. Rol N°1050/2008-CPR. Sentencia de 3 de Abril de 2008. [en línea]. <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=904>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
20. CHILE. Tribunal Constitucional. Rol N° 1.988/11-CPT. Sentencia de 24 de Junio de 2011. [en línea]. <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1987>>. [consulta: 18 de Marzo 2015].

21. CHILE. Tribunal Constitucional. Rol N° 2.387/2012 (acumulada con Rol N°2388-12). Sentencia de fecha 23 de Enero de 2013.
22. COLOMBIA. Corte Constitucional. N° SU-039. Sentencia de 3 de Febrero de 1997. [en línea]. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/su039-97.htm>> [consulta: 18 de Marzo de 2015]
23. COLOMBIA. Corte Constitucional. N° T-737/05. Sentencia de 14 de Julio de 2005. [en línea]. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-737-05.htm>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
24. COLOMBIA. Corte Constitucional. N° T-382/06. Sentencia de 22 de Mayo de 2006. [en línea].<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-382-06.htm>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
25. COLOMBIA. Corte Constitucional. N° C-208/07. Sentencia de 21 de Marzo de 2007. [en línea] <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25929>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
26. COLOMBIA. Corte Constitucional. N° C-030/08. Sentencia de 23 de Enero de 2008. [en línea]. <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=30385>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
27. COLOMBIA. Corte Constitucional. N° T-154/2009. Sentencia de 12 de Marzo de 2009.
28. COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. N° T-745/10. Sentencia de 14 de Septiembre de 2010. [en línea]. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-745-10.htm>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
29. COLOMBIA. Corte Constitucional. N° C-366/11. Sentencia de 11 de Mayo de 2011. [en línea]. <<http://www.refworld.org/pdfid/4f1408552.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
30. COLOMBIA. Corte Constitucional. N°T-379/11. Sentencia de 12 de Mayo de 2011. [en línea]. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-379-11.htm>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
31. COLOMBIA. Corte Constitucional. N° T-601/11. Sentencia de 10 de Agosto de 2011. [en línea]. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-601-11.htm>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

32. COLOMBIA. Corte Constitucional. N° T-698/11. Sentencia de 20 de Septiembre de 2011. [en línea]. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-698-11.htm>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
33. COLOMBIA. Corte Constitucional. N° C-371/14. Sentencia de 11 de Junio de 2014. [en línea]. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-371-14.htm>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
34. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del pueblo indígena Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de Noviembre de 2007. [en línea]. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
35. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de Junio de 2012. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
36. PERU. Corte Superior de Justicia de San Martin, Juzgado Mixto de El Dorado. Expediente N° 123-2013. Sentencia de 5 de Septiembre 2013. [en línea]. <<http://www.justiciaviva.org.pe/userfiles/file/federacion-kichwa.pdf> > [consulta: 18 de Marzo de 2015].
37. PERU. Tribunal Constitucional. Expediente N°0047-2004-AI/TC. Sentencia de 24 de Abril de 2006. [en línea]. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html> > [consulta: 18 de Marzo de 2015].
38. PERÚ. Tribunal Constitucional. Expediente N° 0025-2005-PI/TC. Sentencia de 25 de Abril de 2006. [en línea]. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00025-2005-AI%2000026-2005-AI.html>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
39. PERU. Tribunal Constitucional. Expediente N° 03343-2007-PA/TC. Sentencia de 19 de Febrero de 2009. [en línea]. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
40. PERU. Tribunal Constitucional. Expediente N° 06316-2008 PA/TC. Sentencia de 11 de Noviembre de 2009. [en línea]. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA.html>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].

41. Tribunal Constitucional Peruano. Resolución de Aclaración del Expediente N° 06316-2008-PA/TC, 24 de Agosto de 2010. [en línea]. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA%20Aclaracion.html>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
42. PERU. Tribunal Constitucional. Expediente N° 0022-2009-PI/TC. Sentencia de 9 de Junio de 2010. [en línea]. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
43. PERU. Tribunal Constitucional. Expediente N° 05427-2009-PC/TC. Sentencia de 30 de Junio de 2010. [en línea]. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05427-2009-AC.html>> [consulta: 18 de Marzo de 2015]

Fuentes doctrinarias.

1. ABOGABIR MÉNDEZ, Matías. 2014. Estudio de Caso Chile. Convenio N° 169 de la OIT y la consulta a los pueblos indígenas en proyectos de inversión. [en línea]. Oficina Internacional del Trabajo (OIT). <<http://www.cpc.cl/wp-content/uploads/2014/10/141016EstudioCasoChileOITCapitulosI-II-III-IV.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
2. ANAYA, James. 2009. Informe del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. [en línea]. Promoción y Protección de Todos Los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo. Naciones Unidas. 15 de Julio de 2009. Nueva York, Estados Unidos de Norte América. <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/8057.pdf?view=1>>. [consulta: 18 de Marzo 2015].
3. ANAYA, James. 2012. Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de Gobierno para Nueva Normativa de Consulta y Participación Indígena de Conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”. [en línea]. Noviembre de 2012. Chile. <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/consulta/reglamentacion/1687-comentario-reglamento-chile.html>>.[consulta: 18 de Marzo de 2015].
4. ANAYA, S. James. 2013. El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del Derecho Internacional. [en línea]. En: CONFERENCIA EN EL EVENTO El rol de los Ombudsman en América Latina: El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas. 25 de Abril de 2013. Lima, Perú. <<http://unsr.jamesanaya.org/esp/declaraciones/el-deber-estatal-de-consulta-a->

[los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional](#)> [consulta: 18 de Marzo de 2015].

5. ANCHELÍA JESUSI, Karin. 2011. Derecho a decidir su desarrollo. Consulta previa, un derecho que asegura otros derechos indígenas. [en línea]. Consulta previa: Derecho fundamental de los pueblos indígenas. NalInformeEspecial. Junio 2011: 19-20.<http://www.noticiasaliadas.org/objetos/informe/14PE_consulta_na.pdf> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
6. ANINAT, Isabel. 2014. Los desafíos pendientes del Convenio 169. [en línea]. Puntos de Referencia. Centro de Estudios Públicos (369). Abril 2014. <<http://www.cepchile.cl/Puntos-de-Referencia CEP PDF/pder369 IAninat.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
7. ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE POBLACIÓN. 2011. Pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina: dinámicas poblacionales diversas y desafíos comunes. [en línea]. Serie Investigaciones N° 12.. Río de Janeiro, Brasil. ALAP Editor. <http://www.nepo.unicamp.br/textos/publicacoes/livros/serie12/Serie12_Completo.pdf > [consulta: 18 de Marzo de 2015].
8. AYLWIN, José. 2003. Los derechos de los pueblos indígenas en Chile. Informe del Programa de Derechos Indígenas Pueblos. [en línea]. Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera. [en línea] <<http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/libro%20completo.pdf>> [consultado: 18 de Marzo de 2015].
9. AYLWIN, José [s.a.] Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional y Comparado. [en línea] <<http://200.10.23.169/trabajados/Jos%E9%20Aylwin.pdf>> [consultado: 18 de Marzo de 2015].
10. AYLWIN, José [s.a.] Pueblos Indígenas de Chile, Antecedentes Históricos y situación actual. [en línea]. Serie Documentos N° 1. Instituto de Estudios Indígenas Universidad de la Frontera. <http://www.archivochile.com/Pueblos_originarios/hist_doc_gen/POdocgen0004.pdf> [consultado: 18 de Marzo de 2015].
11. BANCO MUNDIAL. 2011. Perú en el umbral de una nueva era. Lecciones y desafíos para consolidar el crecimiento económico y un desarrollo más incluyente. [en línea]. Perú. Banco Mundial. Notas de Política Volumen I. <http://siteresources.worldbank.org/INTPERUISPANISH/Resources/Peru_en

[el Umbral de una nueva era version final.pdf](#) >. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

12. BERNALES BALLESTEROS, Enrique y RUIZ BALLÓN, Antonio. 2006. La pluralidad cultural en la Constitución peruana de 1993 frente a las perspectivas de la reforma judicial y al derecho penal. [en línea]. Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal 2006. <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2006_06.pdf> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
13. BERNSTEIN, Felipe y INOSTROZA, José [s.a.] Modernización municipal y un sistema de evaluación de su gestión. Propuesta de una arquitectura. [en línea] < http://www.sistemaspublicos.cl/wp-content/files_mf/1273071183Paper-Arquitectura-Municipal.pdf > [consulta: 18 de Marzo de 2015].
14. BIXIO, Beatriz y BERBERIAN, Eduardo. 2007. Primeras expediciones al Tucumán: Reconocimiento, valor del espacio y poblaciones indígenas. [en línea]. Scielo. Andes. Versión On-line ISSN 1668-8090. <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1668-80902007000100004 > [consultado: 18 de Marzo de 2015].
15. CARMONA SANTANDER, Carlos. 1997. ¿Quién califica lo orgánico constitucional? Comentario a un fallo del Tribunal Constitucional. Revista Gobierno Regional y Municipal, año IV, N°44. Marzo de 1997. Chile. Editorial Jurídica Conosur.
16. CARRIÓN, Patricia. 2012. Consulta previa: Legislación y aplicación. [en línea]. Cuadernos democráticos. Quito, Ecuador. Fundación Konrad Adenauer. <http://www.kas.de/wf/doc/kas_33688-1522-1-30.pdf?130305001712> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
17. CENTRO AMAZÓNICO DE ANTROPOLOGÍA Y APLICACIÓN PRÁCTICA. 2008. Análisis de los decretos legislativos que afectan a los pueblos indígenas, emitidos por el poder ejecutivo en virtud a la Ley N° 29.157 [en línea]. Documento de trabajo. 15 de Agosto de 2008. <http://www.caaap.org.pe/archivos/Caaap_Analisis.pdf> [consulta: 18 de Marzo 2015].
18. CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2013. No nos toman en cuenta. Pueblos Indígenas y Consulta Previa en las Pisciculturas de la Araucanía. [en línea]. Santiago. Ediciones Universidad Diego Portales. < http://hrp.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2013/09/NNTC_completo.pdf > [consulta: 18 de Marzo de 2015] .

19. ¿CHILE INDÍGENA? Desafíos y Oportunidades para un Nuevo Trato. 2014. Por Braulio Cariman Linares "et al". Santiago, Ediciones y Publicaciones El Buen Aire S.A.
20. CHIRIF, Alberto. 2012. Derechos indígenas en la Legislación peruana. Informe final. [en línea]. <<http://americalatina.landcoalition.org/sites/default/files/105720337-MULTIMEDIA-Alberto-Chirif-Informe-Final-Formateado-1.pdf>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
21. CHUECAS CABRERA, Adda. [s.a.] El Derecho de los Pueblos Indígenas y Comunidades en el Contexto Histórico del Perú. [en línea]. <<http://www.caaap.org.pe/archivos/derecho.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
22. COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). 2012. Atlas sociodemográfico de los pueblos indígenas y afrodescendientes en Colombia. [en línea]. En el marco del proyecto de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL y la Fundación Ford "Desigualdades territoriales y exclusión social de pueblos indígenas y afrodescendientes en países seleccionados de América Latina". Santiago de Chile. <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/48365/AtlasColombiaCAPLaIV.pdf>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
23. CONTESSE, Jorge y LOVERA, Domingo. 2010. Pueblos Indígenas y Participación Política en la Óptica del Tribunal Constitucional. [en línea]. Anuario de Derecho Público, N° 1, 2010. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales <http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2010/03_Contesse_Lovera.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
24. CONTESSE, Jorge y LOVERA, Domingo. 2011. El Convenio 169 de la OIT en la Jurisprudencia Chilena: Prólogo del Incumplimiento. [en línea]. Anuario de Derecho Público, N° 1. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales <http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2011/06_Contesse_Lovera.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
25. CONTRERAS PAINEMAL, Carlos. 2010. Los Tratados celebrados por los Mapuche con la Corona Española, la República de Chile y la República de Argentina. [en línea]. <http://www.archivochile.com/carril_c/cc2013/cc_2013_00009.pdf> [consultado: 18 de Marzo de 2015]

26. CORDERO QUINZACARA, Eduardo.1995. La potestad reglamentaria en el Derecho público chileno. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Valparaíso.
27. CORDERO QUINZACARA, Eduardo. [s.a.] La Administración del Estado en Chile y el concepto de Autonomía. [en línea]. Contraloría General de la República: 85 años de Vida Institucional (1927-2012). <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Merged/2012/ARCHIVOS/20121214_Eduardo_Cordero > [consulta: 18 de Marzo de 2015].
28. CORDERO QUINZACARA. Eduardo. 2009. El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria. [en línea]. Scielo. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. On-line ISSN 0718-6851. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000100012&lng=es&nrm=iso >. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
29. CORREA-ARANEDA, Francisco, URRUTIA, Jonathan y FIGUEROA, Ricardo. 2011. Estado del conocimiento y principales amenazas de los humedales boscosos de agua dulce de Chile. [en línea]. Scielo. Revista chilena de historia natural. v. 84, N° 3, Septiembre de 2011. ISSN 0716-078X <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-078X2011000300002&lng=es&nrm=iso>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
30. DÁVILA PUÑO, Julio.2005. Gobiernos locales y pueblos indígenas. [en línea]. Lima, Perú. Grupo de trabajo Racimos de UNGURAHUI. <http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0321_Peru-Gobiernos_Locales.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
31. DE LA MAZA, Francisca. 2012. Etnografía de las prácticas sociales y negociaciones en la política indígena actual, Araucanía-Chile. [en línea]. Revista Austral de Ciencias Sociales. On-line ISSN 0718-1795. <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-17952012000100005&lng=es&nrm=iso>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
32. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. 2007. Colombia una Nación Multicultural. Su diversidad étnica. [en línea]. Colombia. Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Mayo 2007. http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
33. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. [s.a.] La visibilización estadística de los grupos étnicos colombianos. [en línea].

Colombia.

<http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/visibilidad_estadistica_etnicos.pdf> [consulta: 18 de Marzo de 2015].

34. DONOSO, Sebastián. 2008. Chile y el Convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro. [en línea]. Temas de la Agenda Pública N° 16, año 3, Abril 2008. Centro de Políticas Públicas UC, Pontificia Universidad Católica de Chile
<http://politicaspUBLICAS.uc.cl/cpp/static/uploads/adjuntos_publicaciones/adjuntos_publicacion.archivo_adjunto.a71856f201d91db2.53544131362e706466.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
35. DONOSO, Sebastián. 2009. Convenio 169 de la OIT: implicancias de una ratificación [en línea]. Documento de Trabajo N° 8, Noviembre, 2009. Facultad de Gobierno, Facultad de Economía y Negocios, Universidad del Desarrollo. <<http://gobierno.udd.cl/files/2012/12/Sebastian-Donoso.-11-2009.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
36. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno. Mecanismos y Obstáculos para su implementación. 2012. Por Contesse, Jorge “et al”. [en línea]. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales. <http://libredeterminacion.org/proldi/images/udp_convenio_digital.pdf> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
37. EL DERECHO A LA CONSULTA de los pueblos indígenas en Guatemala: la ruptura entre el discurso y la práctica. Periodo 1996-2010. 2010. [en línea]. <http://www.ituc.csi.org/IMG/pdf/Informe_PCGIG.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
38. EL DERECHO A LA CONSULTA previa de los pueblos indígenas en América Latina. 2012. [en línea]. Por Vladimir Ameller “et al”. Bolivia. Fundación Konrad Adenauer (KAS) - Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI). <http://www.kas.de/wf/doc/kas_33592-1522-4-30.pdf?130221162840>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
39. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL de autonomía territorial: realidad y experiencias comparadas. 2010. Por Gloria Mercedes Álvarez Núñez “et al”. [en línea]. Colección textos de jurisprudencia. Bogotá, Colombia. Editorial Universidad del Rosario. <<https://books.google.cl/books?id=9I7pWDe9hsC&pg=PR9&lpg=PR9&dq=Carlos+Andr%C3%A9s+ZAPATA+CARDONA+El+reconocimiento+jur%C3%ADdico+de+la+autonom%C3%ADa+de+los+pueblos+ind%C3%ADgenas+en+Colombia.&source=bl&ots=pW6917kyVH&sig=ETgALXMBq6yOgelZ7TBpmd7nbWg&hl=e>>

[s&sa=X&ei=GCoLVa-klcrCggSEvYDIBQ&ved=0CBwQ6AEwAA#v=onepage&q=Carlos%20Andr%C3%A9s%20ZAPATA%20CARDONA%20El%20reconocimiento%20jur%C3%ADico%20de%20la%20autonom%C3%ADa%20de%20los%20pueblos%20ind%C3%ADgenas%20en%20Colombia.&f=false](https://www.google.com/search?q=s&sa=X&ei=GCoLVa-klcrCggSEvYDIBQ&ved=0CBwQ6AEwAA#v=onepage&q=Carlos%20Andr%C3%A9s%20ZAPATA%20CARDONA%20El%20reconocimiento%20jur%C3%ADico%20de%20la%20autonom%C3%ADa%20de%20los%20pueblos%20ind%C3%ADgenas%20en%20Colombia.&f=false)>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

40. jji...ESCUCHA, WINKA...!! Cuatro ensayos de historia nacional mapuche y un epílogo sobre el futuro. 2006. Por Pablo Marimán "et al". Santiago. LOM Ediciones.
41. ESTÉVEZ, Carlos. 1949. Elementos de Derecho Constitucional Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
42. FERNANDEZ RICHARD, José. 2007. Derecho Municipal Chileno. 2º ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
43. FIGUEROA HUENCHO, Verónica. 2009. Desarrollo indígena y políticas públicas: Una difícil relación para una convivencia multicultural. [en línea]. Docencia N° 37. Mayo 2009. <<http://www.revistadocencia.cl/pdf/20100730182845.pdf>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
44. FUNDACIÓN DECIDE: DEMOCRACIA PODER Y TERRITORIO.2013. Hacia una democracia participativa. Análisis de la participación ciudadana a nivel municipal. [en línea]. Santiago, Chile. Fundación Decide Democracia Poder y Territorio. <http://santiago.ulagos.cl/doc/Hacia_una_democracia_participativa-DECIDE2013.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
45. FUNDACIÓN FELIPE HERRERA y POLITICA INDIGENA. [s.a.] El Pueblo mapuche y los derechos humanos en Chile. [en línea] <<http://www.politicaindigena.org/pdf/El%20Pueblo%20mapuche%20y%20los%20derechos%20humanos%20en%20Chile.pdf>> [consultado: 18 de Marzo de 2015].
46. FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL. 2011. El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. [en línea]. Fundación para el Debido Proceso Legal y OXFAM.<http://www.observatori.org/documents/INFORME_DERECHO_CONSULTA_2011.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

47. GALVIS PATIÑO, María Clara y RAMÍREZ RINCÓN, Ángela María. 2013. Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria. [en línea]. Estados Unidos de América. Fundación para el Debido Proceso. <http://dplf.org/sites/default/files/digesto_indigenas_web_final.pdf>. [Consulta: 18 de Marzo de 2015].
48. GARRETÓN M., Manuel Antonio y GARRETÓN, Roberto. 2010. La democracia incompleta en Chile: La realidad tras los rankings internacionales. [en línea]. Scielo. Revista de ciencia política (Santiago). On-line ISSN 0718-090X. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-090X2010000100007&script=sci_arttext>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
49. GOLTE, Juergen. 2011. El convenio 169 de la OIT, la constitución peruana y la ley de consulta previa. [en línea]. Revista Argumentos del Instituto de Estudios Peruanos, edición N°5, Noviembre 2011, Perú. On-line ISSN 2076-7722. <http://www.revistargumentos.org.pe/el_convenio_169_de_la_oit.html> [consulta: 18 de Marzo de 2015]
50. GRAVEL E. y CHARBONNEAU-JOBIN CH. 2003. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones: Dinámica e Impacto. [en línea]. Ginebra, Suiza. Organización Internacional del Trabajo. <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/-normes/documents/publication/wcms_087811.pdf> [consulta: 18 de Marzo 2015].
51. GUERRA SESMA, Daniel. [s.a.] Autodeterminación y Secesión en el Ordenamiento Internacional. Los Casos de Quebec, Escocia y Cataluña. [en línea] <<http://www.aecpa.es/uploads/files/modules/congress/11/papers/665.pdf>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
52. HENRÍQUEZ O., Osvaldo. 2012. Concepto de Descentralización y Reformas Legales [en línea]. Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, Gobierno de Chile. <http://www.pmgdescentralizacion.gov.cl/presentaciones/2012/24042012/01_concepto%20y%20ley.pdf> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
53. HENRÍQUEZ RAMÍREZ, Alfonso. 2013. Participación indígena: desarrollo y alcances en torno a la participación ambiental. [en línea]. Scielo. Revista Ius et Praxis. On-line ISSN 0717-2877. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. <<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v19n2/art08.pdf>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].

54. HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena. 2005. Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional pendiente. [en línea]. <<http://creasfile.uahurtado.cl/LOS%20PUEBLOS%20IND%C3%8DGENAS%20Y%20SU%20RECONOCIMIENTO%20CONSTITUCIONAL%20PENDIENTE.%20LEXISNEXIS.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
55. HERNÁNDEZ, Antonio María. 2003. Derecho Municipal. [en línea]. México, Universidad Nacional Autónoma de México. <http://www.inafed.gob.mx/work/models/inafed/Resource/322/1/images/Derecho_Municipal_Antonio_maria_hernandez.pdf>. [consulta: 18 de Marzo 2015].
56. HIDALGO CALLE, Nancy. 2013. Las estadísticas sobre autoidentificación étnica en el Perú. [en línea]. Lima. Instituto Nacional de Estadística e Informática. <http://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/4/51424/Nancy_Hidalgo_Peru.pdf> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
57. HITTERS, Juan Carlos. 2008. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). [en línea]. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional N°10, Julio-Diciembre 2008. pp. 131-156. <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
58. HUIDOBRO SALAS, Ramón. 2009. La potestad normativa municipal, estudio histórico-doctrinario para la reconstrucción del derecho municipal chileno. En: varios autores. Libro Derecho Administrativo 150 años de Doctrina. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. pp.193- 224.
59. INSTITUTO CHILENO DE ESTUDIOS MUNICIPALES y UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHILE. 2011. Perspectivas del análisis de la reforma municipal en Chile. [en línea] <<http://ichem.uautonoma.cl/perspectivas-de-analisis-de-la-reforma-municipal-en-chile/>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
60. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANO (INDH).2011. El deber de consulta a los pueblos indígenas. [en línea]. <<http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/110/derecho-consulta-pueblos-indigenas.pdf?sequence=1>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
61. LA REFORMA AGRARIA y las tierras mapuche: Chile 1962-1975. 2005. Por Martín Correa “et al”. Santiago, Chile. LOM Ediciones.
62. LEÓN CÁCERES, Mauricio. 2008. ¿Facticidad o Validez? La Constitución Política de 1980 a la luz de la Teoría Discursiva del Derecho de Jürgen Habermas. [en línea]. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad

de Chile. <http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-leon_m/pdfAmont/de-leon_m.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

63. LÓPEZ VYHMEISTER, Ricardo y MOHR AROS, Tania. 2014. Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho?. [en línea]. Scielo. Revista de derecho (Valdivia). Version On-line ISSN 0718-0950. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071809502014000100005&script=sci_arttext#n11>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
64. LOS PUEBLOS INDÍGENAS y el Derecho. 2013. Por José Aylwin “et al”. Santiago. LOM Ediciones/Observatorio Ciudadano.
65. MEZA-LOPEHANDÍA G., Matías. 2007. El Racismo Ambiental en Chile. [en línea] Revista de Historia Social y de las Mentalidades. On-line ISSN 0717-5248. Departamento de Historia Universidad de Santiago de Chile. <<http://www.rhistoria.usach.cl/sites/historia/files/212-514-1-sm.pdf>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
66. MEZA-LOPEHANDÍA G. 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. [en línea]. <http://mapuexpress.net/images/publications/13_10_2009_21_55_57_1.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
67. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Gobierno de Chile. 2013. Informe Final. Consulta Indígena sobre la Nueva Normativa de Consulta de acuerdo al Convenio 169 de la OIT. Santiago, Chile. Gobierno de Chile.
68. MINISTERIO FEDERAL DE COOPERACIÓN ECONÓMICA Y DESARROLLO [s.a.] El Derecho a la consulta previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina. [en línea]. Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit o GIZ. <http://www.consulta-previa.org.pe/publicaciones/BMZ-GIZ_Consulta%20previa%20normas%20practicas%20conflictos_2013-06.pdf> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
69. MONTT OYARZÚN, Santiago y MATTA AYLWIN, Manuel. 2011. Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile. [en línea]. Estudios Públicos. (verano de 2011). Centro de Estudios Público <http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4767_2889/rev121_SMontt_MMatta.pdf> [consulta: 18 de Marzo de 2015].

70. MUÑOZ, Bernardo. 1999. Derechos de Propiedad y pueblos indígenas en Chile. [en línea]. Serie Desarrollo Productivo. Septiembre de 1999. Serie N°60. <<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/0/4630/LCL1257P.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
71. MURCIA RIAÑO, Diana Milena. 2013. El Derecho a la Consulta Previa en Colombia. Análisis del borrador de proyecto de reglamentación de junio de 2012. [en línea]. Proindígena – GIZ. <http://www.giz-governance-inclusion-social-seguridad.org/wp-content/uploads/2013/09/DMurcia_Analisis_reglamentacion_Colombia_2013.pdf>. [consulta: 3 de Marzo de 2015].
72. NACIONES UNIDAS. Asamblea General.2010. *Progress report on the study on indigenous peoples and the right to participate in decision-making*. [en línea].23 de Agosto de 2010. Asamblea General, Naciones Unidas. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/15session/A.HRC.15.35_en.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
73. NACIONES UNIDAS. Oficina de Alto Comisionado para Derechos Humanos [s.a.] Los pueblos indígenas y el medio ambiente. [en línea]. Folleto N° 10. <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideLeaflet10sp.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
74. NUÑEZ MUÑOZ, Ricardo. 2006. Realidad y desafíos del municipio chileno. [en línea]. Marzo de 2006. Universidad Autónoma de Chile. <http://www.munitel.cl/file_admin/archivos_munitel/estudios/estudios2.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
75. OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS.2013. Voces y Palabras Mayores de los pueblos étnicos de Colombia sobre el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado. [en línea]. Documento de trabajo. Abril de 2013. Colombia. <<http://www.ecolex.org/server2.php/libcat/docs/LI/MON-088802.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
76. ORDUZ SALINAS, Natalia. 2014. La Consulta Previa en Colombia. [en línea]. Documento de Trabajo ICSO-N°3/2014. Santiago, Julio 2014. Proyecto “Elites: Discriminación y Reconocimiento”. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Sociales e Historia, Universidad Diego Portales. <<http://www.icso.cl/wp-content/uploads/2014/07/La-Consulta-previa-en-Colombia-Natalia-Orduz.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
77. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), DEPARTAMENTO DE NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO. 2009. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de

la OIT. [en línea]. Programa para promover el Convenio 169 de la OIT. <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf> [consulta: 18 de Marzo de 2015].

78. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), DEPARTAMENTO DE NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO. 2013. Manual para los Mandantes Tripartitos de la OIT. Comprender el Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm.169). Ginebra, Suiza.
79. ORIAS ARREDONDO, Ramiro. 2008. Los pueblos indígenas en el derecho internacional: La cuestión de la libre determinación. [en línea] Bolivia. Umbrales, N°17. CIDES, Postgrado en Ciencias del Desarrollo, UMSA, Universidad Mayor de San Andrés. <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/bolivia/cides/umbrales/umbrales/orias.rtf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
80. ORGANIZACIÓN NACIONAL DEL TRABAJO. 2010. Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Solicitud directa a Chile (CEACR) - Adopción: 2010 [en línea] Publicación: 100ª reunión CIT (2011) ("Informe OIT 2010") <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:2334939,102588,Chile,2010>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]
81. OTERO RUIZ, Alejandra. 2012. Manual de Orientación sobre el Convenio 169. Conceptos, derechos y herramientas de exigibilidad. Santiago. Ediciones Universidad Diego Portales.
82. QUINTERO NAVAS, Gustavo. 2012. Consulta previa a las comunidades indígenas, afrodescendientes y los pueblos tribales en Colombia: el papel garantista del juez constitucional. [en línea]. Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica. N°12, 2012. <http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2012_n12/stu_07Quintero%20Navas.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
83. RAMIREZ MIR, Javier. 2011. Violencia y Racismo Ambiental en Argentina. Resistencia y Movilización de los pueblos indígenas en el Chaco. Etnografía Wichi del conflicto. [en línea]. Editorial Académica Española. <http://www.academia.edu/2090609/Violencia_y_racismo_ambiental_en_Argentina.Resistencia_y_movilizaci%C3%B3n_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_en_el_Chaco.Etnograf%C3%ADa_wich%C3%AD_del_conflicto.Cap%C3%A>

[Dtulo Antropolog%C3%ADa de la violencia](#)>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

84. REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Ángela. 1996. Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. [en línea]. México. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2047> >. [consulta: 20 de Marzo de 2015].
85. REYES B., Andrea Loreto. 2007. Revisión y análisis de la agenda legislativa chilena en tramitación, desde la perspectiva de los derechos indígenas. [en línea]. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113203/de-reyes_a.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [consulta: 20 de Marzo de 2015].
86. RIBOTTA, Bruno. 2010. Diagnóstico Sociodemográfico de los Pueblos Indígenas de Perú. [en línea]. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) – Fundación Ford. <http://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/6/40386/peru_julio2010.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
87. RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. 2010. La Consulta Previa con Pueblos Indígenas y Comunidades Afrodescendientes en Colombia. [en línea]. Bogotá, Colombia. Universidad del Rosario. <http://www.urosario.edu.co/urosario_files/1f/1fd9b49f-b717-4dc1-8875-657612776cff.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
88. RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. 2014. De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia. [en línea]. Colombia. Grupo Editorial Ibáñez S.A.S. <<https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2014/07/de-la-consulta-previa-al-consentimiento-previo-gloriaar.pdf> >. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
89. ROHRMOSER VALDEAVELLANO, Rodolfo. 2006. La Operatividad del Convenio 169 de la OIT en el derecho interno guatemalteco. [en línea]. Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr4.pdf> >. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
90. RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. 2012. La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de

Consulta Previa y su Reglamento. [en línea]. Lima, Perú. Instituto de Defensa Legal: Área de Pueblos Indígenas. <<http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo28022013-134431.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

91. RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. 2014. La consulta previa de los pueblos indígenas del Perú. Compendio de legislación y jurisprudencia. [en línea]. Lima, Perú. 2da. Edición 2014. Instituto de defensa legal: Área Indígena. <<http://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/Libroconsultaprevia.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
92. RUNGRUANGSAKORN L., Carlos. 2014. Propuesta de Modificación a la Ley N°18.695, para el fortalecimiento de las ordenanzas municipales. En: CURSO DE CAPACITACIÓN Derecho Ambiental en el ámbito Municipal, 9 de Julio de 2014. Santiago de Chile. Municipalidad de la Pintana y Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA ONG).
93. SEELAU, RYAN y SEELAU, Laura. 2012. ¿Bajo cuáles circunstancias es necesaria la consulta indígena?. Guía para la consulta según el Convenio 169 de la OIT. [en línea]. Santiago, Chile. Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales y El Proyecto para la libre determinación indígena. <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/libros/guia-espanc3beol.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
94. SEGUEL H., Alfredo. 2003. Basurales en comunidades Mapuche: un conflicto Latente en la región de la Araucanía. [en línea]. Santiago, Corporación Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales. <<http://www.olca.cl/oca/informes/basurales.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
95. SEVILLANO ARÉVALO, María del Rosario y PROGRAMA SOCIAL INDÍGENA DAR. 2010. El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú. Últimos avances.[en línea]. Lima, Perú. Programa Social Indígena. Derecho, Ambiente y Recursos Naturales DAR. <<https://www.elaw.org/system/files/EI+Derecho+A+La+Consulta+De+Los+Pueblos+Indigenas+En+El+Peru.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
96. SIERRA, Lucas. 2010. Identidad e Igualdad. En: SIMPOSIO: DESAFÍOS y alcances de la implementación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile. Santiago. Anuario de Derechos Humanos 2010, Universidad de Chile.
97. SILVA CIMMA, Enrique.1996. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes. 4ª Edición. Santiago. Editorial Jurídica De Chile.

98. STAVENHAGEN, Rodolfo. 2004. Derecho Internacional y Derechos Indígenas. [en línea]. En: SEMINARIO INTERNACIONAL Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y contexto Chileno. Temuco, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera: 15-26. <<http://200.10.23.169/trabajados/SeminarioInternacional.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
99. SUBDERE. MINISTERIO DEL INTERIOR, Gobierno de Chile y CEPAL, Naciones Unidas. 2009. Manual de Elaboración del Plan de Desarrollo Comunal (PLADECO). [en línea]. Santiago de Chile, mayo 2009. <http://www.subdere.gov.cl/sites/default/files/documentos/articulos-77172_recurso_1.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
100. VALDIVIA, José Miguel. 2011. Alcances jurídicos del Convenio 169. [en línea]. Estudios Públicos (verano de 2011). Centro de Estudios Públicos. <http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4765_2887/rev121_JMValdivia.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
101. VALDIVIA, Nestor. 2011. El uso categorías étnico/raciales en censos y encuestas en el Perú: balances y aportes para una discusión. [en línea]. Documento de Investigación Pobreza y Equidad N° 60. Noviembre de 2011. Grupo de Análisis para el Desarrollo. <<http://www.grade.org.pe/download/pubs/ddt/ddt60.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
102. VILLAGRAN ABARZÚA, Marcelo. 2010. La Autonomía Municipal. [en línea] Revista Iberoamericana de Estudios Municipales. Año 1. N°2. Segundo Semestre Septiembre 2010. <http://revistariem.uautonoma.cl/sites/default/files/revistas/articulo_8_riem_2_0.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
103. ZALAUETT DAHER, José. 2008. La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Los Pueblos Indígenas. [en línea]. Anuario de Derechos Humanos N° 4, 2008. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. <<http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13508/13774>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].

Recursos electrónicos.

1. ACTA DE COMPROMISO. [en línea]. Nueva Imperial, 01 de Diciembre de 1989. <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/biblioteca/doc_details/21-acuerdo-de-nueva-imperial-1989.html> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
2. ACUÑA , Patricia. 2014. Declaran oficialmente el mapudungun como segunda lengua en Padre Las Casas. [en línea]. Biobiochile.cl. Martes 21 de Octubre de 2014.<<http://www.biobiochile.cl/2014/10/21/declaran-oficialmente-el-mapudungun-como-segunda-lengua-en-padre-las-casas.shtml>>.[consulta: 18 de Marzo de 2015].
3. ACUÑA, Patricia. 2015. Convocan a marcha en Temuco para co-oficializar lengua mapudungún en La Araucanía [en línea]. Biobiochile.cl. Martes 17 de Febrero de 2015. < <http://www.biobiochile.cl/2015/02/17/convocan-a-marcha-en-temuco-para-co-oficializar-idioma-mapudungun-en-la-araucania.shtml>>.[consulta: 18 de Marzo de 2015].
4. ASOCIACIÓN DE MUNICIPALIDADES DEL PERÚ. 2011. Declaración del Cusco. [en línea]. 29 de Septiembre de 2011, Cusco, Perú. <http://www.ampeperu.gob.pe/documentos/encuentro_Alcaldes_cusco/declaracion_del_cusco.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
5. ASOCIACIÓN DE MUNICIPIOS DE LOS RÍOS. [s.a.] Preguntas. [en línea]. Asociación de Municipalidades para el Manejo Integral de Residuos Sólidos de la Región de Los Ríos. <<http://www.asociacionlosrios.cl/preguntas.php#pregunta-5>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
6. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE [s.a.] Informe: Marco normativo sobre consulta y participación indígena.. [en línea]. <https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&cad=rja&uact=8&ved=0CDoQFjAF&url=http%3A%2F%2Ftransparencia.bcn.cl%2Fobtienearchivo%3Fid%3Drepositorio%2F10221%2F16273%2F1%2FMarco%2520normativo%2520sobre%2520consulta%2520indigena%2520en%2520Chile_v4.doc&ei=K3F8VN6IHoyqgwTog4CAAq&usq=AFQjCNEzwwScHomD_ZpMHawDWpUSwpmzwQ&bvm=bv.80642063.d.eXY>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
7. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE [s.a.] Una institución clave en la formación social de Chile: La Encomienda. [en línea].

<<http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-685.html>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

8. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 1993. Historia de la Ley N° 19.253 Establece normas sobre protección fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. [en línea]. <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30620>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
9. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2008. Reporte Estadístico Comunal GALVARINO. [en línea]. Abril 2008. <siit2.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/7236/6/Reporte.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
10. CÁMARA DE DIPUTADOS, República de Chile. 2012. Legislatura 360, Sesión 39. [en línea]. Jueves 7 de Junio de 2012. <<http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=9425%20&prmTIPO=TEXTOSesion>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
11. CAYUQUEO, Pedro. 2015. Prueba, Error y Ensayo. [en línea]. Voces La Tercera. 15 de Febrero de 2015. <<http://voces.latercera.com/2015/02/15/pedro-cayuqueo/prueba-ensayo-y-error/>>. [consultado: 18 de Marzo de 2105].
12. CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, Universidad Diego Portales. 2014. Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014. [en línea]. Ediciones Universidad Diego Portales. <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/index.php/informe-anual/repository/function/startdown/1/>>. [consulta: 20 de Marzo de 2015].
13. CLAVERO, Bartolomé. 2010. Perú: La Consulta Indígena entre Jurisprudencia Constitucional y Observaciones del Gobierno. [en línea]. Agencia de Noticias SERVINDI. 24 de Junio de 2010. <<http://servindi.org/actualidad/27408>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
14. COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL EN DESCENTRALIZACIÓN Y DESARROLLO REGIONAL. 2014. Propuesta de Política de Estado y Agenda para la Descentralización y el Desarrollo Territorial de Chile. Hacia un país desarrollado y justo. [en línea]. 7 de octubre de 2014. Chile. <http://www.senado.cl/prontus_senado/site/artic/20141007/asocfile/20141007112343/descentralizacion_informe.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
15. COMISIÓN DE VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. 2008. Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. [en línea]. Santiago, Chile.

<<http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/268/nuevo-trato-indigena.pdf?sequence=1>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

16. COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA. 2014. En el marco de la Asamblea General de Naciones Unidas: La CEPAL presentará informe sobre pueblos indígenas en conferencia mundial en Nueva York. [en línea]. 1 de Septiembre de 2014. <<http://www.cepal.org/es/comunicados/la-cepal-presentara-informe-sobre-pueblos-indigenas-en-conferencia-mundial-en-nueva-york>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
17. COMISIÓN DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. 2003. Informe Final. [en línea]. Perú. <<http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
18. CONADI. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Gobierno de Chile. 2012. Gobierno entregó a organizaciones indígenas y al Senado la propuesta para la nueva normativa de Consulta a los Pueblos Originarios. [en línea]. <<http://www.conadi.gob.cl/index.php/2-noticias/782-gobierno-entrego-a-organizaciones-indigenas-y-al-senado-la-propuesta-para-la-nueva-normativa-de-consulta-a-los-pueblos-originarios/>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
19. CONAMA, Gobierno de Chile. 2001. Eliminación de Vertederos Ilegales. [en línea] <http://www.sinia.cl/1292/articles-31698_recurso_4.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
20. CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE PUEBLOS INDIGENAS, Naciones Unidas [s.a.] Pueblos indígenas. [en línea]. <<http://www.un.org/es/globalissues/indigenous/>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
21. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE PERÚ [s.a.] Normas relacionadas a la comisión de pueblos andinos, amazónicos y afroperuanos, ambiente y ecología. [en línea]. <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/58DA6FA6980584_EC052575C3007FDBC4/\\$FILE/Relac.Dispos.Pueblos_Andinos_Amaz%C3%B3.Afroperu.Ambient_Ecolog..pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/58DA6FA6980584_EC052575C3007FDBC4/$FILE/Relac.Dispos.Pueblos_Andinos_Amaz%C3%B3.Afroperu.Ambient_Ecolog..pdf)>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
22. CORTÉS DÍAZ, Andrés. 2015. Confusión en la Consulta Indígena. [en línea]. La Tercera en internet. Cartas al Director. 5 de Enero de 2015. <<http://www.latercera.com/noticia/opinion/correos-de-los-lectores/2015/01/896-611208-9-confusion-en-la-consulta-indigena.shtml>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

23. CORVALÁN, M. 2014. Censo 2012: las siete razones del INE para no llamarlo censo. [en línea]. La Tercera en Internet. 24 de Septiembre 2014. <<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2014/09/680-597136-9-censo-2012-las-siete-razones-del-ine-para-no-llamarlo-censo.shtml>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
24. DEMANDA REPARACIÓN DAÑO AMBIENTAL. 2014. Por Abraham Isaías Epul Huircalaf “et al”. [en línea]. 5 de Diciembre de 2014. Chile. Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia. <http://www.tercertribunalambiental.cl:8080/portal3ta/Web/Portal/LEX_POR_VerDocumento.aspx?q=sYtDApLJ+H8Q256gKD3mtBZqch8HJJ+l43S14pJRSvEzMv6mQG4ArWF3VbpT3eoT>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
25. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA [s.a.] Conceptos básicos. [en línea]. <https://www.dane.gov.co/files/inf_geo/4Ge_ConceptosBasicos.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
26. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA [s.a.] Compendio de normatividad de los resguardos indígenas en Colombia en relación con la información estadística. [en línea]. <<http://190.25.231.237:81/gruposEtnicos/doc/NormatividadResguardosIndigenas.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
27. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, Gobierno de Colombia y Economía Urbana Ltda. .2012. Evaluación de operaciones y resultados del proceso de consulta previa. Informe 4: Informe Final-Informe de evaluación e Informe de Recomendaciones. [en línea]. 8 de Diciembre de 2012. <<https://sinergia.dnp.gov.co/Sinergia/Archivos/0993b2cd-6911-4f7e94cd4c1cc6b7e5c5/Informe%20Final%20Evaluaci%C3%B3n%20Consulta%20Previa.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
28. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. [en línea]. Portal web Real Academia Española. <<http://www.rae.es/>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
29. EDITORIAL. 2014. Costos del Convenio 169 de la OIT. ¿Es creíble que una comunidad indígena originaria exista en Lo Prado? ¿Buscaban quizá los recurrentes obtener a la postre un provecho a título de indemnización?... [en línea]. El Mercurio en internet. Miércoles 29 de octubre de 2014. <<http://www.elmercurio.com/blogs/2014/10/29/26441/Costos-del-Convenio-169-de-la-OIT.aspx>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

30. EL ESPECTADOR. 2014. Si no hay concertación, decide el Estado. [en línea]. El Espectador. 2 de Agosto de 2014. <<http://www.elespectador.com/noticias/politica/si-no-hay-concertacion-decide-el-estado-articulo-508262>>. [consulta: 18 de Marzo 2015].
31. EMOL.2012. Gobierno entregó a organizaciones indígenas y al Senado la propuesta para la nueva normativa de Consulta a los Pueblos Originarios. 2012. [en línea]. EMOL. Miércoles 8 de Agosto de 2012. <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/08/08/554771/gobierno-entrego-a-organizaciones-indigenas-y-al-senado-la-propuesta-para-la-nueva-normativa-de-consulta-a-los-pueblos-originarios.html>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
32. FÜTAWILLIMAPU. 2013. Claudia Pailalef, consejera mapuche williche, analiza escenario tras firma de nuevo reglamento de consulta indígena. [en línea]. Fütawillimapu: Espacio Mapuche Williche en Internet. 2 de Diciembre de 2013. <<http://www.futawillimapu.org/Llitu/Claudia-Pailalef-consejera-mapuche-williche-analiza-escenario-tras-firma-de-nuevo-reglamento-de-consulta-indigena.html>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
33. GOBIERNO DE CHILE. 2012. Propuesta de Gobierno para Nueva Normativa de Consulta y Participación Indígena de Conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Chile. Noviembre de 2012. <<http://unsr.jamesanaya.org/docs/data/2012-08-08-propuesta-de-normativa-de-consulta-gobierno-chile.pdf>>. [consulta: 20 de Marzo de 2015].
34. GONZÁLEZ, Edgar. 2013. Se protocolizó la consulta previa con el cabildo indígena de Ipiales que permitirá avanzar con el proyecto de ampliación de la pista del aeropuerto San Luis ubicado en el municipio de Aldana. [en línea]. Publicaciones de IPITIMES.COM. 20 de Noviembre de 2013. <<http://www.ipitimes.com/gobernacion091913.htm>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
35. GRUPO INTERNACIONAL DE TRABAJO SOBRE ASUNTOS INDIGENAS [s.a.] El Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas [en línea] <<http://www.iwgia.org/derechos-humanos/procesos-internacionales/relator-especial-onu>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
36. GRUPO INTERNACIONAL DE TRABAJO SOBRE ASUNTOS INDÍGENAS [s.a.] Países que ratificaron el 169. [en línea]. <<http://www.iwgia.org/derechos-humanos/procesos-internacionales/oit/paises-que-ratificaron-el-169>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
37. GRUPO NACIONAL DE COORDINACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS AMAZÓNICOS. 2009. Documento final de la mesa 3: Sobre el

Derecho de Consulta. [en línea]. Servicios en Comunicación Intercultural Servindi. 3 de Diciembre de 2009. <http://servindi.org/pdf/Mesa_Dialogo_3.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

38. GUZMÁN RENDÓN, Alejandro. 2010. Consulta previa para la aprobación del presupuesto del municipio de manizales 2011: es evidente que no se realizó. ilegalidad en el trámite. [en línea]. E-Democracia local desde la ciudadanía. 4 de Diciembre de 2010. Colombia. <<http://www.juquemosdelocales.blogspot.com/2010/12/consulta-previa-para-la-aprobacion-del.html>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
39. HENRÍQUEZ PERÁN, Silvana. 2015. Concejo Municipal aprueba ordenanza que Co oficializa el Mapudungün. [en línea]. Municipalidad de Galvarino. 12 de Febrero de 2015. <<http://www.galvarinochile.cl/webv2/?p=12247>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
40. HUENULEF OPORTO, Mauricio. 2012. Mapuexpress: Lof Huequecura logra rechazar modificación inconsulta del Plan Regulador de Futrono. [en línea]. Fütawillimapu. Espacio mapuche williche en internet. 4 de Julio de 2012. <<http://www.futawillimapu.org/Llitu/Mapuexpress-Lof-Huequecura-logra-rechazar-modificacion-inconsulta-del-Plan-Regulador-de-Futrono.html>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
41. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES MARINAS Y COSTERAS JOSÉ BENITO VIVES DE ANDRÉIS [s.a.] Resguardos indígenas en Colombia. [en línea]. <http://www.invemar.org.co/redcostera1/invemar/docs/tesauro_ambiental/anex/Resq.htm>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
42. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2010. Informe anual 2010. Situación de derechos humanos en Chile. [en línea] <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2010/12/Informe_Final_Corregido1.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
43. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2013. Informe misión de observación Araucanía 2013. Proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas Mapuche. [en línea]. <http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/informe_mision_de_observacion_indh_proyectos_de_inversion_territorio_mapuche.pdf> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
44. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2013. Informe misión de Observación Mesa de Consenso Indígena. Agosto de 2013. [en línea]

<[http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/588/Informe?sequen
ce=1](http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/588/Informe?sequen
ce=1)>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

45. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS E INFORMÁTICA. 2008. Censos Nacionales 2007: XI de Población y VI de Vivienda. Primeros Resultados. Perú: Crecimiento y distribución de la población. [en línea]. <<http://censos.inei.gob.pe/censos2007/documentos/ResultadoCPV2007.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
46. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS E INFORMÁTICA. 2014. Estado de la población peruana 2014. [en línea]. Instituto Nacional de Estadísticas e Informática. Perú. Boletín Especial N°17. <http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1157/libro.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
47. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. 2005. Estadísticas Sociales de los Pueblos Indígenas en Chile- Censo 2002. [en línea]. Santiago. INE. Programa Orígenes (MIDEPLAN/BID). <http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/etnias/pdf/estadisticas_indigenas_2002_11_09_09.pdf> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
48. INSTITUTO WILLICHE. [s.a.] Mapudungun, por Ordenanza Municipal es lengua Co-Oficial con el castellano en la Comuna de Galvarino. [en línea]. <<http://www.institutowilliche.cl/mapudungun-por-ordenanza-municipal-es-lengua-co-oficial-con-el-castellano-en-la-comuna-de-galvarino/>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
49. LA NACIÓN.2011. Gobierno anuncia "consulta" sobre institucionalidad indígena. [en línea]. La Nación. Martes 8 de Marzo de 2011. <<http://www.lanacion.cl/gobierno-anuncia-consulta-sobre-institucionalidad-indigena/noticias/2011-03-08/185309.html>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
50. LA VOZ DE LA SELVA. 2008. Perú: Histórica decisión municipal reconoce propiedad de territorio indígena. [en línea]. Agencia de Noticias SERVINDI. 4 de Noviembre 2008. <<http://servindi.org/actualidad/4924>>. [consulta: 18 de Marzo 2015].
51. LIWEN ÑI MAPU & ASOC. 2014. Resolución que oficializa el Mapudungun es valorada por organizaciones mapuche. [en línea]. LIWEN Ñi Mapu & Asoc. Colectivo red de noticias e información sobre pueblos indígenas y derechos humanos. 23 de Junio 2014. <<http://liwenmapu.wordpress.com/2014/06/23/chile-2014-resolucion-que-oficializa-el-mapuzungun-es-valorada-por-organizaciones-mapuche/>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

52. MAPUEXPRESS. 2013. Mapudungun, por Ordenanza Municipal es lengua Co-Oficial con el castellano en la Comuna de Galvarino. [en línea] Mapuexpress.org. 9 de Agosto 2013. <<http://www.mapuexpress.net/content/news/print.php?id=10761>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
53. MAPUEXPRESS. 2014. Alcaldes Mapuche se refieren a consulta indígena y cuestionan Decretos 66 y 40 por transgredir derechos. [en línea]. Mapuexpress.org. 25 de Agosto de 2014. <<http://www.mapuexpress.org/2014/08/25/Alcaldes-mapuche-se-refieren-a-consulta-indigena-y-cuestionan-decretos-66-y-40-por#sthash.qCNVaZwC.OEAeF9gF.dpuf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
54. MEDINA, Daniel. 2012. Excluyen a Llifén de modificación a plano regulador de Futrono por petición de comunidades indígenas [en línea]. Biobiochile.cl. 29 de Junio de 2012. <<http://www.biobiochile.cl/2012/06/29/excluyen-a-llifen-de-modificacion-a-plano-regulador-de-futrono-por-peticion-de-comunidades-indigenas.shtml>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
55. MILLALEO, Salvador. 2015. ¿Políticas o Derechos Indígenas? Una consulta por favor. [en línea]. El Quinto Poder. 3 de Febrero de 2015. <<http://www.elquintopoder.cl/ciudadania/politicas-o-derechos-indigenas-una-consulta-por-favor/>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
56. MINISTERIO DE CULTURA, Gobierno de Perú. [s.a.] Normas legales consulta previa. [en línea]. <<http://consultaprevia.cultura.gob.pe/normas-legales/>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
57. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Gobierno de Chile [s.a.] Convocatoria Consulta Indígena. [en línea]. <<http://www.consultaindigenamds.gob.cl/Convocatoria.html>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
58. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Gobierno de Chile. 2011. Ministro Lavín anunció cambios en la Consulta de Institucionalidad Indígena. [en línea]. Ministerio de Desarrollo Social. 6 de Septiembre de 2011. <<http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/noticias/2011/09/06/ministro-lavin-anuncio-cambios-en-la-consulta-de-institucionalidad--indigena>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
59. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Gobierno de Chile. 2013. Concluye la Mesa de Consenso para Nuevo Reglamento de Consulta Indígena con

importante número de acuerdos [en línea]. Ministerio de Desarrollo Social. 6 de Agosto de 2013. <<http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/noticias/2013/08/06/concluye-la-mesa-de-consenso-para-nuevo-reglamento-de-consulta-indigena-con-importante-numero-de-acuerdos>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].

60. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Gobierno de Chile. 2013. Informe Trabajo Mesa de Consenso. Consulta Indígena Nueva Normativa de Consulta de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT. [en línea]. 6 de Agosto de 2013. <http://www.upr-info.org/sites/default/files/document/chile/session_18_-_january_2014/a_hrc_wg.6_18_chl_1_annex_iii_s.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
61. MUNICIPALIDAD DE ARAUCO. 2014. Comunidades indígenas participan en la elaboración del PLADECO de la comuna de Arauco. [en línea]. Municipalidad de Arauco. 31 de Julio de 2014. <<http://muniarauco.cl/?p=17920>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
62. MUNICIPALIDAD DE FUTRONO. 2014. Alcaldesa firmó decreto que ordena izamiento de bandera Mapuche Williche en actos municipales de Futrono. [en línea]. Diario Laguno.cl. 24 de Junio de 2014. <<http://www.diariolaguno.cl/noticia/cultura-y-deporte/2014/06/Alcaldesa-firmo-decreto-que-ordena-izamiento-de-bandera-mapuche-williche-en-actos-municipales-de-futrono>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
63. MUNICIPALIDAD DE GALVARINO. 2015. Portal Ilustre Municipalidad de Galvarino. [en línea]. <<http://www.galvarinochile.cl/webv2/>>. [consulta: 20 de Marzo de 2015].
64. MUNICIPALIDAD DE GALVARINO. 2013. Galvarino es la primera comuna de Chile en establecer dos idiomas Oficiales el Mapudungun y el español. [en línea]. Municipalidad de Galvarino. 7 de Agosto de 2013. <<http://www.galvarinochile.cl/webv2/?p=9806>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
65. MUNICIPALIDAD DE GALVARINO. 2014. Contraloría General de la República autoriza el Uso del Mapudungun en Galvarino. [en línea].Municipalidad de Galvarino. 30 de Junio de 2014. <<http://www.galvarinochile.cl/webv2/?p=11132>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
66. MUNICIPALIDAD DE PANGUIPULLI, Secretaria Municipal. 2012. Acta N° 009 de sesión extraordinaria de Concejo Municipal.[en línea]. Municipalidad de Panguipulli. 8 de Marzo de 2012.

<http://www.panguipullitransparente.cl/web/actas2012/Acta%20N%C2%B0%20009%20del%2008-03-12.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

67. MUNICIPALIDAD DE RECOLETA. 2014. Recoleta camina hacia una política indígena participativa. . [en línea]. Municipalidad de Recoleta. 9 de Junio de 2014. <<http://www.recoleta.cl/?p=23054>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
68. MUNICIPALIDAD DE SAN JAVIER. Dirección de Desarrollo Comunitario. [en línea]. <<http://www.imsanjavier.cl/home/desarrollocomunitario.aspx>>.[consulta: 18 de Marzo de 2015].
69. MUNICIPALIDAD DE SAN JOAQUÍN. 2014. San Joaquín TV. [en línea]. Municipalidad de San Joaquín. <<http://www.sanjoaquintv.cl>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
70. MUNICIPALIDAD DE SANTIAGO. 2014. Alcaldesa Tohá entrega información de los resultados de consulta Ciudadana a vecinos y usuarios. [en línea].Municipalidad de Santiago. 21 de Octubre de 2014. <<http://www.municipalidaddesantiago.cl/prensas/ver/Alcaldesa-toha-entrega-informacion-de-los-resultados-de-consulta-ciudadana-a-vecinos-y-usuarios>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
71. MUNICIPALIDAD DE VITACURA. 2008. Plan Regulador: Vitacura realizará plebiscito por Escrivá de Balaguer y Kennedy. [en línea]. Municipalidad de Vitacura. <http://www.vitacura.cl/sala_prensa/noticias_detalle/15/plan-regulador-vitacura-realizara-plebiscito-por-escriva-de-balaguer-y-kennedy>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
72. MUNI TIRUA. 2014. Inician proceso de consulta indígena en Tirúa. [en línea]. Tribuna del Bio-Bio.cl 10 de Septiembre de 2014. <http://www.tribunadelbiobio.cl/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=8836&Itemid=93> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
73. NACIONES UNIDAS [s.a.] Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. [en línea]. <http://undesadspd.org/Default.aspx?alias=undesadspd.org/indigenouses>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
74. NACIONES UNIDAS [s.a.] Sistema de las Naciones Unidas en Chile, Grupo Interagencial sobre Pueblos Indígenas [en línea]. <<http://www.onu.cl/onu/sample-page/grupos-tematicos/grupo-interagencial-sobre-pueblos-indigenas/>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

75. NACIONES UNIDAS [s.a.] Definiciones de términos para la base de datos sobre declaraciones y convenciones. [en línea]. <<http://www.un.org/spanish/documents/instruments/terminology.html>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
76. OBSERVATORIO CIUDADANO [s.a.] El Derecho a participación y consulta en el Convenio 169 de la OIT. [en línea]. Santiago. Observatorio Ciudadano. <http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/cartilla_participacion_y_consulta.pdf>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
77. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANO [s.a.] ¿Qué es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos? [en línea]. <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
78. ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS [s.a.] Mandato y funciones de la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. [en línea]. <<http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/mandato/funciones.asp>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
79. ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS [s.a.] Mandato y funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. [en línea]. <<https://www.oas.org/es/cidh/mandato/funciones.asp>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
80. ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS [s.a.] Capítulo 5: Comunidades Indígenas. [en línea]. <<http://www.oas.org/dsd/publications/unit/oea48s/ch008.htm>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
81. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). [en línea]. <<http://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm>> [consulta: 18 de Marzo 2015].
82. PAISAJES CULTURALES de Santiago. Santiago, Recoleta y Providencia. Alianza Tripartita por el horizonte paisajístico de cerros sagrados. 2014. Por Arancibia, Ricardo "et al". [en línea]. Municipalidad de Recoleta. 2014. <<http://www.recoleta.cl/wp-content/uploads/2014/10/Paisajes-Culturales-de-Santiago-Arancibia-Contreras-Millapan-Bustamante.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
83. PALOMERA, Fredy. 2011. Padre Las Casas decreta izamiento de bandera mapuche. [en línea]. La Tercera. Viernes 11 de Noviembre de 2011.

<<http://diario.latercera.com/2011/11/11/01/contenido/pais/31-90004-9-padre-las-casas-decreta-izamiento--de-bandera-mapuche.shtml>>. [consultado: 18 de Marzo de 2015].

84. PÉREZ-CUETO, Constanza. 2014. Barrick pide más claridad en proceso de consulta indígena. [en línea]. La Tercera en internet. Martes 25 de Noviembre de 2014. <<http://diario.latercera.com/2014/11/25/01/contenido/negocios/10-178277-9-barrick-pide-mas-claridad-en-proceso-de-consulta-indigena.shtml>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
85. PIENDAMÓ, La María. 2008. Verdades de los pueblos indígenas de Colombia que el gobierno desdibuja!!!. [en línea]. DH Colombia. Red de defensores no institucionalizados. 2 de Noviembre de 2008. <<http://www.dhcolombia.info/spip.php?article681>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
86. POLÍTICA INDÍGENA [s.a.] Proyectos de ley sobre reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas (1991-2013). [en línea]. Programa de Política Indígena. <<http://www.politicaindigena.org/pdf/Proyecto%20de%20Ley%20sobre%20Reconocimiento%20Constitucional%20de%20los%20Pueblos%20Indigenas%201991%20-%202013.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
87. QUILALEO, Fernando. 2013. Autonomistas y Participacionistas. El Pensamiento Político Mapuche Actual. [en línea]. Pensamiento Político Indígena. Espacio de reflexión política indígena. Jueves 17 de Junio de 2013. <<http://kilaleo.blogspot.com/2013/06/autonomistas-y-participacionistas-el.html>>. [consultado: 18 de Marzo de 2015].
88. QUILALEO, Fernando. 2015. Procesos de Consulta Indígena: consistencia y legitimidad. [en línea]. Análisis Informativo. Domingo 8 de Febrero de 2015. <<http://www.anin.cl/nota/67/3965/procesos-consulta-ind%C3%ADgena-consistencia-y-legitimidad>>. [consultado: 18 de Marzo de 2015].
89. QUISPE GARCÍA, Rocío. 2011. Alcaldes de Macro Región Sur analizarán rol de municipalidades en Ley de Consulta Previa. [en línea]. Comunicaciones de Asociación de Municipalidades del Perú. 21 de Septiembre de 2011, Lima, Perú. <http://www.ampeperu.gob.pe/p_sala_prensa/ampe210911-Alcaldes-de-macro-region-sur-analizaran-rol-de-municipalidades-en-ley-de-consulta-previa.aspx>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
90. RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. 2011. Balance de las sentencias emitidas por el TC sobre el derecho a la consulta previa: ¿Efectiva protección o

pronunciamentos retóricos?. [en línea]. Justicia Viva, del Instituto de Defensa Legal. 1 de Septiembre de 2011. Perú. <<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=637>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

91. SENADO, REPÚBLICA DE CHILE. 2015. Boletín N° N°9287-06, visto en Comisión. [en línea].<<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
92. SENADO, REPÚBLICA DE CHILE. 2015. Boletín N° N°9404-12, visto en Comisión. [en línea] <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
93. SENADO, REPÚBLICA DE COLOMBIA. 2014. Senadora Susana Correa critica la gestión del Gobierno Santos en materia de consultas previas. [en línea]. Prensa Centro Democrático. 19 de Noviembre de 2014. <<http://www.senado.gov.co/sala-de-prensa/senadores-noticias/item/21316-senadora-susana-correa-critica-la-gestion-del-gobierno-santos-en-materia-de-consultas-previas?tmpl=component&print=1>>. [consulta: 18 de Marzo 2015].
94. UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS [s.a.] ¿Qué es Desarrollo Comunitario?. [en línea]. Primer Claustro Universitario de Colombia. Universidad Santo Tomás. <http://soda.ustadistancia.edu.co/enlinea/margaritapena_trabajocomunitario1/ques_desarrollo_comunitario.html>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].
95. URQUIETA H., Claudia. 2013. La deuda del Estado y Endesa con los pehuenches de Ralco. [en línea]. El Mostrador. 30 de Diciembre de 2013. <<http://www.elmostrador.cl/pais/2013/12/30/la-deuda-del-estado-y-endesa-con-los-pehuenches-de-ralco/>>. [consultado: 18 de Marzo de 2015].
96. VALDIVIESO, Gonzalo. 2015. ¿Para qué sirve el PLADECO?. [en línea]. Revista Planeo: Espacios para Territorios Urbanos y Regionales, N° 20. Enero-Febrero 2015. Versión On-line ISSN 0719-2932. <<http://revistaplano.uc.cl/plano-hoy/columnas/lugares/para-que-sirve-el-pladeco/>> [consulta: 18 de Marzo de 2015].
97. YÉVENES A., Patricio. 2012. El 68% de los vertederos opera al margen del Reglamento Sanitario. [en línea]. Chile Desarrollo Sustentable. 30 de Julio de 2012. <<http://www.chiledesarrollosustentable.cl/noticias/el-68-de-los-vertederos-opera-al-margen-del-reglamento-sanitario/>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

ANEXOS

Anexo N° 1: Entrevista a doña Elisa Millanao Ñancupe

Presidenta de la Comunidad Indígena Jerónimo Melillán, Sector Tromén Alto, Comuna de Temuco, IX Región de la Araucanía, Personalidad Jurídica N° 275.

Miércoles 21 de Enero de 2015, Santiago, Chile.

1) ¿Usted tiene conocimiento del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la OIT? Y si conoce este Convenio, ¿Usted podría indicarnos qué conoce de este instrumento en específico?

R: A ver, de hecho nosotros como comunidad indígena interpusimos una demanda contra el Estado porque nos sentimos pasados a llevar en nuestros derechos porque pusieron un vertedero en nuestra comunidad.

▪ **¿Dentro de la comunidad?**

R: Son cuatro comunidades.

▪ **¿Y le hicieron algún tipo de consulta?**

R: Nada, por eso recurrimos al Convenio.

▪ **¿Ni un aviso previo?**

R: Nada, sólo lo instalaron.

▪ **Y ese vertedero ¿se encuentra cerca de los lugares habitados por la comunidad, donde ustedes tienen sus casas?**

R: Si, a un kilómetro.

- **¿Qué tipo de contaminación ha traído el vertedero, aparte de vectores y malos olores?**

R: Contaminación del estero.

- **¿Y ustedes ocupan el agua del estero?**

R: Nosotros vivíamos del agua del estero.

- **¿Y ustedes reclamaron a alguna autoridad?**

R: Hace mucho tiempo, los antepasados de mi papá intentaron hacer algo pero los callaron. Y ahora nosotros nos levantamos el año pasado, para elaborar una demanda ambiental, que la interpusimos en el tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, y ahora vamos por una demanda indemnizatoria.

- **¿Cuándo fue la instalación del vertedero?**

R: Veintitrés años atrás. Y ahí estamos...nos contaminaron nuestras tierras, por ende bajaron de valor, nadie quiere comprar por ahí.

- **¿Y quién los está apoyando en sus demandas? ¿Quién tiene el patrocinio jurídico?**

R: Es un abogado particular.

- **¿Y el municipio en algún momento se pronunció sobre el tema?**

R: No, nada, el municipio nos desconoció, no asume lo que está pasando.

- **¿Es un vertedero informal?**

R: Hasta estos momentos tuvo autorización sanitaria, pero pasando el tiempo, se convirtió en un vertedero donde se pasan todas las leyes, pagan una multa y siguen trabajando.

2) ¿Usted conoce que es la Consulta Previa? Y si es así, ¿qué conoce de ella?

R: No mucho.

▪ **¿Pero ha escuchado algo sobre ella?**

R: Sí, algo he escuchado, pero no he profundizado sobre el tema.

- **O sea ¿no han participado en procesos de consulta? De hecho, ahora se están desarrollando unos procesos de consulta impulsados por el Gobierno, para creación del Ministerio de Cultura y del Ministerio de Asuntos indígenas y del Consejo de pueblos indígenas. ¿A ustedes los consultaron?**

R: Todavía no.

▪ **¿Nunca les llegó ninguna citación para ser consultados?**

R: Todavía no, porque nuestra comunidad se formalizó hace poco.

- **Usted antes dijo que eran varias las comunidades las que estaban en su sector ¿Cuántas personas son aproximadamente en la comunidad?**

R: En la comunidad somos cuarenta familias. Con las otras comunidades hacemos un total de 205 familias.

- **¿Cuándo se constituyeron? ¿En qué año?**

R: Estamos constituidos desde el noventa y cuatro. Lo que pasa es que la comunidad estaba durmiendo.

- **Pero no obstante igual era comunidad, con vigencia.**

R: Claro, es que teníamos un mal presidente.

3) ¿Tiene conocimiento del reglamento existente que regula el procedimiento de consulta previa, el Decreto Supremo Número 66? Y si su respuesta es afirmativa, ¿podría indicarnos qué opina de dicha normativa?

R: No, del reglamento no sé.

4) La consulta previa es un derecho de los pueblos indígenas que consiste en que ellos deben ser consultados mediante procedimientos apropiados y través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Es decir, la consulta es un derecho y a la vez un procedimiento, porque para consultar a los pueblos indígenas hay que llevar a cabo un procedimiento. En estos momentos las municipalidades del país no tienen regulado formalmente dicho procedimiento, sólo tienen la facultad de acogerse al reglamento que regula a los otros entes públicos. ¿Qué le parece esto a usted? ¿Cree que los municipios debiesen a regular ellos mismos el procedimiento de consulta o debiesen acatar lo que dice el reglamento al que hicimos mención?

R: Que exista un compromiso formal, sería lo ideal.

5) ¿Pero usted estima que la consulta debe regularse por las propias municipalidades o por una normativa de alcance nacional? Por ejemplo mediante una ley.

R: A nivel nacional porque así abarca a todas las etnias.

6) En su calidad de dirigente, ¿ha participado en algún proceso de consulta previa que haya realizado algún municipio?

R: No.

- **¿Nunca le han consultado nada, en ninguna instancia?**

R: No, hace poco estamos trabajando nosotros.

7) ¿Qué medidas adoptadas por los municipios cree usted que podrían provocar mayor afectación a los pueblos indígenas? A su comunidad, por ejemplo. Y ¿por qué?

R: ¿Las medidas que ha tomado el municipio de mi comuna? Prohibirle a nuestra gente vender su mercadería, sus verduras.

- **¿Era comercio informal o tenían algún tipo de permiso?**

R: Bueno, es informal. Claro, porque la gente campesina siembra poco, por ende vende poquito. El tema es que hay permiso para vender desde las cinco de la mañana hasta las seis de la mañana, y ¿quién va a llegar a vender desde el campo a esa hora? Es imposible. Y más encima les quitan su mercadería.

- **¿Hay algún otro tipo de medidas que usted cree que podrían afectarles? No que han sucedido, pero que usted cree que eventualmente podría afectarles, como comunidad.**

R: Yo creo que el plano regulador puede ser. Buscar convenios para nosotros, conversar por ejemplo; buscar un lugar donde nuestra gente pueda estar tranquila y vender sus cosas.

- **¿Ustedes han ido al municipio para hablar con el Alcalde y pedirle un lugar en alguna calle -quizás- para vender?**

R: No, eso no. Pero hemos pedido muchas veces entrevistas con nuestro Alcalde y no lo hemos logrado. Nosotros somos comunidad demandante, entonces el Alcalde lo primero que hizo fue ignorarnos.

- **¿Ustedes son comunidades demandantes contra a la municipalidad?**

R: Primeramente a la municipalidad, es el principal culpable.

8) ¿Son muy difíciles los trámites que se realizan en la municipalidad, especialmente aquellos relacionados con la calidad de indígenas?

R: Es difícil, porque para todo necesitan un sinfín de papeles, trámites que uno debe demostrarlos. Por ejemplo, para inscribir a la beca indígena a nuestros hijos tenemos que tener el certificado de calidad indígena, tenemos que tener un certificado que emite la comunidad, que el niño si es indígena, que el niño si vive ahí, que el niño participa en los eventos culturales, que ha participado en guillatún, que el niño conoce en idioma, todos esos son como veinte papeles que nos piden para inscribirlo.

- **¿Tanta burocracia, tanto papeleo?**

R: Si, eso estábamos nosotros conversando ¿por qué nos hacen las cosas tan difíciles? si uno es mapuche, uno tiene sus apellidos mapuche, tiene su cédula de identidad que sabe que uno es mapuche, por qué tanto papel.

- **Usted considera que toda esta burocracia que hay para determinar quién es o no indígena ¿podría volver ineficaz algún futuro proceso de consulta?**

R: Hay que demostrar mucho, siendo que nosotros somos gente de campo, somos campesinos, somos mapuche, se nos nota en nuestra forma de hablar, en cómo vivir, en mirar de frente por ejemplo, y en nuestros apellidos, en nuestro color se nota ¿por qué pedir tanto papel? ¿por qué demostrar con tanto documento que somos mapuche?

9) Y a nivel municipal, ¿existe una persona encargada de vincularse o hablar con las comunidades indígenas? ¿Hay un encargado de asuntos indígenas, una oficina?

R: Sí, hay una oficina que trabajo con nosotros por los proyectos, para postular a proyectos de agua potable rural.

- **En esos proyectos, cuando postulan ¿ustedes trabajan conjuntamente con el municipio?**

R: Claro, de hecho la intendencia aportó siete mil millones de pesos para nuestro proyecto APR.

- **Ahora, la persona encargada del tema de asuntos indígenas a nivel municipal, ¿cómo la ve usted? ¿Es una persona que sabe del tema indígena, que sabe del Convenio o que simplemente no sabe nada?**

R: Afortunadamente la persona encargada se insertó entre nosotros, entonces ella participa, ella si hacemos pan en las cenizas, come.

- **¿Ella es mapuche?**

R: No, ella no es mapuche. Ella es winca, pero se adaptó realmente bien con nosotros.

- **¿Ella tiene un buen trato con ustedes y conoce sus necesidades?**

R: Sí, ella mejor que nadie. Pero no es mucho lo que puede hacer, aparte de escucharnos y plantearnos temas.

- **¿Y el trato de los otros funcionarios municipales cuando han tenido que ir a la municipalidad, es similar al trato que tienen con ella?**

R: No, no escuchan. Es malo el trato que recibimos nosotros de los funcionarios municipales. Porque nosotros, por ejemplo, dependemos de los camiones aljibes, nosotros no tenemos agua. Van a dejar agua cada veinte, cada quince días. Entonces cuando nosotros llamamos y preguntamos ¿qué pasa con el agua? ¿cuándo nos van a venir a dejar agua? nos dicen: “se aguantan no más”...malo el trato.

- **¿Y es así con la mayoría de los funcionarios municipales?**

R: Sí.

- **¿Con excepción de la persona que está a cargo de los asuntos indígenas?**

R: Sí, la que está con nosotros en una winca simpática.

10) ¿Y entre comunidades hay algún tipo de roce? ¿Usted cree que si existieran podría entorpecer algún eventual proceso de consulta?

R: No, no hay roce entre nosotros, ni tampoco somos nosotros una comunidad conflictiva, porque si nosotros hubiésemos sido conflictivos no estaríamos aguantando veintitrés años un vertedero. Somos de lo más pacíficos que hay.

- **¿Y entre comunidades?**

R: No, somos bien unidos. Cuando fallece alguien, cuando a alguien le pasa una desgracia -por ejemplo de índole económico-, siempre estamos ayudándonos los unos a los otros.

11) Volviendo al tema de la consulta, ¿Qué esperaría como resultado de una posible consulta indígena que realice -por ejemplo- la municipalidad?

R: Que se respetara nuestro derecho a vivir tranquilos y que se nos respetara como persona. Que nos dejaran vivir tranquilos, trabajar, vender nuestras cosas, sembrar lo que queramos, hacer lo que queramos, pero dentro del marco de la ley.

12) ¿Alguna vez alguien de su comunidad, ha participado en algún tipo de consulta ciudadana (no indígena) que haya llevado a cabo la municipalidad? Un plebiscito por ejemplo.

R: No, nunca.

- **¿Y se ha tocado el tema -por ejemplo- de hacer un plebiscito para indígenas y no indígenas?**

R: No.

- **¿Sabe si es de conocimiento de la comunidad el tema de los plebiscitos?**

R: No.

13) ¿Algo más que quiera agregar a la entrevista?

R: No.

Anexo N° 2: Entrevista a don Salvador Millaleo Hernández.

Abogado, Director de Investigación de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, Doctor en Sociología de la Universidad de Bielefeld de Alemania y Director del Programa de Derechos Indígenas de la Fundación Chile 21.

Martes 27 de Enero de 2015, Santiago, Chile.

1) ¿Piensa usted que en la actualidad las municipalidades tienen conocimiento de los derechos y obligaciones que establece el Convenio 169?

R: Yo creo que en general tienen un desconocimiento bastante grande de las implicaciones del Convenio y que ellas están sujetas al Convenio pese a que no exista un marco normativo interno para que eso se implemente, que están sujetas directamente a las obligaciones del Convenio, como parte del Estado.

2) En base al área que se desempeña, ¿ha tenido la posibilidad de trabajar con municipalidades en aplicación del Convenio 169?

R: La verdad, sólo he podido apreciar algunos procesos en Recoleta, donde el Alcalde tenía ánimo, pero que yo sepa no se ha implementado todavía, de aplicar el Convenio; luego está la no aplicación del Convenio que fue la consulta a ciudadanos no indígenas en la municipalidad de Santiago para cambiarle el nombre al Cerro Santa Lucía y volverlo a su nombre indígena. Eso es lo único que yo he observado, no he tenido otras experiencias. Y luego lo que he escuchado de la municipalidad de Maipú, nada más que eso.

3) Abocándonos al derecho de consulta previa y a la realidad que encontramos hoy en nuestro ordenamiento jurídico, en el ámbito municipal ¿cómo piensa usted que debe hacerse efectiva la consulta en las municipalidades?

R: A ver...tiene que primero tomarse conciencia que las municipalidades son sujetos imperados directo por el Convenio, que no se requiere un marco interno, porque el Convenio es autoejecutable, sobre todo en temas de consulta, por tanto están obligadas por ella; luego, no existiendo una normativa interna cada municipio podría establecer la forma más adecuada de consulta, de hecho el Convenio establece principios que cada municipalidad, dependiendo de la naturaleza y la cantidad de comunidades indígenas, podría establecer ordenanzas propias que fueran apegadas a esos principios, con la situación particular de sus comunidades indígenas, que pueden ser muy distintas las comunidades del norte, de las comunidades del sur, y dependiendo en cuál es el ecosistema, los lugares, el territorio donde se vive.

4) Pero ¿es eso lo que usted considera más factible para aplicar en Chile? ¿Qué sean las municipalidades las que regulen la consulta o que sea un reglamento o ley a nivel nacional?

R: O sea, yo creo que a nivel nacional la única manera que va quedando con la consulta indígena es generando una normativa que esté anclada constitucionalmente, es decir, reconocer que la consulta es un derecho en la constitución, luego que haya una normativa legal que obliga a todos los poderes del Estado por igual, tanto para el ejecutivo, a nivel central, a nivel municipal, como al legislativo, para que se implemente la consulta de manera adecuada.

5) En base a los métodos de participación ciudadana de las municipalidades ¿usted cree que pueda ser uno de ellos el idóneo para desarrollar un procedimiento de consulta?

R: No, porque la participación ciudadana es una cosa diferente, porque la participación ciudadana siempre es en base individual, la consulta indígena es un mecanismo de participación colectiva, es un diálogo entre colectivos, de índole intercultural, pero que

requiere una comunicación entre colectivos, y luego una deliberación interna de los mismos.

6) ¿Y qué sucede con el resultado, porque en general, por ejemplo, los plebiscitos son vinculantes a diferencia de la consulta indígena que no es vinculante?

R: Bueno, la consulta indígena es vinculante en ciertos aspectos, que no están reflejados en los reglamentos que existen en Chile, pero que son bastante claros en la jurisprudencia internacional, que es el traslado forzoso de comunidades, el depósito de residuos tóxicos y los proyectos que supongan un grave riesgo a las formas de vida indígenas. Eso, digamos, tiene que ser vinculante y cualquier ordenamiento debería reflejarlo.

7) Y a nivel municipal, ¿cuál cree usted que podrían ser las medidas específicas que podrían afectar a los pueblos originarios?

R: A ver, desde luego todas las medidas que tengan que ver con el ordenamiento territorial y las disciplinas de uso de ciertos recursos naturales, planes reguladores, por ejemplo, que establezcan el uso de determinados suelos donde pueden haber asentamientos de comunidades indígenas, reglas que autoricen construcciones, obras que puedan afectar a los pueblos indígenas, cierta regulación de ciertos usos culturales, por ejemplo, el tema del cementerio, creo que también es competencia de municipalidades. Creo que todos son elementos pueden afectar a los pueblos indígenas y que, por lo tanto, por el concepto de afectación directa del Convenio 169 deben estar sometidos a procedimientos de consulta.

8) ¿Cómo cree usted que se podría regular el tema de la falta de presupuesto de las municipalidades para que puedan aplicar la consulta correctamente?

R: Yo creo que la forma más racional es que haya un fondo nacional para todas las consultas indígenas, ya sea para las consultas del ejecutivo, del legislativo, y de los entes autónomos como las municipalidades; y a partir de ese fondo financiar todas las consultas, y financiar también, por ejemplo, la necesidad de una asesoría para las comunidades que participen de un proceso de consulta.

9) ¿Qué problema usted puede prever a futuro que pueda existir respecto a la consulta previa a nivel municipal?

R: El primero, que no existe un marco común normativo, sino que existan muchas formas de regularlo y que no sean ellas, digamos, coincidentes con los requisitos del Convenio; y que, en definitiva, si no hay un marco común, obligatorio para las municipalidades, que sólo algunas se atrevan a regular estos procedimientos, y no digamos ni siquiera las que tengan más población indígena.

10) En otros países ha habido problemas respecto a la definición de qué se entiende por indígena, ¿usted cree que eso podría pasar acá en Chile?

R: La verdad... en la actualidad más que el tema de la definición, porque la ley establece un criterio de indigenidad, y luego esto no es contradictorio con el criterio internacional que es el de la autodeterminación. Lo único que podría suceder en el futuro es con los pueblos migrantes, digamos, los indígenas que vengan de otros países producto de una migración, pero no creo que eso suscite mayores problemas en la actualidad.

11) ¿Usted cree que el derecho de la consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas?

R: Sí, es un derecho fundamental porque, en el fondo, es la aplicación del principio de autodeterminación de los pueblos indígenas a las relaciones interculturales, en la

medida que, agentes del Estado toman decisiones que afectan a los indígenas, esto, la autodeterminación de los pueblos indígenas funciona, como autodeterminación interna dentro del Estado, a que esas decisiones que afectan a los pueblos indígenas sean consultadas, entonces es una derivación la consulta indígena como derecho del derecho fundamental de la autodeterminación.

12) En base a la experiencia que tiene, ¿usted piensa que los pueblos indígenas en la actualidad están satisfechos o disconformes con las consultas que se han llevado a cabo de parte del gobierno?

R: Yo creo, no me cabe duda, que están absolutamente disconformes, en mayor o menor medida, con todas las experiencias de consulta, de todos los gobiernos que la han tratado de implementar, que han sido tres hasta ahora.

13) ¿Algún comentario más que aportar, alguna observación?

R: La verdad que el destino de la consulta queda incierto por los malos intentos, la mala implementación que ha recibido el Convenio 169. Hay intentos -incluso- de que se desahucie el Convenio cuando llegue, digamos, cuando se cumplan los 20 años, o 30 años creo que son, el plazo que establecen en el Convenio para la posibilidad de desahuciarlo unilateralmente. Creo que eso no va a pasar pero creo que vamos a esperar un largo tiempo antes que llegue una correcta y adecuada implementación de la consulta en Chile.

Anexo N° 3: Entrevista a doña Diva Millapán González

Encargada de la Oficina de Asuntos Indígenas de la Municipalidad de Santiago, Consejera Presidencial de la CONADI, Coordinadora de la Red de Mujeres Mapuche de Chile, Co-Directora del Programa de Derechos Indígenas de la Fundación Chile 21.

Domingo 1 de Febrero de 2015, Santiago, Chile.

1) ¿Cuál es el porcentaje y cantidad de población indígena en la comuna de Santiago?

R: No tengo una información fidedigna porque sólo manejamos los datos del año 2002 y son datos totalmente obsoletos, por lo tanto, yo en estos momentos no tengo una cifra exacta, sólo se maneja un porcentaje de un 8,3% de la CASEN, no esta última tampoco, ni tampoco tengo un catastro levantado de usuarios de la municipalidad, estamos en eso.

2) ¿El municipio tiene conocimiento del convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT en Chile?

R: En el municipio, en la parte indígena no se ha trabajado el tema de este convenio en particular, y a nivel general como municipio creo que tampoco.

3) ¿Sabe que es la consulta previa? y ¿qué entiende por ella?

R: Sí, yo personalmente si la conozco y algunas organizaciones también, que trabajan con el tema de la consulta y con los intentos de consulta en la comuna, hay gente que ha participado y otra se ha restado, someramente se sabe de ella pero en profundidad no.

4) O sea, ¿los funcionarios no saben en general?

R: Los funcionarios no manejan esa información y todo lo indígena es incipiente, la oficina (de asuntos indígenas) partió en el 2013, a mediados del 2103.

5) ¿Tienen conocimiento del reglamento existente que regula el procedimiento de consulta previa?

R: Si, más o menos, o sea no lo he aplicado pero lo he leído.

6) ¿Algún comentario sobre el reglamento?

R: A ver, si, respecto al Convenio, al Decreto 66 y al Decreto 40, que son bastante aludido por las organizaciones, ya que regulan la participación de las comunidades o personas indígenas, y muchos de los comentarios son que estos reglamentos impiden un buen desarrollo, le quita fuerza al convenio.

7) ¿Alguna vez como municipio han aplicado el Convenio 169? algunas de sus disposiciones, ¿ya sea de participación, consulta u otro tipo de derecho?

R: No, nunca.

8) ¿Y es porque nunca lo han pensado o simplemente no se ha dado la oportunidad?

R: Mira en la última consulta ciudadana que se hizo en la comuna, se incluyó una pregunta que tenía relación con el Cerro Welén o Cerro Santa Lucía, y se le preguntó a toda la comunidad, no especificando mayormente si era indígena o no indígena, por lo tanto fue una consulta ciudadana y eso fue todo lo que la gente puedo saber, y no se tuvo en cuenta el convenio, o sea se trató, se revisó, pero como el convenio es engorroso, es un proceso largo, e implica recursos, finalmente a mi me consultaron y

no pasó a mayores, se hizo una consulta ciudadana que era una alternativa para este tipo de situaciones, ese fue el único intento que se ha hecho pero quedó en eso, quizás más adelante.

9) ¿Ninguna organización indígena presentó al municipio algún reclamo o algo similar por no haber sido consultado de conformidad al Convenio 169?

R: No, ninguna organización hizo ningún tipo de reclamo.

10) Entonces, ¿podríamos decir que no se aplicó la consulta por temas -quizás- económicos y procedimientos más extensos?

R: Yo creo que hay desconocimiento principalmente de cómo funciona el convenio y claro, quizás como no se iba a poder hacer una consulta como lo prescribe el convenio, se abortó esa idea.

11) ¿La municipalidad tiene un ítem presupuestario para gastos de consultas, plebiscitos y procedimiento afines?

R: Realmente no conozco a fondo como se distribuye el presupuesto, por lo tanto no me consta que lo tenga o no, todas las consultas se hacen a través de los propios funcionarios, entiendo que antiguamente se contrataban consultoras externas para hacer ese trabajo, pero incluso desde la administración anterior a Carolina Tohá, se hace con los propios funcionarios, por lo mismo no creo que existan muchos gastos extra.

12) Aparte de la abortada consulta indígena en el Cerro Welén, ¿el municipio ha tenido otros casos donde haya aplicado la consulta indígena en el pasado?

R: Que yo conozca, no.

13) Y a futuro ¿cuales piensa usted que son las medidas municipales sobre las cuales se debiesen aplicar procedimientos de consulta indígena?

R: Creo que a futuro, desde la Oficina de Asuntos Indígenas tendremos que hacernos asesorar en este tema, también va a depender mucho de las mismas organizaciones, yo creo que las organizaciones sociales son las que tienen la posibilidad de ejercer presión en este campo, porque si no se involucran y no existen peticiones, no va a existir interés en desarrollar consultas, depende bastante de las organizaciones, quienes en este sentido (caso cerro Welén), se quedaron bien estáticas.

14) O sea ¿para usted la consulta indígena debe nacer más bien de los pueblos indígenas que del órgano que dicta la medida?

R: Yo estoy por esa vía, yo creo que las organizaciones son las que se hacen parte de lo que les perjudica y son los propios interesados lo que tienen que ser partícipes y ejercer sus derechos, desde arriba, siempre se ha sabido que no se dan los resultados esperados.

15) Volviendo a la pregunta anterior, ¿qué tipos de medidas que pudiera adoptar la municipalidad podrían afectar a los pueblos indígenas? (plan regulador, PLADECO, etc.)

R: Estamos construyendo una nueva política, si se pudiera llamar así "indígena" en la comuna, estamos en un proceso nuevo para saber cómo actuar.

16) ¿Cuáles son las principales exigencias de las organizaciones indígenas hasta el momento?

R: Las peticiones son las relacionadas con el comercio, con la autorización, por ejemplo, para ejercer actividades culturales, comerciales, y también que se les apoye en el uso de las lenguas indígenas, ha estado radicado en eso, la gente y las comunidades que he podido yo observar son asociadas mas al ámbito cultural y tampoco creo que tienen muy claro que es lo que se puede pedir o exigir a un municipio, ocurre que la gente que es residente no está muy organizada, las personas de fuera de la comuna son las más organizadas y como estas últimas no viven en Santiago es más difícil, recordemos que en la comuna los recursos son designados para la gente que vive en la comuna.

17) ¿Cómo son las relaciones con estas organizaciones indígenas?

R: Las relaciones que tengo con las organizaciones es buena, yo no tengo problemas con las organizaciones ni con los dirigentes.

18) Y las relaciones de las organizaciones indígenas entre ellas ¿cómo son?

R: No hay muchas relaciones, yo cuando partí (en la Oficina de Asuntos Indígenas) hice un encuentro de organizaciones, se juntaron 8 organizaciones, dirigentes de organizaciones, y se conocieron recién ahí, no se conocían. Ahora el 2015 se va empezar a trabajar en una coordinación, ojalá una mesa comunal de organizaciones para que se conozcan, se coordinen y no lleguen a la alcaldía a pedir exactamente lo mismo, que generalmente las peticiones son parecidas, por ejemplo un espacio donde funcionar, donde poder realizar los talleres de idiomas, de cultura, de telar, como se les financia un espacio donde poder vender los productos que hacen. Esto es lo que comúnmente se exige y es lo que se requiere para permanecer vivos en la comuna.

19) ¿Es difícil acreditar la calidad de indígena a nivel municipal?

R: No, porque se siguen los criterios de la ley indígena y para poder acreditar la calidad de indígena se exige el certificado que establece la ley y que otorga la CONADI.

20) ¿Usted sabe si en estos momentos en la municipalidad se está intentando regular la consulta previa -quizás a través de una ordenanza-?

R: No, no tengo conocimiento y no creo que se esté haciendo.

21) En razón de la realidad actual, donde el reglamento de consulta es cuestionado por el mundo indígena, que cree que será mejor a futuro para regular el proceso de consulta ¿persistir con un nuevo reglamento, que se regule mediante una ley o que cada municipalidad dentro de su territorio norme dicho procedimiento?

R: Creo que los municipios se deberían reunir y tratar de gestionar una ley nacional, porque hay algunos municipios que tienen una alta presencia de población indígena y hay otros que no, entonces en los municipios donde no hay alta presencia de indígenas, el Alcalde -quizás- no va a querer regularla, ya que dependerá de su voluntad política. Si no existe una ley no hay una obligación, cuando todo depende de la voluntad política con los indígenas, las cosas no se hacen, eso ya lo hemos constatado. Como ejemplo la comuna de Ñuñoa no tiene nada hacia los pueblo indígenas, quizás porque no lo hemos pedido -me incluyo en ellos porque yo vivo allá-, pero quizás es porque el gobierno local no es muy afable con las organizaciones indígenas.

22) Para el eventual caso de una medida administrativa dictada por la municipal de Santiago que afecte a pueblos indígenas ¿qué procedimiento cree usted que se va a utilizar?

R: Yo creo que se va a aplicar lo que esta rigiendo, o sea, si es el 66 van a aplicar el 66, no se van a ir por algo distinto, pero va a depender igual mucho de la presión de las organizaciones, si las organizaciones exigen que no sea así, yo creo que la Alcaldesa - en este caso en particular hablando de Carolina Tohá- respetaría que lo decidan las organizaciones indígenas en cuanto a que procedimiento ocupar, pero eso siempre va a depender del interés de las comunidades y del gobierno local de turno.

23) ¿Han hecho alguna consulta a CGR sobre este tema? De ser así, ¿cuál ha sido la respuesta de dicha entidad y cómo la han aplicado en la municipalidad?

R: No, como es relativamente nuevo el convenio, no se ha hecho nada ante Contraloría, que yo sepa.

24) Volviendo al tema consulta ciudadana sobre el Cerro Santa Lucía ¿usted cree que se utilizó el procedimiento correcto?

R: En ese minuto yo creo que fue lo correcto, personalmente me hubiese gustado que fuera de otra forma, además se valora la intención que tuvieron las autoridades al querer involucrar en un principio a los indígenas de la comuna pero creo que la consulta fue útil para saber cómo estaba la población para hacer un diagnóstico. En su momento era difícil pensar en una consulta de conformidad al convenio 169, pero yo creo que las puertas siempre están abierta si las organizaciones lo exigen, hasta el momento -como ya dije- no ha reclamado ninguna organización.

25) ¿Sabe usted si la Alcaldesa se asesoró por algún organismo del Estado para cambiar su decisión y establecer la consulta por cambio de nombre del cerro, como una consulta ciudadana y no como una consulta indígena? Le recuerdo que al principio ella había anunciado las realización de una consulta indígena para decidir sobre el tema.

R: Me consultaron a mí y yo informalmente pregunte en el ministerio, pero no sé si hubo algo más formal, no sé, entre Direcciones Jurídicas. Esa consulta venía desde antes, entonces el tema indígena salió como de rebote. La respuesta del Ministerio de Desarrollo Social fue que estaban trabajando todos en la otra consulta y no hubo más respuesta, se dejó el tema de lado.

26) ¿Qué cree usted que debiera mejorar la municipalidad para en un futuro próximo realizar una consulta indígena?

R: Yo creo que debiesen venir políticas del gobierno central que ayuden a mejorar las Oficinas de Asuntos Indígenas.

27) ¿Qué importancia tiene para la municipalidad la participación indígena?

R: Yo creo que es de harto interés la participación en general, porque es una comuna como en todas las comunas, donde las organizaciones son bastante flojas, son organizaciones de nombre y se está apuntando a fortalecerlas, lo cual incluye la parte indígena, hay muy buena disposición para ello. Yo creo que me tocará harto trabajo en este aspecto.

28) ¿Desea agregar algún tipo de observación a lo ya expuesto?

R: Si, en relación al trabajo que se hace en las urbes, en las ciudades, tenemos muchas falencias porque toda la ley, todo lo que se ha hecho en estos momentos es muy ruralista. Existe una distinción entre indígenas rurales y urbanos. Los fondos de la CONADI el 80% está destinado a comprar las tierras, lo que queda se divide en las áreas con mayor presencia rural y ahora, desde que se publicó la ley el año 1993 hasta la fecha, la mayor cantidad de indígenas está en las ciudades y no tenemos una política indígena urbana. Entonces los indígenas de ciudad al no tener recursos solamente dependen de las voluntades de los municipios o de las intendencias o de las

gubernaciones para apoyarlos, además el trabajo en la ciudad es difícil si no cuentas con recursos para llegar a las poblaciones y poder levantar talleres, educación de adultos, beneficios como por ejemplo dar más posibilidades para estudiar. La CASEN demuestra que la gente que es más pobre dentro de los pobres son los indígenas y se ubican en la ciudades. Por lo tanto, si no hay una política indígena, si la nueva institucionalidad indígena no va a considerar esta realidad, va a ser difícil continuar trabajando, tan difícil como hasta ahora.

29) ¿Usted ve una desigualdad entre los indígenas urbanos y rurales? y quizás ¿entre los distintos pueblos?

R: Sí, que la hace la política pero yo creo que es innecesaria ya que somos todos iguales y la política no debiera hacer dichas diferencias. Un caso que se vio hace poco en un consejo de la CONADI fue que el gobierno va a impulsar nuevos programas de desarrollo para los pueblos indígenas pero que no incluye la Región Metropolitana y cuando yo le pregunté al representante del gobierno a que se debía la exclusión de la Región Metropolitana me dijo que era porque es una región urbana, pero ¿qué pasa con las comunas rurales de la Región Metropolitana? Buin, Lampa, El Monte, Melipilla, etc. Ante mi inquietud me dijeron que lo incluirían después, pero como ven siempre hay que estar presente para realizar exigencias, ya que si no se está ahí las mismas no son consideradas, me pasó lo mismo con el proyecto de ley del ministerio de la mujer, donde no se incluyó un proceso de consulta previa antes de que fuera aprobado por el congreso.

Anexo N° 4: Entrevista a doña Minda Bustamante Soldevilla

Abogada titulada de la Universidad Católica Santa María de Arequipa, Perú. Asesora de Comunidades Indígenas y ex-integrante del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile en materia de derechos indígenas.

Lunes 2 de Febrero de 2015, Santiago, Chile.

1) Por el tiempo que lleva en el país ¿ha tenido la posibilidad de trabajar con municipalidades o conoce el contexto municipal de Chile?

R: Conozco el contexto, no he trabajado con municipalidades directamente pero conozco el contexto, como por ejemplo cuando trabajamos en la mesa de consenso pude conocer el trabajo que se hizo en la municipalidad de Maipú, que tiene un artículo de participación ciudadana que habla derechamente de la aplicación del Convenio 169 y de la consulta.

2) Aparte del ejemplo de Maipú ¿usted piensa que las municipalidades en Chile tiene conocimiento del Convenio 169?

R: No, yo pienso que desconocen el Convenio 169 y de hecho una de las inquietudes que yo tuve dentro de mi participación en la mesa de consenso fue precisamente esa. Me parece muy valioso el trabajo que ellas hacen, porque la institucionalidad pública o estatal que está más cercana a los pueblos indígenas son las municipalidades, que se encargan de los temas de educación, salud, etc. y que no tengan un conocimiento del Convenio y de que de ellos mismos pueden aplicarlo directamente es un poco triste.

3) ¿Usted piensa que las municipalidades debiesen aplicar el Decreto 66 directamente o que debiesen aplicar un procedimiento propio para llevar a efecto la consulta previa?

R: El Decreto 66 es una norma nacional que fija algunos principios y algunos plazos que funcionan con la institucionalidad pública, sin embargo en el caso de las municipalidades, yo creo que es muy posible que ellos fijen con acuerdo de los pueblos indígenas un procedimiento propio, basándose -puede ser- en las mismas etapas que establece el Decreto 66, que son 5 etapas, o en procedimientos propios del Convenio porque lo pueden hacer directamente, como por ejemplo, eso es lo que se supone que iban a hacer en Maipú, o sea, poniendo primero el artículo ese de la participación y de la consulta indígena y después se iba a reglamentar esta forma de participación, se iba a reglamentar la consulta en el caso de esta comuna, y eso podría ser mucho más conveniente porque las municipalidades están en distintas zonas en todo el país, su conformación de densidad demográfica es distinta, su ubicación territorial también, la relación con los pueblos indígenas también, hay temas que son mas álgidos en unas que en otras, entonces un ejercicio interesante podría ser que las municipalidades que lo consideren establezcan su propio procedimiento de consulta, además el convenio les da esa facilidad, y ellos como organismos del Estado estarían también obligados a aplicar el convenio y a aplicar según la realidad propia de cada municipio, en cada jurisdicción municipal un procedimiento propio

4) ¿Qué piensa del factor político (voluntad de Alcalde y concejales)?, el cual encontramos en el hecho de que cada comuna regule sus propios procedimientos de consulta. Es decir ¿puede ocurrir que durante un mandato se regule la consulta de una forma y durante el siguiente se cambie el procedimiento?

R: Quienes eligen al Alcalde y a los concejales es la población, y si la población tiene una participación política más activa podría generar que sus ordenanzas, sus procedimientos -al menos en el caso de la consulta indígena- tuvieran un carácter netamente participativo y que cualquier reforma administrativa o legal que se quisiera hacer tuviera que ser con la participación de los pueblos. Si se hace un procedimiento de consulta en cada una de estas comunas y con la participación de los pueblos

indígenas se acuerda un procedimiento regulado por ordenanzas, creo que va a ser difícil que se pueda cambiar sin que haya otra vez participación de los mismos actores políticos.

5) ¿Qué piensas de que exista una ley que regule ciertos principios y parámetros básicos del procedimiento de consulta y que las municipalidades puedan complementar la misma con sus propias ordenanzas sobre la materia?

R: Yo creo que sería importante que exista una ley, uno porque podría reemplazar el 66 que ha sido bastante criticado, dos porque el Tribunal Constitucional también ya se ha pronunciado sobre la necesidad de que sea el parlamento el que emita una normativa sobre la consulta para que ellos puedan pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de los procedimientos de consulta. Si existe una ley también la Contraloría podría tener un pronunciamiento. En general toda la emisión de normativa tiene sus pros y sus contras, pero si es una ley bastante general que pueda permitir que las municipalidades se obliguen de alguna forma y después puedan adecuar sus procedimientos internos a su realidad, yo creo que es una opción bastante interesante.

6) ¿En la mesa de consenso fue muy discutido el tema de las municipalidades?

R: Fue uno de los temas que estuvo desde el principio hasta el final, porque en verdad la relación que hay entre municipalidades y pueblos es directa, y la institución del Estado que más se relaciona con los pueblos indígenas es la municipalidad, la que aplica normas, ordenanzas, directivas que van modificando de alguna forma la vida de los pueblos es la municipalidad, entonces tendrían que tener una aplicación del convenio, y ese era el pedido de todos los dirigentes pero desde el Estado querían simplemente sacar un decreto, un decreto que no obligaba a las municipalidades, sólo se les daba la facultad de que si querían o no, pero nunca quisieron tocar el tema

completo, ni siquiera dejarlo planteado para que se vea en una ley porque lo importante era sacar el decreto.

7) En estas circunstancias los pueblos indígenas que quedaron participando en la mesa de consenso ¿lograron entender porque se excluía a las municipalidades?

R: Si, al final lograron entender por qué se excluía a las municipalidades, yo creo que la mayoría de los que se quedaron lograron entender el porqué, que fue un tema netamente jurídico más que político.

8) ¿Qué medidas municipales piensa usted que podrían afectar a los pueblos indígenas?

R: Por ejemplo el tema de educación, como generar un tipo de educación más inclusiva porque a veces la educación bilingüe solamente se basa o se destina a los niños y niñas indígenas, pero una educación bilingüe en una comuna donde una de la mayor parte son los indígenas pero también hay población no indígena, podría tomarse como una política con el fin de beneficiar a todos los niños y niñas para que puedan aprender de la cultura en la que viven, entonces no solamente dirigirla a indígenas, también mejoramiento de caminos a veces, y todas aquellas medidas que toman en la cotidianidad.

9) El presupuesto municipal, que de conformidad a lo alegado por los municipios, siempre es escaso ¿Cree que es un tema que podría influir en los futuros procedimientos de consulta que se realicen en las distintas comunas?

R: Yo creo que no es tan relevante, porque los procedimientos de consultas generan mayores gastos cuando se tratan de traslados, de estadías de las personas en ciertos ámbito de reunión, pero cuando es una municipalidad la que tiene que generar estos

procesos de consulta, la gente va a querer participar realmente de la discusión, también tiene que haber campañas de capacitación, de publicidad del convenio, de la relación de los pueblos con las municipalidades. Primero tendría que haber esa pequeña campaña y ahí podrían hacerse como convenios entre las municipalidades y la CONADI, por ejemplo, sobre el tema de capacitación. Si una municipalidad quiere trabajar verdaderamente el tema de consulta podría ver la posibilidad de generar estos convenios con el Ministerio de Desarrollo Social.

10) ¿Conoce alguna municipalidad que tenga estos tipos de convenio?

R: No, sólo se me ocurrió porque la CONADI hace capacitaciones.

11) ¿Cree usted que los funcionarios municipales están capacitados sobre el convenio 169?

R: No, no saben mucho, yo hace poco estuve en Puerto Williams, donde está el pueblo Yagán y supuestamente los funcionarios municipales debían conocer más sobre el pueblo Yagán, sobre la normativa de la consulta, pero lo que me contaron los dirigentes del pueblo Yagán es que hay un desconocimiento grande no solamente de los funcionarios municipales, sino que de todos los organismos del Estado, ya que no les respetan sus derechos, los han trasladado en distintas ocasiones, la Armada también les pasa a llevar sus derechos.

12) ¿No hay ninguna organización que los esté apoyando en estos momentos?

R: La CONADI, quien les ha dado harto soporte.

13) La consulta indígena ¿debe ser exigida por los pueblos indígenas -como parte de su responsabilidad- o es el Estado quien tiene la obligación de realizarla cada vez que sea necesario?

El 66 establece que puede ser pedida por los dirigentes de los pueblos indígenas que se consideren afectados, por los organismos del Estado o por cualquier persona que considere que hay algún interés. Respecto a las municipalidades cada vez que ellas vayan a dictar una medida que afecte a los pueblos indígenas deben realizar un proceso de consulta, así como lo hacen con los procedimientos de participación ciudadana cuando van a afectar a la comunidad.

14) Respecto al caso de cambio de nombre del Cerro Santa Lucía a Cerro Welén, se realizó una participación ciudadana, y posteriormente no hubo ninguna organización indígena que haya alegado por falta de consulta previa ¿Qué opina al respecto?

Ahí yo creo, desde mi perspectiva que hay una situación al revés, si el Cerro se hubiese llamado Welén y le hubiesen querido poner Santa Lucía, por el tema de la tradición indígena, ahí hubiese tenido que haber un proceso de consulta indígena. Pero si iba a cambiarse el Cerro Santa Lucía con toda la tradición urbana que tiene y todo eso, al nombre de Welén no creo que fuese necesario, ya es un cerro que pertenece a una comuna más intercultural, si el cerro hubiese sido llamado Welén siempre, ahí yo pienso que era necesario realizar consulta indígena, esa es la perspectiva que tengo porque ha sido llamado Santa Lucía tradicionalmente desde el gobierno republicano. El cambio además, no afectaba solamente a los pueblos indígenas -los afectaba si- pero ya es un patrimonio más de la ciudad de Santiago.

15) Usted entonces, ¿opta por el criterio de afectación especial? o sea, para que una medida sea consultada a los pueblos indígenas tiene que afectarle

específicamente a ellos y cuando una medida afecta a pueblos indígenas y a la comunidad no indígena no debiese ser consultada.

Si los afecta a ellos principalmente sí. En este caso yo no considero que había un cambio que afectaba. El cerro Santa Lucía ha sido una apropiación de la ciudad y no ha sido un cerro tradicional indígena. Por ejemplo les comento un caso en Perú, se concesionó un lugar sagrado aymara a una minera, y ahí sí que no se puede realizar una concesión porque es un espacio sagrado, reconocido, que tiene un nombre indígena, una tradición en que la gente indígena va a hacer su pago a la pacha mama y todo eso, entonces ahí si hay una afectación real y directa en los derechos de los pueblos indígenas, y si el patrimonio en el caso del cerro Santa Lucía -es la opinión que yo tengo- hubiese tenido un una configuración sólo ceremonial de los pueblos indígenas, que si la tiene, sería distinto, pero también ya ha sido una apropiación de la ciudad, si hubiese sido su nombre Welén y no Santa Lucía, ahí si yo pienso que correspondía la consulta indígena. Ahora, lo que le querían dar el nombre de Welén para reconocer a los pueblos indígenas. Igual había una afectación a los pueblos indígenas de alguna forma, pero una afectación positiva.

16) Entonces ¿usted piensa que la consulta ciudadana fue bien realizada?

R: Yo creo que sí estuvo bien porque era parte del patrimonio general de la ciudad de Santiago.

17) ¿Cree que existen diferencias entre hacer una consulta indígena en una municipalidad rural versus en una urbana?

R: No, yo pienso que el derecho es el mismo, que las personas que viven en las ciudades tienen los mismos derechos que las personas que viven en las comunas rurales. Las realidades son diferentes y cada proceso de consulta -tal como lo establece el convenio- debe ser adecuado, pero yo creo que falta mucho el tema que

ustedes hablaban sobre como visualizar una consulta más urbana, en donde los pueblos indígenas tienen una visión diferente de su realidad cultural, además, hay mucho de resignificación cultural, pasó en Lo Prado por ejemplo ¿no? ahí era un proceso de resignificación cultural y era un espacio ya de rituales, ceremonial, en un espacio que fue entregado al pueblo mapuche de esa comuna, entonces ahí si era necesario un proceso de consulta porque se iba a afectar un espacio propio de resignificación cultural del pueblo. En esos casos sí, pero con el tema del cambio de nombre yo ahí tengo reparos.

18) ¿Piensa que el derecho de consulta previa es un derecho fundamental? y si es así ¿que conlleva tal afirmación?

R: Si, es un derecho fundamental y ello conlleva que se respete el real interés de los pueblos en un tema determinado que los pueda afectar. El convenio habla de derechos colectivos que afectan a un grupo de personas y no a una persona sola, y por eso, tendría que haber más cohesión también. La aplicación del convenio no es solamente una aplicación desde las instituciones públicas hacia los pueblos, sino que también tiene que ser una reivindicación de los pueblos pero con entendimiento, un proceso que se está aprendiendo, que se está llevando sobre la marcha, que los pueblos todavía no se han tampoco apropiado completamente del Convenio, de ver como se puede ajustar a sus realidades, y de ver como se puede dar esa relación, en el caso de las municipalidades con los funcionarios municipales, con los procesos de participación ciudadana, o como habitantes de una comuna también tener derecho a participación ciudadana y consulta indígena, pueden participar en los temas que afectan a todos como participación ciudadana y consulta indígena.

Y en un caso de participación ciudadana, por un tema de participación ciudadana, donde los pueblos indígenas puedan ver afectados sus derechos comenzar a reivindicar el Convenio, y eso es parte de una participación, entre política y jurídica activa, pero para eso tiene que haber formación, también capacitación,

empoderamiento y también relacionar -que creo que es uno de los temas que falta- la aplicabilidad del convenio con sus normas más cercanas, porque el Convenio se ve como una bonita declaración de derechos lejanos y piensan que no se pueden relacionar con las normas municipales, y ahí tendría que haber capacitación conjunta entre municipalidades que tengan un interés político, entre comunas y dirigentes y población indígena que también tengan interés de reivindicar y apropiarse de estas normas que pueden relacionarse con las normas municipales, entonces ahí falta mucha capacitación, de hecho cuando trabajábamos en el Centro de Derechos Humanos era algo que pensábamos comenzar a ver, para tratar de ver desde donde se podían enfocar capacitaciones de funcionarios municipales desde la Universidad y también a dirigentes, pero con temas vinculados a lo municipal porque es una necesidad importante

19) En base a su experiencia vivida en Perú con el tema de consulta ¿cómo esta Chile en comparación a lo desarrollado por aquel país?

R: Yo siempre, he dicho que Chile tiene una institucionalidad distinta al resto de países de América Latina que permite aplicar las normas de una mejor forma.

20) ¿Y qué pasa con Colombia con la Corte constitucional?

R: Colombia tienen menos población indígena que Chile, Colombia tiene un proceso de consulta que surgió el 91, Colombia tiene un reconocimiento constitucional diferente y es para ciertos aspectos que no tienen que ver con la población general. En el caso de Chile, es una institucionalidad diferente pero además es un país que tiene una institucionalidad reconocida y reconocida por todos, por los ciudadanos y por los políticos, si se dicta una norma todos los funcionarios del Estado la van a conocer, no la van a interiorizar probablemente pero la van a conocer y van a ver como la aplican, y ahí viene el trabajo doble entre el empoderamiento de los pueblos en cómo aplicar el

convenio sin pensar que es una norma con frutos inalcanzable y que los funcionarios vean como la aplican, y eso en Chile se está dando, a diferencia del caso de Perú.

En el caso de Perú después de una matanza terrible el 2009 con el caso de Bagua, salió la ley de consulta, que desde que sale el 2011 y el reglamento que sale el 2012, se ha aplicado 7 veces, 8, para procedimientos solamente en la región de la amazonía y para establecer algunas reservas, ahora para trabajar sobre algunas concesiones de pozos petroleros pero donde ya la empresa petrolera negoció con las comunidades indígenas y después van a un proceso de consulta casi arreglado, entonces la institucionalidad de Perú, recordemos que Perú es mucho más grande, lamentablemente no es reconocida, se emiten normas de acuerdo a como el Estado le convenga, a la inversión minera, y el poder judicial tampoco tiene la autonomía de lo que ha hecho el poder judicial en Chile, ni en Colombia.

La Corte Constitucional Colombiana ha dado grandes avances en un primer momento, ahora ha estado retrocediendo también, a reconocido muchos derechos de pluralismo jurídico, de aplicación del derecho propio últimamente, pero en consulta como que han estado reulando y han estado pensando -incluso- en establecer un sólo procedimiento y ver como se empieza a regular otra vez esto de la consulta.

21) ¿Que conoce sobre el tema de la consulta en Perú a nivel municipal?

R: Nada, no hay nada. A nivel estatal no hay, a nivel municipal peor, no hay, o sea yo, por eso reconozco que Chile puede ser un buen lugar de experiencia para saber aplicar al resto de países de América Latina porque en general las reformas procesales que se han dado en América Latina han surgido de las reformas procesales que se dieron acá y después se han ido adaptando a cada país.

22) ¿Como usted relacionaría la consulta indígena, la municipalidad y la autonomía territorial? Como por ejemplo lo que se ha establecido por el Informe de Descentralización.

R: No conozco el tema, ya que no he leído el informe.

23) Respecto a la relación que ha tenido con los pueblos indígenas y a las opiniones que ellos le han manifestado ¿usted cree que ellos están conformes con los procedimientos de consulta que se han realizado a la fecha?

R: Yo creo que hay un descontento sobre cómo se ha llevado a cabo la tramitación de la consulta porque en algunos casos los hacen o consultoras o los pueblos indígenas pocas veces han podido acceder a un asesor, también se han validado procedimientos con lista de asistencia, entonces ha habido mucha mala fe en todos los procedimientos de consulta que se han llevado hasta la fecha. Yo creo que el hecho de que se empiece a hablar del tema de consulta, que algunos pueblos hayan querido participar de los procesos, en el caso -por ejemplo- de que la consulta sobre el ministerio y el concejo se haya abierto, ha empezado a generar ruido también en la gente y haya empezado a decir ¿Qué es esto de la consulta? ¿Queremos participar o no queremos participar? ¿Nos quedamos atrapados en la derogatoria del 66 o participamos de un proceso más amplio que se está abriendo?, esos ejercicios más democráticos de alguna forma son importantes para que la gente vaya preguntándose como tiene que ser una verdadera consulta.

24) ¿Cómo ve usted el procedimiento de consulta de aquí a 5 años?

R: Yo pienso que se va a mejorar, pero se va a ir avanzando de a poco, ya que es un proceso además de aprendizaje en general, de aprendizaje tanto para los funcionarios como para los pueblos y para las personas que trabajamos el tema. Como conversábamos en un inicio el Convenio sólo establece principios. En el caso de

Colombia cada consulta es distinta, hay un decreto como del 95 o del 96 que regula algunas cosas de la consulta pero cada proceso de consulta es diferente, en el caso de Perú hay una ley que no se ha cumplido.

25) En Colombia tienen ahora el problema de que hay tantas consultas que los pueblos indígenas ya no quieren ser consultados porque se terminó convirtiendo en un mero trámite ¿Cree usted que eso puede ocurrir acá en Chile dentro de unos 5 o 10 años?

R: Cada país es diferente y la configuración de sus pueblos también, yo pienso que acá con la creación de la CONADI igual a habido más conciencia de lo que es ser indígena y más discusión sobre el derecho de consulta, o sea, en Colombia lo tienen desde el 93, entonces desde esa fecha han empezado a trabajar en el tema de consulta, acá hay más conciencia sobre qué derechos tenemos, que derechos nos merecemos, que procesos nos van a afectar, entonces, por eso hablo siempre de la institucionalidad y de la forma diferente del Estado.

Yo creo que de acá a 5 años van a haber aprendizajes más activos y que puede haber un proceso que realmente pueda ser replicable en el resto de países de América Latina. Las personas de los pueblos van a empezar a hablar de los procesos de consulta, se van a empezar a aplicar procesos de consulta a nivel urbano, que eso es lo que creo que va a empezar a pasar en Chile, que no se ha hecho en el resto de países. En el resto de países todas son consultas rurales y sobre ciertos temas, pero acá ya va a empezar a surgir lo que pasa dentro de las ciudades, entonces esto va a generar cambios en la forma de ver la consulta. Cada proceso de consulta también será diferente, el mismo 66 da lineamientos pero te permite que después tú puedas regular como son las deliberaciones internas, como son los procesos internos. Yo creo que de aquí a 5 años va a haber una institucionalidad más fuerte y un reconocimiento más importante de lo que es el derecho a la consulta, tanto de los pueblos indígenas

como de los funcionarios del Estado, y eso lo permite el conocimiento de las normas que en general se da en Chile.

26) ¿Algo más que agregar a la presente entrevista?

R: No.

Anexo N° 5: Entrevista a don Mauricio Llaitul Acum

Técnico Jurídico, Dirigente de la Asociación Indígena Tripay Antu de Maipú,
Encargado de la Unidad de Pueblos Indígenas en el Ministerio de Bienes Nacionales

Miércoles 11 de Febrero de 2015, Santiago, Chile.

1) ¿Podría indicarnos cuál fue su participación como dirigente indígena en la comuna de Maipú?

Fui candidato a Concejal de la comuna de Maipú en 2 oportunidades, en las cuales fui respaldado por un proceso más que nada organizacional, o sea, mi postura de candidato fue netamente por un proceso propio de las mismas organizaciones.

2) ¿Tiene usted conocimiento del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT en Chile? Si es así ¿podría indicarnos que conoce de dicho instrumento?

Si conozco bastante el Convenio, toda vez que me he estado preparando constantemente en el área, a raíz de lo mismo, y porque efectivamente como dirigente de una organización indígena, hoy en día es una de nuestras herramientas a utilizar constantemente.

3) ¿Cree usted que los dirigentes de las organizaciones indígenas tienen un real conocimiento de este Convenio? ó ¿simplemente saben que hay un convenio que resguarda derechos pero no han sido instruidos respecto del mismo?

Aquí hay un tema, que tiene que ver con entender como son los procesos sociales, a ver, estamos hablando de un Convenio que para Chile a nivel de Estado y para nosotros como organizaciones es complejo, muy complejo. De un país que desconoce

100% los procesos participativos, estamos hablando de un Convenio que lleva varios años en el mundo internacional, en la vida del derecho internacional, y nosotros lo estamos viendo como la "creme de la creme" y no sabemos cómo aplicarlo. Creo que más que el desconocimiento de los dirigentes, existe un desconocimiento de la sociedad general sobre cómo realizar procesos participativos en pos del desarrollo colectivo, porque cuando hablamos de un tema participativo, si se hace un proyecto compartido entre dos es muy difícil, prácticamente imposible que uno de estos dos se oponga, porque se consensuó y se trabajó, se informó, se buscó la mejor salida, por tanto es imposible que un sector se oponga, entonces ¿cuando empiezan las oposiciones? cuando efectivamente no hay una inclusión, y hoy día en Chile las decisiones centralistas terminan no tomando en consideración las realidades locales de la sociedad en general y por sobre todo de los pueblos indígenas

▪ **¿Se le dan prioridades a otros intereses?**

Así es, y eso no permite generar realmente un trabajo homogéneo de desarrollo para el país, no es posible que hoy día tu vas a la séptima región y encuentras que la tierra es gredosa porque está rodeada de minales y nadie se ha preocupado que hoy las tierras no tienen la misma calidad para producir los alimentos de la gente, y además, la gente se está quedando sin agua, pero ¿qué más da? ¿no cierto? pongamos más procesos porque hoy día se necesitan cubrir las necesidades de la capital o de algunos sectores o un emprendimiento devastador para nuestro entorno.

Hoy el convenio 160 habla de procesos de diálogo y de un entendimiento, pero principalmente hay que entender por qué este convenio nace en el OIT. El convenio 169 nace en el OIT por un proceso netamente de derechos laborales, por otra parte, en Chile antes no se hablaba de pueblos indígenas, hasta la época de la dictadura militar se hablaba de campesinos. La reforma agraria no hablaba de pueblos indígenas sino que de campesinos. En Chile hasta esa fecha no existían los pueblos indígenas, fueron invisibilizados, los Rapa Nui si existían era por un tema turístico. Después de la reforma agraria empezó a verse el movimiento indígena por el tema de arraigo de

tierras, por el tema de los robos excesivos y por las desigualdades excesivas que existían en un proceso de dictadura que lo único que logró fue generar mayor desigualdad.

Entonces con toda esa instancia empiezan a aparecer estos instrumentos internacionales. Hoy día el Convenio 169 es un convenio que está claramente desconocido por parte de la dirigencia indígena, quizás todo el mundo diría que es lógico que tienen que instruirse, sí, pero también es bastante difícil para una persona que apenas tiene la enseñanza básica y a veces ni siquiera terminada, porque ojo, no estoy hablando de que sean analfabetos, pero créeme que la gran mayoría de la "gallada" que tiene hoy en día esa identidad, ese compromiso, ese pensamiento, ese rakizuam mapuche, hoy día no tiene efectivamente una educación de lujo, como para conocer, como para enfrentar, como para entender y comprender del proceso, por ejemplo, de interculturalidad, de derechos, donde hoy día tenemos un sistema como el medioambiental, que es el SEIA, que te entregan un panfleto de este porte, se lo entregan para que lo lea la gente de la comunidad, o lo hacen las empresas. Cumplen con la normativa, pero la verdad es que de repente también es un chiste cuando te dicen "ya y usted tiene 30 días para responder". Hay estudios ambientales donde usted se puede sentar y se le llenan 3 mesas, y sigues teniendo los mismos 30 días como comunidad, no hay, no existe un proceso de participación, no les entregan las herramientas. Lo mismo ocurre a propósito del conocimiento con los mismos dirigentes -porque ojo- tampoco es una atribución de que solamente es el Estado el que lo cumpla, porque muchas veces también está la otra partida, de los dirigentes, que por desconocimiento del mismo convenio no exigen sus propios derechos, y no son capaces de decir "oye el convenio establece esto y por lo mismo tu me tienes que facilitar esto otro", si tú te fijas hoy en día muchas veces la gente está contra el Decreto Supremo N° 66, pero yo te pido que leas el 66, y te darás cuenta que el 66 es mucho mejor que el 124, tiene cosas malas -por cierto- pero es perfeccionable, hoy en día el 66 permite que las comunidades le pidan recursos a los servicios que estén haciendo las mediadas administrativas para poder contratar algún especialista que les explique,

que les ordene, les sistematice, y les transforme todo eso que está en otros idiomas técnicos en algo más entendible.

4) O sea, desde su punto de vista ¿el Decreto Supremo 66 es lo mejor que tenemos y debiese aplicarse? ¿independientemente de la falta de legitimidad que alegan algunas organizaciones en cuanto a lo que ocurrió en la mesa de consenso?

Yo creo que sí, pero ojo, aquí hay 2 cosas, primero tenemos una realidad de Estado que no sabe y es flojo en cuanto a hacer participación social, y no lo sabe simplemente porque nunca lo ha hecho. Hoy día tenemos municipalidades que han intentado hacer algunas cosas, pero a nivel país nunca se han hecho procesos de plebiscitos donde se consulta a la ciudadanía y se le dice venga a participar de una decisión. Como eso no ocurre, tenemos una realidad de pasividad enorme. Si tu no llegas a la "gallada social" de una manera que se interese, o sea, adecuadamente, lo cual significaría muchos recursos, pero claro igual vamos a encontrar sectores que digan "yo no supe", pero si tu estas esperando que te vayan a tocar la puerta y que te lleven un formulario, que te lleven una tacita de té y que te pregunten uno a uno como si fuera casi un censo, no resulta, por algo el Convenio 169 habla de los interesados.

5) Respecto al proceso de consulta que se cerró hace poco (del Ministerio y del Consejo de Pueblos) ¿también sería una dejación de parte de las comunidades indígenas que alegan que no fueron consideradas, que no les llegó información?

No sé si es un proceso desde ese punto de vista, porque efectivamente pueden haber lugares donde ocurran estos temas de segregación, yo no digo que no existan, pero también existen recursos que las comunidades deben aplicar. Una de las cosas con las que yo no estoy de acuerdo es que generamos a todo un no, sin poner antes de eso mi propuesta, porque hoy las comunidades con eso tienen un problema, yo también he

sido dirigente y por eso lo digo, y quizás esto se da porque funcionamos de forma diferente al Estado, quien funciona de marzo a diciembre, los procesos indígenas a mediados de año se cortan, porque estamos a inicio y a finales de un año indígena ¿te das cuenta? durante mucho tiempo que es enero, febrero, marzo, el mundo público esta justamente en este ordenamiento y los pueblos indígenas están en la flor de sus participaciones ¿pero dónde? en sus territorios, no en las ciudades, entonces yo creo que el mecanismo público no está preparado para enfrentar el mundo de la participación indígena, no creo que sea mala intención de este último.

Podemos entender también que muchos piensen que el Estado ha tenido mala intención porque "igual me levantaron una hidroeléctrica" o porque "igual me hicieron esto o esto otro", pero señor, cuando levantan una central hidroeléctrica no es responsabilidad solamente del Estado o de los pueblos indígenas, es responsabilidad de toda la sociedad. A lo que voy, es que se lo reclaman al Estado como una falta hacia los pueblos indígenas y no es solamente hacia los pueblos indígenas, sino que es hacia toda la sociedad también.

▪ **¿Pero quizás eres reclamo se debe al contexto histórico vivido entre el Estado y los pueblos indígenas?**

Si estoy totalmente de acuerdo, pero hoy en día el principal conflicto con los pueblos indígenas no es con la administración central, que si hay, pero recordemos que la administración central se rige por las normas vigentes creadas por nuestros legisladores. Si la ley dice esto u lo otro, hay que cumplirlo, como ejemplo hoy tenemos una ley de funcionamiento de CONADI en que no han aumentado la planta de funcionarios desde que la ley se publicó. El Convenio 169 es reciente y eso le complica como Estado a propósito de cómo entender y de cómo hacer actuar una maquinaria que funciona más lento, mirado desde el punto de visto social, la cual avanza a pasos agigantados.

Hoy la participación es un tema, pero otros derechos que se están luchando hoy día en esta sociedad como el derecho a una educación pública gratuita y de calidad, derecho al aborto, que son temas de decisiones, hoy día no se están tomando porque estamos en una sociedad en que las decisiones son muy pequeñas para el resto, ejemplo lo que sucede con las AFP, que los servicios básicos estén privatizados hasta tal punto que es complejo.

6) ¿Usted cree que las municipalidades están preparadas para enfrentar eventuales procesos de consulta previa y en general lo que es el convenio?

Yo creo que las municipalidades deben prepararse a propósito de lo que mencionas, no creo que las municipalidades estén 100% preparadas porque no creo que existan profesionales preparados al 100% en la temática indígena para entender todo lo que conlleva, porque la situación en los pueblos indígenas es una situación de derecho pero también de hecho y de reconocimiento cultural, como pueblos, como cultura, como derechos a tener una educación cercana a su propia cultura y eso es complejo. Porque si preguntas ¿cómo actúa el Estado respecto a esto? yo te digo que personalmente no estoy de acuerdo de que el Estado le enseñe una determinada religión a un posible hijo mío, ya que yo estoy lejano de todos los procesos de religión actual, de cómo se conllevan.

Pues bien, lo mismo me podría decir cualquier otro ciudadano respecto de su hijo, cuando hablamos del tema de interculturalidad, porque en las ciudades lamentablemente no tenemos y no existe hoy en día un proceso de educación general básico que nos respete y nos reconozca. Si se enseña religión que entonces se enseñe también sobre pueblos indígenas, de manera que el individuo tenga la posibilidad de conocerse, de auto reconocerse y en virtud de eso, auto construirse dentro de una sociedad diversa, dentro de una sociedad donde existen los unos, los otros y los demás, que se den cuenta que aquí no hay un blanco y un negro, que esto es más diverso, y eso mismo nos podría ocurrir en el norte, ya que no vamos a ir a

enseñar mapudungun en el norte, porque allá tenemos otras realidades, no voy a ir a enseñar quechua a isla de pascua, porque son otros procesos culturales.

Entonces, mientras Chile no haga un reconocimiento de su multiculturalidad, mientras no genere un reconocimiento a las lenguas indígenas, mientras no las co-oficialice, en virtud de la cantidad de población indígena que exista en una localidad, región o comuna, no habrá un avance significativo al respecto.

▪ **¿Cómo se hizo en Galvarino con la co-oficialización del mapudungun?**

Pero como una política nacional, que genere un proceso de reconocimiento e identidad, porque de lo que habla el Convenio 169 es justamente eso, permitir el reconocimiento e identidad de los pueblos indígenas, de la autoidentificación como tal.

7) ¿Nos podría comentar su experiencia en la Municipalidad de Maipú?

Yo tuve una experiencia con la municipalidad no desde dentro, sino desde fuera, como líder de una organización indígena, porque cuando yo estuve trabajando en la municipalidad estuve trabajando en el Juzgado de Policía Local y no en la Oficina de Asuntos Indígenas, que fue la unidad de la municipalidad con la que se trabajó este proceso. Desde fuera te puedo contar que nuestra experiencia nació por el tema de que se estuviera luchando por el reconocimiento del Convenio 169 y la adopción de él. Nuestra organización ha sido partícipe de la Mesa Regional Indígena, nosotros participamos en el proceso de consulta del Decreto 66, entonces hemos estado participando constantemente de estos procesos y en virtud de esa lógica es que nosotros lo que hicimos fue justamente, como institución, aprovechar el momento legislativo que se dio con respecto a la Ley N°20.500 sobre Participación Ciudadana, que estableció que los municipios debían generar un reglamento de participación ciudadana, y en base a esto y a lo que prescribe el Convenio 169, fue que yo y otros dirigentes más comenzamos a generar una presión más política con el municipio, como verás esto tiene que ver con muchas aristas, además yo ya había sido candidato a

concejal una vez anterior, entonces eso permite acumular un capital social y un capital político enorme en tu comuna, que es a lo que los dirigentes debieran propender, generar y ganar espacios de poder, que le permitan de alguna forma generar cambios, y esto es lo que venimos pidiendo los pueblos indígenas a propósito de participación y reconocimiento cultural. Nosotros lo que hicimos como organización fue simplemente hacerlo efectivo y eso lo fuimos trabajando. Se pusieron las cartas sobre la mesa con las autoridades municipales, les explicamos porque estábamos solicitando un reconocimiento en la Ordenanza de Participación Ciudadana, y les hicimos ver que lucharíamos como pueblo para ello.

▪ **¿Pero que específicamente se reconoce en la ordenanza?**

En la Ordenanza de Participación Municipal, en el artículo 13 -si no me equivoco- se reconoce el Convenio 169, la Carta internacional de la OEA y se reconoce toda la norma legislativa a favor de los pueblos indígenas a propósito de los procesos de consulta y participación.

▪ **Y el reconocimiento que lograron ¿conllevó algún proceso de consulta?**

A ver, no conllevó proceso de consulta porque la petición salió directamente de los pueblos indígenas, el proceso de consulta se genera cuando el Estado unilateralmente dicta una medida administrativa susceptible de afectarlos, pero esto nació de las organizaciones indígenas de la comuna y fue principalmente impulsado por nuestra organización por el conocimiento que uno va manejando del tema ¿te das cuenta?. Por lo mismo es importante que si hoy se están exigiendo mas derechos del Convenio es porque nuestros dirigentes están también mas empoderados, pero de que falta - volviendo a la pregunta inicial- falta mucho, porque estamos hablando de un Convenio que tiene poco tiempo funcionando acá en Chile y que obviamente está en pañales.

8) ¿Conoce de alguna municipalidad que haya efectuado o haya intentado efectuar algún proceso de consulta?

Mira, la Municipalidad de Maipú no ha realizado procesos de consulta pero si ha respetado en virtud de los procesos de participación, las propuestas que han hecho los pueblos indígenas. En un contexto más general, no sé si se han realizados procesos de consulta como tal, lo que si se ha hecho es que los pueblos indígenas hemos ganado ciertas situaciones a propósito del Convenio, lo que he sabido es que se han ganado muchas cosas invocando en Convenio 169 y en algún momento ese fue nuestro objetivo también, como organización. Nosotros dejamos establecida la herramienta en la comuna de Maipú, pero los mismos dirigentes son los que deben ir creciendo y aprendiendo a utilizar esa herramienta, son procesos que deben ir avanzando de parte de todos.

Por ejemplo, podríamos pelear ahora en Maipú por el tema de la educación intercultural, pero tengo una realidad dirigenal de mi comuna y a lo mejor el resto de la gente no lo sabe y no entiende que los procesos indígenas son más lentos, además el municipio no se ha hecho cargo de capacitar a personas indígenas de nuestra misma comuna que sean hablantes, entregándoles herramientas pedagógicas ¿para qué? para luego insertar procesos pedagógicos en colegios municipales. Así como realizan talleres de danza, de hip hop, perfectamente se podrían implementar talleres de legua, de cosmovisión, de hierbas medicinales con el fin de generar procesos de interculturalidad.

9) ¿Cree que el presupuesto del cual disponen los municipios puede ser un obstáculo para que a futuro desarrollen procesos de consulta que sean eficaces?

No creo que los pueda limitar, porque las municipalidades tienen más libertades en la administración de sus recursos propios que nosotros como ministerio.

▪ **¿Y qué pasa con las comunas pobres?**

A las comunas pobres igual le entregan fondos del Fondo Común, lo que pasa es que las municipalidades deben adecuar su sistema interno para que éste de una u otra

manera tenga presente cada vez que se pueda suscitar una posibilidad de consulta. Re-administrar sus fondos para estos casos, eso es lo que hace un buen padre de familia.

10) Ante un eventual proceso de consulta que las municipalidades deban desarrollar ¿usted cree que debiesen aplicar el Decreto 66? ó ¿ellas mismas debiesen regular el proceso de consulta?

Los municipios que tienen organizaciones indígenas, por cierto, deberían trabajar no en el 66, sino que decir, señores ¿como nosotros trabajamos en nuestra casa? porque la diferencia y una de las complicaciones que tiene la definición de consulta es que también debe recoger la realidad local, porque quizás exista una municipalidad que tenga comunidades indígenas y ellas ya tienen establecido una forma de dialogar con la autoridad, ya tienen un mecanismo de resolución de conflictos, de problemas, de situaciones, y si eso ya es así ¿por qué las comunidades debiesen querer un mecanismo de consulta si ya tienen un mecanismo valido para interactuar? además el Convenio 169 lo establece, lo defiende y lo dice, el deber de establecer un mecanismo con los estándares mínimos que exige el Convenio. Obviamente esto debiese ser todo formalizado como corresponde, o sea, bien estructurado dentro de las municipalidades. Y si lo anterior no ocurre, creo que los municipios debiesen hacer un procedimiento ad-hoc a su realidad.

11) En razón de las críticas que ha tenido el Decreto 66 y de la falta de legitimidad que algunos le adosan ¿cree que en el futuro sería conveniente regular la consulta mediante una ley?

No sé si hoy sea correcto arriesgarnos a elaborar un proceso a través de una ley ¿por qué? porque creo que deberíamos organizarnos muy bien o debiera existir el compromiso de muchos sectores políticos con los pueblos indígenas para respetar realmente lo que se defina, ya que el lobby en cuanto a cómo se determina una ley es

fuerte y complejo, los proyectos de ley tu siempre saber cómo ingresan pero nunca como salen. La ley indígena cuando ingresó era una tremenda ley, cuando salió fue lo justo y lo necesario. Por lo mismo creo que no es un momento ideal, los pueblos indígenas no tenemos representación en el Estado todavía. Yo creo que los pueblos indígenas debiesen tener la representación correspondiente en el Estado, mientras no seamos sujetos de derechos y de poder vamos a estar siempre relegados porque no tenemos el poder de decidir, entonces ante esta situación los pueblos indígenas han de ir aprendiendo y hemos de ir avanzando en buscar una posibilidad de gobernabilidad. Los pueblos indígenas hemos sobrevivido a un proceso de conquista y asimilación, y aún estamos aquí, en consideración a esto yo considero urgente, como dirigente indígena que soy, que hoy día los pueblos indígena nos empoderemos del funcionamiento administrativo público.

Por ejemplo, Perú y Bolivia, son países que reconocen su identidad indígena y hoy ambos países están dirigidos por indígenas, pero Chile no es gringo, Chile es un país indígena y la mayoría de la gente no lo demuestra porque está teñida pero realmente somos un país indígena que no se reconoce y, por ello, la lucha que han dado los pueblos indígenas es una lucha para que se reconozca su identidad, desde y como pueden, realizan su aporte.

Chile está en un sistema neoliberal súper agresivo, en donde hoy día la importancia del consumismo y del desarrollo tiene que ver con "como me embarro al otro", el proceso de vida comunitaria, de responsabilidad, de mi espacio también es tu espacio, de esta coexistencia y de nuestra responsabilidad con la vida salvaje, con nuestra vida animal doméstica, es una concepción totalmente distinta de sociedad, de lo que podríamos aportar también nosotros como pueblos indígenas, no somos perfectos, no hay que idolatrar a los pueblos indígenas porque no es así, pero tenemos una cosmovisión distinta, tenemos una mirada y concepción de sociedad, a lo mejor un poquito más distinta y ese "poquito" podría ser la diferencia entre poder avanzar a propósito de una situación de desarrollo y de confort social.

Yo insisto, el tema indígena no es un tema solamente de los pueblos indígenas, es algo mucho más allá, es un tema de que efectivamente somos parte, pero nosotros estamos luchando para "ser parte de", para tener "nuestro derecho a", y esas luchas de derechos que son sociales, responden hoy día también a cómo el Estado chileno a mantenido a la población indígena, como una población segregada, como una población empobrecida, como una población desinformada, hoy día la mayor cantidad de la población indígena, de acuerdo a la CASEN 2002, se encuentra en los sectores más pobres, en Maipú especialmente. Las personas indígenas son aquellas que menos posibilidades tienen de terminar un proceso de educación, para que hablar de los procesos de selección en la educación, para que hablar hoy día de la Beca Indígena, cuyo espíritu supuestamente es ser entregada para el desarrollo intelectual y profesional, en este marco me gustaría que alguien me dijera en que universidad puedes estudiar por \$600.000 anuales. Entonces ¿existe realmente un interés para que el mundo indígena se desarrolle o siga siendo simplemente mano de obra? Con ese dinero, le pongo \$300.000.- más y con suerte estudio en un CFT.

12) ¿Piensa que lo anunciado por el gobierno de impulsar un proyecto que de representación a los pueblos originarios en el Congreso va por buen camino?

Totalmente de acuerdo, como dirigente indígena estoy totalmente de acuerdo. Es el camino, es donde se determinan las leyes, donde se aprueba año a año el presupuesto fiscal.

13) ¿Qué medidas adoptadas por los municipios cree usted que podrían provocar mayor afectación a los pueblos indígenas? ¿Por qué?

Eso va a depender de muchos factores, si estamos hablando de una municipalidad totalmente urbana, no tenemos muchas medidas que son susceptibles de afectar, principalmente -quizás- el presupuesto que le vayan a destinar a la oficina de asuntos

indígenas, si es que existiese, aunque creo que este tema de presupuesto se debiese trabajar conjuntamente con los pueblos indígenas más que consultarlo. En estas comunas (urbanas) no es mucho lo que se debiese consultar, quizás el Plano Regulador, cuando existiesen comunidades indígenas. Los PLADECOS igual debiesen ser una herramienta a trabajar con los pueblos indígenas, ahora, que se trabaje no es que se consulte, porque -insisto- si los municipios tuvieran una Oficina de Asuntos Indígenas tiene la oportunidad de trabajar con las comunidades más que de hacer procesos consultivos, y ojo, un proceso consultivo te va a significar costos, tiempo, atrasar por ejemplo los PLADECOS. Entonces creo que hay formas, el Convenio 169 no restringe, créeme -insisto- si yo tengo un buen diálogo contigo y entre los dos somos capaces de tomar mutuos acuerdos y respetarlos, dudo mucho que tú me vengas a decir mañana "quiero que me consultes", ¿por qué? porque lo trabajamos juntos.

▪ **¿Qué opina de la consulta que se hizo en la comuna de Santiago respecto del posible cambio de nombre del Cerro Santa Lucía a Cerro Welén?**

Primero que nada, creo que ahí hubo un tremendo error por dos cosas, porque si le estamos preguntando a la ciudadanía para cambiar el nombre de una calle o de un cerro está bien, es participación, pero si quiero entregarle derechos a los pueblos indígenas a propósito de un cerro que es ancestralmente energético para ellos y espiritualmente importante, eso fue algo que nunca dijo el municipio porque eso no estaba en los planes seguramente, por tanto en virtud de los planes hoy día ella hizo la acción que correspondía, lo que pasa que es una muy mala señal, el cómo difundir lo que yo quiero hacer, porque si quisieran cambiar el nombre del cerro ni siquiera debería consultarlo, deberían hacerlo, porque eso es reconocer que ese espacio es indígena, por eso creo que actuó mal, no tenía que haber hecho consulta, ni siquiera haberlo mencionado, no es un tema ciudadano, es un tema de respeto hacia nuestros pueblos indígenas. Si yo quiero construir en el cerro le voy a preguntar a los pueblos indígenas porque sé que es un espacio importante para ellos, pero el cambio de nombre sólo se hace, porque es un reconocimiento, o sea, ¿quieres que te diga

mapuche? ¿te consulto si quieres que te diga mapuche? si yo soy mapuche ¿qué me tienen que consultar sobre eso? sólo se debe reconocer.

▪ **Y en el contexto rural ¿qué medidas municipales podrían ser susceptibles de afectar a los pueblos indígenas?**

En este contexto está claro, porque la municipalidad vende, por ejemplo puede querer vender un terreno que es un cementerio indígena o que es usado por una comunidad indígena, ahí si tengo que consultar, o a lo mejor era la casa de un machi.

14) ¿Cree que en algún momento al consulta aquí en Chile puede transformarse en un mero trámite y ocurrir algo parecido al caso colombiano donde se consulta por todo?

Primero, la consulta se realiza para los pueblos interesados, por tanto si se hacen muchas consultas está bien que se realicen, y quien no quiera participar que no lo haga, pero la consulta tiene que hacerse.

15) ¿Y si se realizan muchas consultas y las propuestas de los pueblos indígenas no son consideradas?

Eso es otra cosa, porque si vas a hacer consulta sólo por cumplir un trámite y no dialogas realmente con los pueblos indígenas, mejor te ahorras la plata y no la haces.

16) ¿Desea agregar algún tipo de observación a lo ya expuesto?

La verdad sólo espero que te haya servido la información expuesta, y recuerda aunque parezca cliché, los derechos se conquistan y las conquistas son una lucha, y en eso estamos ahora.

Anexo N°6: Entrevista a doña Antonia Urrejola

Asesora externa Secretaría General de la Presidencia, Gobierno de Chile.

Abogada Independiente. Consultorías en Derechos Humanos y Pueblos Indígenas.

Jueves 29 de Enero de 2015, Santiago, Chile.

1) ¿Me puede hablar de la aplicación del Convenio 169 en Chile?

R: Yo creo que estamos recién en pañales, que el proceso de aplicación del Convenio 169, bueno, todo lo que fue el proceso de ratificación del Convenio, fue un proceso muy lento, muy complejo, me imagino que ustedes estudiaron todo lo que fue la decisión en el Congreso, y ese mismo proceso de discusión para su ratificación también se ve hoy día en la aplicación; es decir, yo creo que en Chile hay una tensión súper fuerte respecto del tema de las autonomías. Creo que hay una falta de comprensión respecto a lo que es la autonomía de los pueblos indígenas, todavía es un tema muy fuerte y existe una confusión respecto a lo que es una autonomía con lo que es segregación del Estado, autodeterminación de los pueblos en el sentido de soberanía política y división del Estado, en el fondo, y eso se ve también en lo que es la consulta indígena y el Convenio 169.

En ese sentido, creo que primero que nada la aplicación del Convenio 169 se ha centrado única y exclusivamente en la consulta, creo que ni siquiera el Estado (y cuando hablo de Estado no me refiero sólo al gobierno y al ejecutivo, sino al municipio y al congreso también) ha tenido una atención a lo que es el Convenio 169 en materia de participación ni menos en lo que es la adecuación de la legislación sectorial, y para qué decir en la parte justicia, ese tema no existe.

Quizás, algo tímidamente se ha visto en el tema justicia, en la defensoría penal, no sé si ustedes se han metido en esos temas. Bueno, la defensoría penal ha hecho un esfuerzo en ese sentido, erróneo en parte, en algunos casos sobre violencia

intrafamiliar en que alegaron la aplicación del Convenio 169, y eso fue un grito en el cielo por parte de las organizaciones de mujeres indígenas, porque en el fondo lo que hicieron los abogados defensores fue reclamar que se aplicarían medidas alternativas alegando que “la violencia es parte del derecho consuetudinario mapuche”, y ahí se generó todo un debate, primero, si es que efectivamente es o no parte de la costumbre mapuche el pegarle a las mujeres, pero además, el debate fue jurídico porque el tema de la costumbre tiene ciertos límites que son las garantías fundamentales y los derechos fundamentales que los propios organismos internacionales, cuando hablan de la aplicación de la costumbre en el derecho consuetudinario, los mencionan, como son, otras cosas, los derechos fundamentales de la mujer. En estos casos hubo un error no sólo de los abogados defensores, que lo que hicieron fue aplicar en extremo el Convenio 169, pero después los jueces aceptaron esa argumentación sin siquiera pedir un informe antropológico, etc..

Pero bueno, volviendo al tema central, yo creo que la aplicación del Convenio 169 en Chile está súper atrasado, en el sentido que no ha habido una mirada conjunta del Convenio 169, sino que, tanto los esfuerzos como las críticas, están concentrados única y exclusivamente en la consulta indígena y en nada más, lo que creo que es un error porque el Convenio tiene una herramienta previa a lo que es la consulta, que es la participación.

Yo entiendo que la consulta no es un tema fácil, tiene un montón de complejidades, ya que genera un cambio en la manera de ejercer las políticas públicas, cierto, totalmente distinto; genera una cultura de los funcionarios públicos, que es totalmente distinto, donde debe cambiarse su manera de pensar, de partir de abajo para arriba y todo eso, lo que no es un tema fácil de cambiar, y demora.

Igualmente, desde el punto de vista del mundo indígena, también es complejo. Por ejemplo, cuando los funcionarios públicos y los críticos del Convenio, además de los empresarios, reclaman que no tienen con quien negociar, se aprecia un problema de

representatividad. Lo anterior, es una realidad cierta, y ahí también hay un problema de parte de las organizaciones indígenas de madures, y también hay que exigirles a ellos mayor responsabilidad en ese sentido, más allá, de los reclamos sobre el tema (porque los mapuche te reclaman que no está en su idiosincrasia, que ellos tienen ciertas divisiones, que además los españoles también tendieron a la fragmentación, que la Ley Indígena tendió a la fragmentación) los cuales son una realidad. Sin embargo, hay un reclamo de responsabilidad de parte de las organizaciones indígenas que en la realidad de hoy en día si ellos quieren negociar ellos también tienen que tener una dirigencia responsable y permanente, y legitimada, y no es cambiando la dirigencia de acuerdo a si yo me molesté o no me molesté con el dirigente de turno, entonces yo lo cambio o yo divido, ¿me entiendes?, entonces ahí también hay una inmadurez de parte de la dirigencia, y eso es una realidad.

En definitiva, creo que si tú, si los gobiernos, los municipios, en general el Estado, también centrarán sus esfuerzos en la parte previa de la consulta, que es la participación (donde se debe generar políticas públicas con participación indígena), no estoy diciendo que los problemas se acabarían, pero creo que las cosas serían un poquito más sencillas, ¿por qué?, porque si yo generara, por ejemplo, mesas técnicas de trabajo para ir generando política pública, llamando a profesionales indígenas que han trabajado por mucho tiempo los distintos temas que yo trabajo, como en distintos sectores ministeriales o los municipios - porque hay profesionales indígenas y organizaciones indígenas que tienen propuestas de trabajo-, si yo los convoco antes, empiezo a trabajar con ellos las propuestas, más allá de si yo incluyo todas las propuestas o no, yo voy generando una base, voy generando política pública que ya va a tener un poco más de legitimidad, después igual tengo que consultar, pero ya mi consulta va a tener mayor legitimidad porque la trabajé previamente en la propuesta con los actores políticos más relevantes en esa materia, y por lo tanto esos mismos actores van a hacer tus aliados en el proceso de consulta; y por otro lado, yo voy generando también una base de, no sé si de dirigentes políticos, pero una base de aliados nuevos, porque hoy día ¿qué es lo que pasa?, cuando yo voy y empiezo a

iniciar procesos de consulta general, yo voy donde la dirigencia de siempre, que son los que participan en los partidos políticos, los que son los apadrinados por los parlamentarios de la zona, y ellos tienen mucho cuestionamiento de parte de las comunidades locales, de las organizaciones que han estado trabajando en terreno, etc., entonces estas consultas también son cuestionadas; pero por otro lado el gobierno, si no he ido trabajando las políticas públicas desde la base con las organizaciones que han trabajado estos temas no tienen contraparte con quien dialogar porque no conocen a la gente.

De esta forma, si uno trabajara las políticas públicas desde el inicio con quienes han trabajado esos temas vas a ir conociendo gente nueva, y voy, por lo tanto, generando nueva, no necesariamente dirigencia política, sino nueva contraparte en los distintos temas, y nuevos espacios de dialogo, distintos, que a veces son técnicos, no políticos, pero que genera una base de legitimidad en tu política pública. Vas a tener problemas iguales, el tema de la legitimidad va a estar siempre, el tema del cuestionamiento de con quién dialoga el gobierno va a estar siempre, eso es inherente a esto, porque las divisiones van a estar, porque el clientelismo es parte del diálogo en general con la sociedad civil y las organizaciones sociales, eso es inherente, o sea es inevitables, pero yo sí creo que si tu generas canales de participación reales, aplicando un poco el Convenio 169 para generar política pública, vas a tener un mayor grado de legitimidad cuando llegue a la etapa de la consulta, ya que eso es previo, y ahí siento que tenemos un déficit que nadie lo ha visto, o sea, mucha gente lo ha visto pero creo que el gobierno, aquí hablo a título personal, no lo ha trabajado, no lo ha visto, y por eso los cuestionamientos al proceso de consulta tienen que ver con eso, que al final tú terminas haciendo el proceso de consulta con los mismos de siempre, que están cada día más cuestionados, que es la dirigencia que está dedicada nada más a ir al proceso de consulta, y hay un montón de gente que cada vez menos participa en este proceso porque está más bien dedicada a trabajar en terreno estos temas. Tienes, por ejemplo, en el norte varias dirigencias y comunidades que están cansado del proceso de consulta y que no van a participar, y ellos sienten que están perdiendo el tiempo con el

Estado y están más bien negociando con las empresas directamente, prefiriendo generar espacios de diálogo, y no digo negociando con las empresas un proyecto concreto, no, prefieren generar espacios de diálogo abiertos con ellas, sobre el territorio, que con el Estado, porque sienten que las empresas al final del día son más pragmáticas, ya que éstas se dan cuenta que si no generan cierta legitimidad en el territorio donde van a trabajar con las comunidades, tarde o temprano van a tener problemas, bueno, que los están teniendo actualmente en los tribunales.

Creo que ahí hay un problema serio de aplicación del Convenio, que es generar mayor legitimidad en los territorios con la gente que está ahí, que son actores políticos claves que van más allá de la dirigencia política partidista o que tienen nexos con los parlamentarios, que también son actores, yo no los quiero desmerecer, pero no son los únicos, hoy día han surgido otros actores que no son solo los partidos, los dirigentes de los partidos políticos, de los parlamentarios, sino que son la dirigencia de las organizaciones tradicionales y también ONG chiquititas que están trabajando distintos temas (como las semillas, el tejido, el tema infancia), que pueden no ser actores políticos claves en lo macro, pero sí para las políticas públicas pequeñas, y ese tema creo que es fundamental para poder ir implementando el Convenio 169 de manera más global.

Y el otro tema (el cual creo que se debe empezar a enfrentar en algún momento), es el de las políticas sectoriales, o legislación sectorial, y ahí me refiero básicamente al tema de los recursos naturales, como son el forestal, el minero, aguas. Necesariamente hay un problema ahí con la legislación sectorial que se tiene que ajustar al Convenio, ya que no es un tema fácil, yo sé que el tema con los empresarios no es un tema menor; soy consciente que para Chile es un desafío no menor ese, por el tipo de economía que tenemos.

- **Cuando se ratificó el Convenio ¿el Estado tenía claro lo que estaba ratificando?**

R: Sí, yo creo que por eso se demoró tanto.

- **Pero no sólo el Estado, tanto como empresarios, como políticos, también el poder judicial, ¿tenían claro lo que les venía?**

R: Sí, sí, porque por eso se demoró; pero el principal temor era por el concepto pueblo, por el tema de soberanía y el tema territorio, y en el caso de los recursos naturales por el tema minero.

- **¿Pero no pensaron que tenían que ajustar toda la normativa?**

R: En el tema minero sí, pero creo que no se vislumbró suficientemente que esto implicaba un cambio de mentalidad en términos de cómo tú ejerces la política pública; creo que ahí no, era más bien sobre el concepto de pueblo y el tema minero.

- **¿Y no vieron lo que estaba sucediendo en otros países como Colombia, Perú?**

R: Sí, lo vieron, por eso es que se demoró mucho, lo que pasa es que al final es una decisión política de hacerlo, porque ya llevaba muchos años y la presión era muy fuerte.

2) ¿Y qué diferencias puede ver, por ejemplo, entre la aplicación de la consulta indígena en Colombia o en Perú y la que tenemos nosotros? Porque en Colombia es muy importante el poder judicial.

R: Yo creo que en Colombia tú tienes varias diferencias. En Colombia existe una Corte Constitucional que tiene un rol completamente distinto al Tribunal Constitucional chileno; en ese sentido la Corte Constitucional en el fondo cumple un rol como garante general de derechos humanos (que no tenemos en Chile, y no existiendo ninguna similitud con la Corte Suprema y menos con el Tribunal Constitucional), no sólo respecto al tema del Convenio, sino en general, de los derechos humanos. Por lo tanto, en Colombia tienes una Corte Constitucional súper progresista en la materia, que

va mucho más adelantado a la realidad colombiana, ponte tú, si revisas todo lo que son las sentencias, en general en materia de derechos humanos, y revisas la realidad colombiana, es bien distinto el tema. No, en Chile estamos a años luz de este tema, yo creo que ahí la Corte Constitucional colombiana va mostrando el camino, por decirlo de alguna manera, desde el punto de vista de los estándares a nivel Latinoamericano, en el papel por lo menos, que es como lo que uno quisiera hacer.

Ahora, así todo, yo creo que Colombia, por lo que he escuchado (la otra vez fui a Guatemala en un proyecto de consulta en América Latina, donde fueron distintas personas de varios países, a nivel de expertos - no de Gobierno-), es que ellos se fueron para el otro lado. En la reunión había un indígena que dijo que ahora eran tantas las consultas que ellos ya no tenían tiempo de ser indígena, te fijas, ellos pasaban todo el día en consulta, entonces que ya el nivel de “consultivitis” era tanto que al final como que se perdió el objetivo, porque como que pasó a ser un mero trámite.

- **¿Cree que la consulta podría transformarse en un mero trámite? especialmente si el resultado de la consulta no beneficia muchas veces a los indígenas.**

R: Sí, pasa a ser lo que se llama la consultivitis en el fondo, que al final es: “se consultó-no se consultó”, como que llenas el formulario, el trámite, y todo se consulta; entonces, se fueron para el otro lado y él reclamaba eso. Ahora las comunidades están en la onda que no quieren ser consultadas, así como hoy día todo el mundo acá en Chile reclama ser consultado, en Colombia la manija está en “no ser consultado-ser consultado”.

Mira, no sé, ahí hay una complejidad que tiene que ver al final del día, yo creo, con el tema (aunque parece un cliché) de la buena fe, pero no es un cliché al final, es cómo “yo Estado” me siento a consultar; si yo me siento a consultar de buena fe, en el sentido de que yo de verdad quiero escuchar tú opinión, estoy

dispuesto a cambiar mi medida luego de escucharte, o simplemente estoy jugando a escucharte pero yo voy a seguir haciendo lo que yo quiero hacer, y eso tú no puedes regularlo por ley, eso depende ya de la voluntad política de turno y depende de los actores, porque también me imagino que en Colombia, como hay tantas consultas, depende mucho del ministerio que está consultando, de los personeros a cargo de esa consulta, entonces en algunos casos quien está a cargo del proceso de consulta tendrá la sensibilidad suficiente para tratar de estirar al máximo el tema para llegar a un acuerdo, y en otros casos, el que esté a cargo del proceso de consulta pondrá un tick, me entiendes, entonces lamentablemente creo que esto tiene que ver con un tema que tú no puedes regular por la ley, sino más bien de capacidades de los que están a cargo.

Creo esto último es otro tema, que tiene que ver con la capacidad de los funcionarios, de visiones culturales. He escuchado a los mismos colombianos que se quejaban que los funcionarios públicos que estaban a cargo de la consulta se conocían el Convenio 169 al revés y al derecho, pero que había mucho funcionario que no sabía de dialogo intercultural, y que al final el tema de la consulta no es conocerse de memoria el Convenio 169, sino que al final (y es un tema que en Chile es más grave) es entender que es como una negociación, por tanto, necesito entender a mi contraparte, porque si yo no entiendo a mi contraparte efectivamente yo no voy a negociar ni ponerme en los zapatos del otro.

De esta forma, creo que el tema del Convenio 169 también pasa por un tema cultural, entonces su aplicación va más allá del tema legislativo y de los reglamentos, pasa por una voluntad política, sin lugar a dudas, pasa por un tema del cambio de mentalidad de los funcionarios públicos, pasa por esto que yo te decía de hacer políticas públicas de abajo para arriba, y aunque sea cliché es verdad, pasa por el tema de una madurez de la organizaciones indígenas,

que además de la maduración de la representatividad, pasa también por no hacer denuncias todo el día, porque es fácil denunciar y denunciar, yo también debo hacer propuestas, o sea, a mí no me gusta el baipás de no sé dónde pero éste se tiene que hacer igual, entonces yo propongo una alternativa, entiendes, te propongo por dónde; claro, es legítimo también oponerse, pero hay también un tema ahí, o sea, hay un montón de desafíos, pero también lamentablemente hay un tema cultural, y eso, yo creo, que lamentablemente son procesos que demoran años y que ahí ninguna legislación, ninguna voluntad política por sí sola vale, y ahí no sé si se puede hacer mucho.

Ahora, volviendo el tema del municipio, que es el tema de ustedes, yo que creo que ahí los municipios son fundamentales, porque están en la localidad, son los que están con los pies en el barro, por decirlo. Son los primeros que salen a la calle, por decirlo, son los primeros que tienen el contacto, son los primeros que debiesen conocer esto, el Convenio y el dialogo intercultural, y yo creo que lo tienen, a lo mejor muchos de ellos, muchos de los funcionarios, otros no, pero muchos de los funcionarios vienen de las mismas comunidades, han estado toda la vida con los indígenas porque vienen de ahí, son gente profesional o técnicos que son de ahí mismo, me entiendes, entonces creo que tú haces cursos de capacitación ahí, pero vienen de ahí, más menos conocen esa realidad, no es una realidad que hay que explicarles por power point.

3) Y a nivel de municipalidades, ¿ustedes han hecho algún tipo de capacitación para explicar el Convenio?

R: Actualmente no estoy muy metida en el tema indígena, del cual me he ido saliendo, sino que estoy viendo derechos humanos. No sé si desarrollo social ha hecho algo en este sentido, no tengo idea para ser franca. Sin embargo, creo que lo ideal sería hacer algo con la asociación de municipios y funcionarios, algún tipo de proyecto en el cual trabajar el tema del Convenio con las municipalidades con mayor concentración

de población indígena y capacitarlas. En este sentido, como la aplicación del reglamento quedó voluntario para las municipalidades, debiese hacerse casi un acuerdo del gobierno con éstas.

4) Pero hasta este minuto ¿no hay ningún municipio que se haya acercado al gobierno a consultar qué normativa aplicar?

R: No sé, no tengo idea, porque no estoy metida en eso.

- **¿Qué respondería usted? ¿Debiesen aplicar el reglamento o dictar ellos mismo una normativa, basándose en los principios que tiene el Convenio?**

R: O sea, yo como gobierno le diría que aplicara el reglamento; yo como Antonia Urrejola le diría por qué no hacen algo ustedes. Pero claro, creo que por uniformidad debiese ser el reglamento, a menos que la asociación de municipios tuviera como una iniciativa de ellos, me entiendes, y que sería bonito en realidad.

Yo trabajaría con las agrupaciones indígenas una cosa propia, como el reglamento está tan cuestionado por las organizaciones, y esa voluntad política de los Alcaldes de hacer una cosa propia sería como bonito. No obstante esto, ya aplicar el reglamento sería algo mejor que nada.

Ahora, hay algunos municipios con Alcaldes indígenas que yo sé que han hecho cosas, además están trabajando el tema lingüístico (como Galvarino, Nueva Imperial), sé que han hecho algunas cosas ahí, pero la verdad es que no estoy muy metida en lo que están haciendo directamente. Lo que yo sé es que no se ha hecho nada como gobierno, pero no estoy segura, habría que ver en la SUBDERE, pero entiendo que no se ha hecho nada así formal, lamentablemente.

5) Y personalmente ¿qué es lo que usted puede ver a futuro respecto de los Municipios y la consulta indígena?

R: O sea, yo creo que lo que te decía en un inicio, que si algo se pudiese hacer a nivel municipal es trabajar el tema participación, por ejemplo, como iniciativa. Haber, me parece que donde más tu puedes trabajar el tema de autonomía territorial, en el sentido pequeño, es a nivel municipal, y si Chile quiere avanzar en ese tema tiene que hacerlo con los municipios; y el Convenio 169 debiese partir a nivel local, con todas las complejidades que pueden tener los municipios, de recursos, de gestión, de capacidad profesional. Personalmente habría hecho un proyecto para generar un cambio en la gestión municipal, partiendo por los municipios donde hay Alcaldes indígenas por último, e ir generando gestión local, con participación indígena, políticas participativas indígenas, consultas indígenas, gestión local, y en el fondo vas hacia un estatuto de autonomía a nivel local, que ese es el Convenio 169 al final, y que no estas generando ningún cambio radical ni nada, y es una manera de ir pasito a pasito que no genera ningún conflicto con el Estado, ningún conflicto político, me entiendes, y si te va mal tampoco vas a generar ningún conflicto grave. Y ahí tu principal problema es un tema de recursos y de apoyo en gestión.

- **Los municipios, especialmente los más pobres, no tienen recursos para hacer la consulta, pero se les exige hacerla.**

R: Creo que el mayor desafío es el tema de la participación, de ir generando espacios de participación en las políticas de los municipios con cosas chicas, consulta pequeñas, me entiendes, donde hay mayor población indígena.

6) Nosotras también estábamos viendo el tema de, al momento de las conclusiones, qué sucedería con los indígenas si quizás, en algunos momentos, ellos preferirían más bien otro tipo de participación ciudadana, que sea, por ejemplo, un plebiscito, el cual puede ser vinculante, en vez de la consulta indígena. ¿No sé si a nivel de Estado han visto un poco de esto?

R: No, no, la verdad es que me pillaste.

- **Lo que sucede es que estamos viendo la posibilidad de que la consulta pueda volverse un mero trámite y que muchas veces los indígenas prefieran, más bien, un plebiscito, que es vinculante, y que podría darles mayor seguridad.**

R: En Isla de Pascua han hecho un par de plebiscitos, se hizo con la reforma constitucional por el tema migratorio, se hizo con la salida de un moái. Creo que en algunas comunas se pueden hacer plebiscitos vinculantes, depende de los temas.

- **Pero les da seguridad, eso es lo que nosotras pensábamos, en cuanto al resultado.**

R: Si, pero creo que ellos en algunas cosas van a estar de acuerdo, pero en otras tienen que incidir en el contenido, dependiendo del escenario.

7) A futuro ¿cree que van a empezar a ver fallos más tendientes a favorecer a los indígenas en base al Convenio 169 o no?

R: No, yo creo que más menos ya la jurisprudencia del poder judicial es la que está hoy en día, la cual ya está asentada, especialmente en lo referido al Sistema de Evaluación de Impacto ambiental, por lo que no creo que eso vaya a cambiar mucho ya más. En este sentido, el fallo del Morro fue bastante definitivo, te fijas, donde la consulta no es un proceso meramente informativo, que es un proceso de negociación pero que se encuentra dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y que hay una responsabilidad del Estado. Tú viste el fallo del Morro, de alguna manera le echó la culpa al gobierno de que los informes de la CONADI eran mal hechos y no culpa del empresario, que no hizo bien el proceso de consulta. Yo creo que más menos se va a ir asentado el tema ahí, como está hoy día, no creo que vaya más allá.

8) El proceso de consulta, en general, ¿quién lo debería realizar? ¿el empresario, el Estado, una organización dependiente, quién debería?

R: En lo personal, soy partidaria de hacer un solo ente de gobierno, y no el ministerio a cargo de la medida, quien realice la consulta, por el tema de la especialización, y lo que te decía yo, que requiere funcionarios capacitados y no sólo que sepan bien de qué se trata el Convenio 169, sino que sepan de dialogo intercultural y todo el cuento, y debiesen ser los ministerios a cargo de la medida los que asesoren técnicamente a este organismo (técnicamente respecto a la medida), pero no como es hoy en día, donde, por ejemplo, es el Ministerio de Obras Públicas quien hace la consulta y la CONADI y Desarrollo Social quienes lo asesoran.

Yo lo haría al revés, sobre todo en un primer periodo que es de aprendizaje, sobre este cambio cultural que te digo yo, quizás más adelante una vez que el tema esté más transversalizado da lo mismo, pero creo que hoy día fue un error esta disgregación. Lo anterior, por la existencia de dispersión de criterios (los cuales puedes ver si revisas los procesos de consulta dentro del Estado), precisamente porque depende de la sensibilidad del ministerio en la materia, y que tiene que ver con qué grado de trabajo previo tienen esos ministerios en los terrenos indígenas y la interlocución que han tenido previamente.

De esta forma, creo que en primer lugar debiese ser centralizado, y en segundo, yo per se, no tengo ningún problema de que a veces sea la propia empresa la que haga la consulta, como en los Sistemas de Evaluación de Impacto Ambiental, más allá de que sé que es una responsabilidad del Estado y no de las empresas, pero hay un tema de realismo, donde en la práctica a lo mejor el Estado no puede estar en todo.

En este sentido, no me opongo per se, pero sí creo que hay una labor fundamental del Estado en términos de fiscalizar los procesos de consulta, no puede estar ajeno a la fiscalización, a ver que esos procesos sean de acuerdo a los estándares, me entiendes, y que al final del día el responsable igual es el gobierno. O sea, lo que hace el Estado cuando la consulta la realiza la empresa es delegar su responsabilidad en ella, pero el responsable es el Estado, me entiendes, no es la empresa, y esto los

gobiernos lo deben tener súper claro. De esta manera, por tanto, te obliga a estar fiscalizando, ya que después tú no le puedes echar la culpa a la empresa. Pero yo entiendo que hay un tema de realismo, claro de lucas, de la capacidad del Estado de estar en todo el territorio, hay cosa de realidad, pero en el sentido estricto es una responsabilidad del gobierno de hacer la consulta. Ahora, que en determinados casos la hace la empresa, bueno, la hará pero la responsabilidad es del gobierno.

9) Ahora, la definición de comunidad, ¿no sé si el gobierno lo tiene claro?. Existe claramente una normativa, ¿pero en la práctica?

R: No, yo creo sí. En esto se ha ido ampliando el concepto, más allá de la Ley Indígena hay una claridad en ese sentido de que es mucho más amplio que lo que dice esta Ley. Yo creo que ahí no hay mucho problema.

- **Es que en otros países ha habido problemas al respecto.**

R: Claro, es que ahí tienes otras realidades que en Chile no tienes. En Chile no tienes ese problema. El problema que puedes tener eventualmente en Chile tiene que ver en que por qué los que son indígenas van a tener derechos preferentes, pero eso no tiene que ver con quienes son considerados indígenas. Lo que tienes en Perú es un debate, en el fondo, de los que son considerados indígenas y las comunidades campesinas, pero es una realidad distinta.

El debate acá tiene que ver con por qué el parcelero tiene más o menos derechos que el mapuche que está al lado, pero no hay un debate sobre quienes son considerados indígenas.

10) ¿Puede haber un problema con la diferencia entre indígenas rurales y urbanos?

R: No, yo no creo que haya un problema legal.

- **¿Pero en la práctica?**

R: Sí. Ahora ha habido un par de procesos de consultas, creo que en Lo Prado, no me acuerdo bien, pero me parece que de Obras Públicas.

En la región Metropolitana la población indígena no ha tenido problemas en determinar a quienes consultar; pero sí, es un problema, que hasta ahora yo no he escuchado, pero que eventualmente puede existir con algunos proyectos, sobre todo, creo, en zonas urbanas.

Me parece que en Temuco la otra vez me dijeron. En Temuco, sabes, hay títulos de merced al interior de ésta, y creo que iban a hacer unos proyectos habitacionales, pero había gente indígena y no indígena, pero en sentido estricto sólo pueden consultar a la comunidad indígena.

No, yo no he escuchado problemas legales en este tema, el problema está en por qué a los no indígenas no los consultan. Esta cosa con que de repente sale la derecha diciendo que por qué hay ciudadanos de primera y segunda categoría, pero es un problema más bien político, no legal.

11) ¿Cuál cree usted que serían las medidas que las municipalidades podrían dictar y que podrían afectar a los pueblos indígenas?

R: O sea, el tema de las construcciones, las direcciones de obras municipales, los planos reguladores, esas son las dos cosas que se me ocurren así. ¿Qué más?. Los planos reguladores son fundamentales, sobre todo en municipalidades más rurales.

- **A nosotras nos llamó mucho la atención que cuando efectuaron la consulta ciudadana en la municipalidad de Santiago, por el cambio del nombre del cerro Santa Lucía (entre otras cosas) no hubo ninguna comunidad indígena que reclamara por qué no les hicieron una consulta previa.**

R: Bueno, eso es lo que te digo, que yo creo que las organizaciones están súper disgregadas.

12) Para finalizar, ¿tiene algo más que quiera agregar?

R: No, eso es todo más o menos.

Anexo N° 7: Entrevista a doña Ramona Reyes Painequeo⁶⁹⁷
Alcaldesa Ilustre Municipalidad de Paillaco.

Jueves 5 de Marzo de 2015, Santiago, Chile.

1)Cuál es el porcentaje y cantidad de población indígena en la comuna.

R: 3.150 habitantes, aproximadamente el 15 % de la población.

2) ¿El municipio tiene conocimiento sobre el convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT en Chile?

Sí, tenemos conocimiento.

3) ¿Que entienden -como municipio- por convenio 169 de la OIT y qué entienden por la consulta previa?

El convenio 169 fue ratificado por Chile, es un instrumento para que los pueblos indígenas de Chile defiendan sus derechos e intereses. Reconoce los derechos sobre la tierra y los recursos naturales y exige al Estado que consulte a los pueblos originarios cuando éstos puedan ser afectados.

El convenio establece mecanismos que garanticen la participación a través de las consultas adecuadas. El Estado debe valor el cumplimiento de este compromiso.

4) ¿Tienen conocimiento del reglamento existente en el país que regula el procedimiento de consulta previa?

⁶⁹⁷ Se hace presente al lector que este anexo fue producto de un cuestionario enviado a la Alcaldesa de la Ilustre Municipalidad de Paillaco, contestado vía correo electrónico a las memoritas.

No, no tenemos conocimiento.

- 5) Como municipio ¿aplican el convenio 169? ¿en qué áreas? ¿con qué frecuencia?**

Se consulta a las comunidades, pero no con la formalidad que establece el Convenio 169.

- 6) ¿Tienen casos en los cuales hayan tenido que aplicar algún procedimiento para dar cumplimiento al deber normativo de la consulta previa indígena? ¿En caso de no ser así, cuáles son los casos en que podría haberse aplicado?**

En educación hemos realizado consultas a nuestras comunidades, en el proceso de definir si instalábamos educación preescolar intercultural, así como en salud que tenemos una encargada de salud intercultural que surgió del planteamiento de las comunidades.

También deberíamos aplicar el convenio para las modificaciones al plano regulador y al Plan de Desarrollo Comunal, que iniciaremos este año.

- 7) Si existen casos en que hayan tenido que realizar un procedimiento de consulta previa, ¿qué normativa los ha regulado? (reglamento del ejecutivo, regulación especial del municipio, procedimientos ad-hoc).**

Sin normativa específica.

- 8) ¿Cuál piensa que sería la forma correcta de dar cumplimiento a la consulta previa en el ámbito municipal? ¿A través de la dictación de una ordenanza municipal, a través de la dictación de una ley o a través del reglamento existente**

en la actualidad? De elegir una opción, explicar por qué descartaría las otras y cuáles serían los motivos principales de la opción elegida.

Una ordenanza, porque permitiría establecer un mecanismo que considere el convenio y que compatibilice con la realidad de la Municipalidad de Paillaco. La ordenanza es un protocolo de cumplimiento formal, aprobado por el Concejo y que establece las formas y las sanciones a su no cumplimiento.

9) En la práctica, si respecto de alguna medida municipal debiesen aplicar la consulta previa ¿cómo piensan aplicarla? y ¿en qué casos esperan aplicarla? (ejemplos de algunos).

De acuerdo a lo manifestado, las modificaciones al Plano Regulador y el Plan de Desarrollo Comunal.

10) ¿Han hecho alguna consulta a CGR sobre este tema? De ser así, ¿cuál ha sido la respuesta de dicha entidad y cómo la han aplicado en la municipalidad?

No, hasta ahora.

11) ¿Desea agregar algún tipo de observación a lo ya expuesto?

Agradezco la invitación a participar. Ha sido una excelente oportunidad para ver como desde la perspectiva municipal, se puede contribuir al cumplimiento de este importante acuerdo internacional, que apoyamos totalmente y cuya aplicación iremos intensificando paulatinamente.

Anexo N° 8: Entrevista a don Lautaro Loncón Antileo

Coordinador Nacional de la Unidad Nacional de Consulta y Participación Indígena del
Ministerio de Desarrollo Social.

Con aportes de don Miguel Huaracán, asesor de la Unidad Nacional de Consulta y
Participación Indígena del Ministerio de Desarrollo Social, Gobierno de Chile.

Martes 10 de Marzo de 2015, Santiago, Chile.

1) (Sobre el procedimiento de consulta a nivel municipal y el Ministerio de Desarrollo Social del Gobierno de Chile).

R: Nos hemos abocado más al tema de consulta nacional y, en definitiva, todo lo que es el procedimiento de consulta está hoy día reglamentado en el Decreto 66. Precisamente, el Decreto 66 se refiere a las municipalidades como órganos autónomos y, en definitiva, en la medida que hagan el proceso de consulta tienen que aplicar el procedimiento que establece el 66.

Ahora, el 66 también establece las procedencias de consulta, en la cual órganos del Estado, si quieren adoptar una medida administrativa o legislativa que sea susceptible de afectar a los pueblos indígenas, facultativamente pueden solicitar a la Subsecretaría de Servicios Sociales que se pronuncien, a través de un informe (que se llama informe de procedencia) respecto de si procede una consulta en una determinada medida o no. Sobre eso, esta unidad, durante el transcurso del año 2014, por lo menos ha visto 3 informes de procedencia: 3 del 2014 y uno el 2015, que lo están analizando ahora recientemente, pero que tiene que ver, por ejemplo, con Angol, un plano regulador, en Pica igual, en Padre Las Casas, es un proyecto de abasto de agua.

- **Nosotros igual nos topamos con jurisprudencia de un proyecto de abasto de agua potable que la Corte sentenció favorablemente a favor de la**

comunidad que estaba reclamando un proceso de consulta, ¿podría ser el mismo?

R: No, ese era un proceso que estaba en la zona sur, no recuerdo si fue Valdivia u Osorno.

Entonces, obviamente que, en esas situaciones, ocurre que si las municipalidades deciden hacer consulta tienen que aplicar el procedimiento que establece el Decreto 66, con todas sus etapas y sus plazos; y por lo tanto tiene que hacerse efectivamente la consulta a todos los directamente afectados por la medida. En este caso, tengo entendido, en ese fallo, es que no se habría consultado a ciertas comunidades, a cierta entidad representativa del pueblo indígena, debiendo consultarse.

- **En el caso que mencionamos, la municipalidad se defendió por no haber realizado consulta, diciendo que los fondos no provenían de ellos, que no habían realizado ni el proyecto ni las bases, que todo provenía de la SUBDERE, que ellos sólo eran el ejecutor de las medidas, por lo que no tenían que desarrollar el proceso de consulta. Pero la Corte dijo que independientemente que los fondos provenían de la SUBDERE ellos igual debían haber procedido con la consulta en base que era el órgano que en sí mismo estaba ejecutando la medida.**

2) Pero don Lautaro, una consulta sobre lo que usted acaba de decir, referente a que las municipalidades tienen que sujetarse al Decreto Supremo 66 cuando tienen alguna medida susceptible de afectar a los pueblos indígenas para desarrollar el proceso de consulta previa. Ya que, la investigación realizada se desprende que ellas también podrían desarrollar procesos independientes, en base a los principios del Convenio 169.

R: Eso debiera ser de ese modo....Yo no conozco municipalidad que haya hecho un proceso de consulta independiente del Decreto 66. Normalmente acá llegan (las 4 que han llegado), precisamente porque tienen la duda de si requiere o no consulta, basándose en el reglamento. Ahora en caso de la municipalidad de Padre Las Casas, efectivamente nosotros emitimos un informe de procedencia en el cual se dice que se debe hacer consulta respecto a este asunto de abastecimiento de agua.

Y lo que se está analizando hoy (que es bastante interesante), es un cierre de colegios en comunidades mapuche en Temuco. Son colegios muy pequeños, la matrícula no supera más allá de 10 de alumnos; son 4 colegios que la municipalidad quiere cerrar temporalmente y que, en definitiva, esos colegios se cierran y se traslada a los niños para otro colegio, pero no dice cuáles colegios, ni dice si los van a llevar para Temuco (porque son comunidades aledañas a la localidad de Temuco). El asunto es que eso toca también con Decreto 40 del Ministerio de Educación, que señala que donde existe un porcentaje de alta población de alumnos indígenas, de más del 20%, es necesario la enseñanza de la lengua. Entonces, de estos, aunque sean poquitos alumnos, el máximo son diez, y dentro de los cuales 8 son mapuche, se enseña la lengua. Entonces, obviamente que ahí existe una afectación directa hacia los derechos de los pueblos indígenas. Y en definitiva, nosotros en la última reunión de procedencia acordamos que efectivamente íbamos a responder que debiera hacerse consulta respecto de ese cierre de colegios, porque habría una afectación directa y grave a los derechos de los pueblos indígenas, tomando en cuenta que si se les traslada a otro colegio estos niños podrían, eventualmente, perder este derecho de que se les enseñe la lengua materna en base a que ya no son un alto porcentaje de población indígena de esa escuela, sino más bien podrían llegar a ser de 1 o 2% , una minoría. Luego, experiencias de consulta de municipalidades, prácticamente en este momento no existen.

- **Esas cuatro que usted menciona, que estaban preguntando sobre la procedencia de si aplicar o no consulta en base al reglamento ¿eran?**

R: Exactamente, Padre Las Casas, Angol, Pica y Temuco.

Entonces, en el caso de Angol, por ejemplo, era un tema de cambio del plano regulador, en el cual abarcaba tierras que anteriormente habían sido pertenecientes a comunidades indígenas, pero que en este momento no existen habitantes ni personas pertenecientes a pueblos indígenas en esos terrenos que hoy día forman parte de lo que es el regimiento de Angol; entonces, obviamente que si se revisaba hacia atrás eran tierras comunitarias, eran tierras que incluso existía título de merced, pero, en este instante, y aledañamente a ese sector tampoco hay comunidades indígenas. Entonces, obviamente que en esa situación se resolvió que no procedía hacer consulta porque no estaba el sujeto pasivo de la consulta, que en este caso eran las organización indígenas; no podía, no había nadie a quien consultar, no hay en todo ese sector comunidades, organizaciones, o asociación de comunidades. Bien rara la situación, pero ocurría.

3) Y aparte de esos ejemplos que usted nos menciona, en el ámbito municipal ¿qué otras medidas podrían afectar a los pueblos indígenas, según su experiencia? ¿aparte de lo vivido acá?

R: Yo creo que en asuntos de las municipalidades, por ejemplo, los planes de desarrollo comunales (los PLADECO) son materias que debieran ser consultados, o por lo menos debieran hacer procesos participativos para su elaboración, puesto que en definitiva las comunidades indígenas, por ejemplo, Lumaco (que tiene un alto porcentaje de población indígena), Cholchol, Carahue, Alto Bio Bio, que son municipalidades que tienen una densidad poblacional muy alta de pueblos indígenas, debieran hacerse los procesos de consulta para determinarlos, y para que los propios pueblos indígenas puedan establecer sus propias prioridades de desarrollo, puesto que, en definitiva, aunque es un asunto meramente declarativo (este asunto de los PLADECO), en definitiva se planifica el desarrollo comunal que muchas veces

concuerdan sí, pero si hay una intencionalidad de focalizar un tipo de desarrollo, eso podría afectar derechos de los pueblos indígenas.

A nosotros nos tocó el año pasado analizar una procedencia de consulta que era de otra materia, que era de un asunto de la Zona de Interés Turístico (ZOIT), en donde habían personas del sector privado y del sector público que estaban pidiendo que la zona de Curacautín se declarará zona de interés turístico. Las ZOIT son netamente una declaración, se hace un acto administrativo en la cual se dice que esa zona va a tener un interés turístico, realmente turístico, y en función de eso se organiza todo lo que es PLADECO, las inversiones públicas, se mejoran los caminos, para promover el turismo en la zona. Y entonces, SERNATUR nos envió una procedencia de consulta y de la cual también esta unidad determinó que efectivamente debiera hacerse el proceso de consulta, puesto que afectaba el derecho de que los pueblos indígenas, de que las comunidades indígenas establecieran sus propias prioridades de desarrollo, puesto que nada te indica, en definitiva, que esos indígenas pudieran querer dedicarse a la actividad del turismo.

A lo mejor la actividad de turismo, por ejemplo, podría afectar incluso la cultura de los pueblos indígenas, porque en muchas comunidades, por ejemplo, el tema de la práctica religiosa es un asunto privado de la comunidad, entonces no puede estar expuesta. Incluso, por ejemplo, pueden presentarse atropellos a la religiosidad indígena, no sé, me imaginó yo que una machi está en transe, por ejemplo en un guillatún y aparezca un turista tomando fotos o grabando. Este es el tipo de cuestiones que efectivamente son afectaciones graves a la religiosidad indígena puesto que se entiende que los indígenas, lo que hace el pueblo mapuche no hace ese tipo de grabación, no he visto yo por lo menos una grabación, un video.

Miguel Huaracán: O el menoscabo directo al patrimonio cultural, como lo que pasa en Isla de Pascua, que es demasiada la saturación cuando hay temporada de turismo alto, entonces se ve expuesto, se vulneran mucho todos los lugares que cuesta tanto

conservar. El turismo puede ser beneficioso para el inversionista en turismo, pero para la comunidad, en este caso, puede ser negativo.

R: Entonces, lo que más se ve acá son prácticamente, otras medidas administrativas, algunas medidas legislativas, son los oficios de procedencia que están llegando, pero no hay otras materias hoy día que sean enviadas desde las municipalidades para determinar si procede o no procede consulta.

Ahora, este asunto, este mecanismo de activar las procedencias de consulta, también es facultativo. El Reglamento 66 tiene un conjunto de deficiencias que prácticamente lo hacen casi un asunto de buena voluntad. O sea, el órgano de oficio puede resolver hacer consulta, como puede resolver no hacer consulta; solamente en caso de duda puede enviar un oficio a la Subsecretaría de Servicios Sociales, y el informe que se emite de allá tampoco es vinculante para el órgano. No obstante de que, por ejemplo, la unidad le diga a un determinado órgano que hay una afectación respecto de los derechos de los pueblos indígenas, también queda a criterio y a facultad del órgano de llevar a delante la consulta o no. Entonces, esas son precisamente algunas de las deficiencias que tiene el Decreto 66 en términos de que no obliga a estos órganos.

Además de eso, tampoco deja un peso al presupuesto, o sea, se dice que se haga consulta pero sin plata ¿me entiende?. Entonces, nosotros por ejemplo, en este proceso de consulta que terminamos tuvimos esa dificultad, de que se quería hacer consulta pero el presupuesto para el 2014 no tenía ni un peso para consulta, entonces tú te encuentras con esa situación y después prácticamente tienes que hacer la pasada del sombrero para reunir los recursos suficientes para un proceso de consulta. Y los procesos de consulta verdaderamente son altísimos, estamos hablando de un proceso de consulta nacional bordea sobre los mil millones de pesos.

4) ¿Cómo cree que se las van a arreglar las municipalidades para poder costear estos procesos de consulta? ya que las mismas están obligadas por el Convenio.

R: Ese es un problema. Mira, el Decreto 66 funciona con una lógica que es propia de la derecha y de quienes tienen el control de este país. Política del embudo: ojalá que el menor número de materias fueran consultables. Entonces bajo esa lógica tú tienes incentivos de distintos factores, de distintos lados, para no realizar consulta, por eso es que tampoco hay recursos para que las municipalidades hagan las consultas propiamente tales, o sea, las municipalidades tienen veinte mil deudas (con los profesores, cuestiones previsionales, temas de calle, temas de cualquier cosa) y resulta de que no hay presupuesto, la municipalidad no tiene presupuesto para hacer consulta, no obstante que el Convenio lo obliga a realizar consultas cuando vaya a afectar los derechos de los pueblos indígenas, pero no se ha visto hasta este momento, por ejemplo, que una municipalidad te diga: "sabe que yo quería hacer consulta, pero no tenía plata".

Ponte un caso en que haya que hacer una consulta en Alto Bio Bio, un PLADECOS, y resulta de que judicializan ese asunto porque la municipalidad no hizo consulta, y la Corte pide informe y llegan con el informe y que la municipalidad diga "oiga, sabe que yo tenía todas las ganas de hacer consulta, pero con la poquita plata que tenía preferí comprar fardos y entregárselos, o preferí comprar alimentación y preferí entregárselos a los pehuenches cuando estaban en época de invierno". ¿Qué crees que va a resolver la Corte?. Le va a decir: "sabes tú que debes hacer nuevamente el PLADECOS". No sé, eso es hacer un poquitito de ficción, pero esa ficción te permite ver en qué situación prácticamente hoy día se encuentran los procesos de consulta.

5) Pero cómo Gobierno ¿ustedes no tienen algún tipo de plan a futuro para trabajar directamente con las municipalidades, para capacitar a los funcionarios, para ver el tema de los recursos en cuanto a la consulta?

R: Sí, mira. Otra de las deficiencias que tiene el Reglamento 66 es que es una dispersión de órganos que hacen la consulta. Hoy día por ejemplo, el órgano que

adopta la medida es el responsable de llevar adelante los procesos de consulta, y además de eso, de ponerse con las lucas para la consulta. Eso te genera una serie de problemas. Primero se genera un tema si hay cuatro órganos que adoptan una medida, ya que pueden haber cuatro criterios distintos para hacer la consulta.

Lo segundo, es que puede haber una sobre saturación de consultas hacia las comunidades indígenas, las comunidades indígenas no viven de consultas, el que va a una reunión de un día en una localidad, es el indígena que deja de trabajar la tierra, que deja de cuidar sus chivos, que deja de cuidar sus animales, que tiene que bajar a las cinco de la mañana para estar a las nueve de la mañana en el lugar de consulta, y si tú le tiras consulta tras consulta puedes hacer una sobresaturación de los procesos, de la participación de los indígenas; no van a querer generar, y más aún cuando los espacios son estrechos de cómo van a incidir en los asuntos, o como van a incidir en la medida propiamente tal, o sea, hay un desincentivo a los indígenas para participar.

Entonces, bajo esa lógica, es que el Decreto 66 te plantea este asunto de la dispersión en la consulta, la dispersión de criterios, no hay recursos, no dineros para la consulta, hoy en día nosotros estamos tratando de generar una agenda de consultas nacionales, y lo primero que empezamos a hacer es preguntarle a los ministerios: “a ver, dígame qué medida va a adoptar usted y que pudiera afectar los derechos de los pueblos indígenas durante el año 2015”, para poder hacernos un cuadro de cuantas son las consultas que habrían en término de regiones, en términos de país, y cuánto es la proyección económica que debiera necesitarse para poder abordar estas consultas.

Lo otro, es que también se entiende que debe centralizarse.

- **¿Como en Colombia?**

R: Claro, el modelo colombiano es un modelo que pudiera aplicarse en Chile, obviamente con sus adecuaciones que pudieran existir. Pero hay que generar un órgano de consulta, que tenga recursos para hacer consulta, que no siga manteniéndose en términos de decir “sabe cada ministerio genera”, sino, un

órgano que tenga un presupuesto, que pueda llevar a adelante estos procesos de consulta si son veinte, si son cinco, si son diez.

Y tercero, para poder planificar en el tiempo estas consultas, porque ya teníamos dos consultas del Ministerio de Pueblos Indígenas, o sea, del Ministerio de Desarrollo Social y del Ministerio de Cultura, y ya había una saturación, porque la gente de pronto no entendía cuál era una y cuál era la otra, así de simple, se confundían.

Entonces, por ejemplo, yo vivo en Santiago, pero soy de Temuco (precisamente de Traiguén) y mi señora es de Carahue, y yo me muevo por ese sector; entonces cuando yo voy donde mi suegro, voy a las comunidades, me vinculo con la gente de la comunidad, quienes me decían “pero si ya fuimos a una consulta y ahora tenemos que ir a otra y no sé de qué se trata”. Entonces estamos hablando de la gente común y corriente, de la gente de la comunidad, no estamos hablando de un tipo a través de twitter está diciendo está quedando la escoba o no sé qué cosa, entonces frente a esa situación tú tienes que actuar con realismo y tienes que decir “mira, esto es un problema”, porque si una persona, una comunidad, una organización, si no tiene claro que este ministerio de Cultura es una cosa y que este Ministerio de Pueblos Indígenas es otra, se confunde; y si la información, porque ese es otro tema, si la información no es la más adecuada, como ocurrió en el proceso de consulta, te queda la escoba. Y claro, tú dices, si claro, la información adecuada, sí, pero me faltaban las lucas, y estamos en un proceso donde prácticamente tu empiezas a hacerlo andar, pero no tienes el respaldo, digamos, estatal, como para sacar un proceso más o menos así como que deje conforme como al 99,9%.

6) ¿Qué tan importante también es el tema de que la consulta no sea vinculante?. Porque nosotras empezamos a buscar esta información y encontramos que una organización de Alcaldes mapuche estaba solicitando que sea vinculante, lo mismo que una empresa minera que pedía que la consulta fuera vinculante para darle mayor peso finalmente.

R: Mira, yo no sé hasta qué punto. Mira, primero no sé, nadie me ha dicho, desde el otro lado, que entienda por vinculante. Primero que todo, porque resulta de que si tú ves hoy -por ejemplo- en el Ministerio de Desarrollo Social, hicimos esta consulta del Consejo de Pueblos y el Ministerio de Pueblos Indígenas y se criticó bastante que el asunto no vaya a ser vinculante, pero hoy día, en la práctica, se suscribió un acuerdo, en qué condiciones se iba a desarrollar ese ministerio y el ejecutivo tiene que respetar ese acuerdo, y en base a eso se envió el proyecto de ley, o sea, se hacen las adecuaciones correspondiente a los proyectos de ley, y se envían al Congreso. Y si éste quiere modificar después el acuerdo (el proyecto de ley que se consensuó con los indígenas) tiene que hacer su consulta a ellos también. Entonces yo te pregunto ¿eso es vinculante o no es vinculante?. Porque eso es lo otro, que hay que tener en consideración, o sea, una cosa es, como se dice, lo teórico, y lo otro es la práctica de cómo tú vas generando estos acuerdos, por ejemplo para nosotros, para el Ministerio de Desarrollo Social, tiene súper claro que los acuerdos que se suscribieron son acuerdos que se respetan y que no se va a cambiar y bajo esa lógica se va a enviar el proyecto de ley.

7) Claro, pero en cuanto al tema de las municipalidades. Porque los Alcaldes van cambiando en unos cuantos años a otro, entonces es más complicado de repente.

R: Claro, en el caso de las municipalidades debiera ser más complicado, pero si tú lo asumes como órgano, como municipalidad, hay una continuidad del órgano. Yo creo que tiene que ver más cómo tú amarras los acuerdos, como negocias, finalmente.

8) Nosotras también vimos ese tema de la negociación, del dialogo intercultural, y pudimos observar también un tema de problemas con la responsabilidad que de repente tienen tanto indígenas como los funcionarios municipales (y los de

gobierno); primero los indígenas con sus líderes, problemas de representatividad.

R: Ahora, eso es un temazo, es un temazo porque en esta pasada que nosotros hicimos, de pronto se decía “¿sabes qué? Estos que están hoy día sentados en la consulta no son representativos”. Pero lo decía un peñi o un indígena que, si bien es cierto tiene llegada a la prensa y salida hacia fuera, detrás de él hay cuatro, y el que estaba sentado en la mesa tenía veinte, y tú te preguntas ¿quién es más representativo?

- **¿Pero cómo se sabe cuál es la representación de aquel que critica y no estuvo sentado en la mesa?**

R: Ah no, porque eso ve caso a caso, como se dice. Tú conoces a los actores, sabes de quién se trata y vas viendo; por la vía de los hechos tú sabes cuánto representa esa persona o que poder de convocatoria tiene.

- **Este tema de representatividad se ha dado tanto en la mesa de consenso, donde igual muchas organizaciones se bajaron y tuvieron problemas; como ahora en este proceso nuevo de consulta del Ministerio y del Consejo de Pueblos. El tema de representatividad, es un temazo como dice usted, respecto del cual los pueblos indígenas debiera mostrar mayor grado de madurez con el objeto de definir a sus representantes y que sean ellos quienes lleguen desde el principio al final de la negociación.**

R: Yo creo que hay una deficiencia importante.

9) ¿Y existe un plan del gobierno para poder apoyarlos, fortalecerlos?

R: Lo que pasa es que eso va con otro tema. Si tú generas un plan y los de las veredas del frente te van a decir “¿sabes lo que pasa? es que tú estás interviniendo comunidades para inducirlas”. Este es un tema de hartas aristas, por otro lado

tenemos al funcionario público, que hoy en día sabe un poco más que cero respecto de los derechos de los pueblos indígenas. Y estoy hablando de los funcionarios públicos de todo nivel, estamos hablando de funcionarios públicos de las municipalidades, de la intendencia de las gobernaciones, de las SEREMIAS, el nivel central, estamos hablando de los ministerios, estamos hablando transversalmente de una ignorancia y una falta de preparación respecto a los derechos de los pueblos indígenas de estos funcionarios. Entonces, cuando tú quieres hacer este proceso, o no se entiende, o sencillamente tienes que evangelizar, o sea tienes que salir a recorrer ministerio tras ministerio explicando cuáles son los derechos de los pueblos indígenas.

Nosotros, por ejemplo, hoy día tenemos un acuerdo suscrito con el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, para hacer capacitaciones a los funcionarios de este ministerio, el Ministerio de Desarrollo Social, respecto a los derechos de los pueblos indígenas, y dentro de todo eso yo pedí que estuviera Nash, y estuvieran otros abogados y académicos de prestigio que hicieran estas capacitaciones, que manejaran la temática, los derechos humanos y también los derechos de los pueblos indígenas. Y, posteriormente, queremos hacer extensivo esto a organizaciones, dirigentes, y organizaciones indígenas, porque hay una deficiencia.

Mira, la otra vez conversaba, y esto es en la confianza que se tiene de pronto en estos diálogos, que hay un problema estructural del Convenio, porque invita a la organización representativa de los pueblos indígenas prácticamente, en materia legislativa, a colegislar, y resulta que los indígenas no hacen de la colegislación su actividad habitual ¿me entiendes?

Entonces ¿qué hace el peñi cuando nosotros le llevamos información? por muy bonita que sea la carpeta, y le entregues todos los documentos, escucha y se va para la casa, y no agarra la carpetita hasta cuando venga la segunda reunión, y trae la carpetita pero tampoco revisó los documentos; o algunos, por ejemplo, los revisaron, pero con las deficiencias que pueda tener cuando uno está dedicado a otras cosas...

pero si imagínate que para estos temas tú tienes que estar todos los días vinculado a la temática de los derechos de los pueblos indígenas, y discutir y dialogar, y deliberar con otros grupos, con otras personas para poder ir planificando las cosas, pero en la comunidad no está ocurriendo eso.

Entonces, el Convenio lo que hace es que le dice a todo el conjunto de autoridades tradicionales, a dirigentes y otros actores: dialoguen y legislen. Y hay una asimetría de esta brecha, entre lo que es el Estado y lo que son los pueblos indígenas. Entonces tú dices ¿cómo superar esa brecha? Porque con un curso no lo vas a hacer; o sea, quizás, y esa es la idea también, por ejemplo, de los Consejos de Pueblos, si tuviéramos a personas dedicadas permanentemente a deliberar y dialogar conforme a los derechos de los pueblos indígenas, cuando tú le presentas un proyecto de ley de biodiversidad lo más probable es que va a tratar el asunto y va a poder intervenir en esa medida o generar propuestas para la medida.

Y lo otro que se ve, es que también en el gobierno, en el Estado, no todos están con la camiseta puesta por los derechos de los pueblos indígenas. Si ese es un asunto real. O sea, nosotros aquí lidiamos todas las semanas con gente que no quiere hacer consulta, y cuando nos reunimos para analizar las procedencias de consulta salen las posiciones de los ministerios. Entonces, te dan por aquí, te dan por acá, la idea es sacar el mínimo de consultas ¿por qué? porque el proceso es caro, no hay plata, no están capacitados, no quieren exponerse al escrutinio público, como ministerio, o sea, no tienen nada, pero absolutamente nada que le otorgue utilidades.

10) En nuestro trabajo concluimos que en realidad el ejercicio de la consulta previa es un ejercicio avanzado de democracia, es como una muestra avanzada de lo que podría darse con el resto de la población en el futuro, de lo que ellos esperarían también de que se les puede consultar respecto a todas las medidas. En ese sentido, ¿cree que la organización del Estado actualmente está o no hecha para soportar este tipo de ejercicio democrático? ¿Y que por ello se han

planteado las reformas para una nueva constitución, o las medidas del informe de descentralización?

R: Yo creo que, por lo menos, este gobierno lo que pretende es generar las bases para ir desarrollando esto. El mismo hecho de que se quiere centralizar la consulta, se quiere colocar recursos, se quiere, ponte tú, generar estos consejos que son de pueblos para generar, por lo menos, debate respecto a las medidas legislativas, tienen ese sentido. De cómo implementar este asunto de la consulta, porque a nivel latinoamericano no hay una respuesta, son todos ensayos y errores, y a algunos le ha ido mejor y a otros les ha ido peor. Colombia, por ejemplo, no tiene un reglamento de consulta, lo ha hecho por la vía jurisprudencial, en este caso la Corte Constitucional colombiana ha estado dando las directrices de cómo hacer la consulta, pero es una experiencia. En otros países se ha querido regir por ley, como en Perú, Chile por un decreto, y así, y el Decreto hoy en día en Chile no está consolidado porque derechamente va a cambiar.

11) Claro, está el anuncio que se hizo hace poco de que se iba a derogar el Decreto y van a empezar a trabajar nuevamente en algo que regule la consulta. Pero ¿va enfocado a una ley o un nuevo reglamento?

R: A generar eso, a generar un órgano centralizado de consulta, mediante un decreto supremo.

▪ **¿Y una ley no asegura más presupuesto?**

R: Depende, eso tiene otras variables que podrían intervenir en el tema del presupuesto. Pero desde el punto de vista de cómo tú generas un proceso que garantice los derechos, yo pienso que un decreto podría dar el ancho para eso, ¿me entiendes? porque en definitiva lo que se pretende ahí es hacer una consulta diferenciada, o sea, no es lo mismo una consulta de una medida administrativa a nivel general, que una consulta que se tiene que hacer en un

proyecto de inversión, en donde los niveles de control que deben tener las comunidades respecto a los proyectos de inversión tienen que ser mucho más concretos y precisos, porque tienes que hacerle seguimiento, tienes que hacerle seguimiento a los cumplimientos de los compromisos, porque tienes que cautelar que si se modifica el proyecto se debe también consultar, hay materias que hoy día en Chile no se abordan, por ejemplo, la participación de los indígenas en los beneficios que generan los proyectos de inversión es una discusión que no la han dado ni los indígenas ni el Estado, los empresarios sí.

▪ **¿Y el proyecto de ley de asociatividad?**

R: El proyecto de asociatividad... yo creo que hay un paso importante, pero no están los indígenas.

▪ **¿No están representados?**

R: Hay un bosquejo de proyecto de ley, pero hoy en día no se sabe mucho de eso. Pero resulta que el asunto de la participación de los pueblos indígenas en los proyectos de inversión es una discusión que tienen que dar los propios indígenas, porque hay materias que son complejas de tratar desde el punto de vista indígena.

Por ejemplo, yo me refiero sólo al caso de los mapuche (que es la cultura a la cual yo pertenezco, que yo conozco) si tú intervienes un río, bajo la concepción de los mapuche el río tiene newen, tiene fuerza, tiene ñenco, y quieren colocar una central ahí, los indígenas pueden decir sí, pueden decir no, de acuerdo si otorgan o no el consentimiento, pero si dicen que sí en el fondo ¿cómo lo abordan desde el punto de vista de la participación de los beneficios? ¿me entiendes? porque resulta de que es como transar, desde la concepción indígena este asunto de las fuerzas de la naturaleza, es tan fuerte que es como transar tu consciencia, en el fondo, decir “cuánta plata quiero yo para que el ñenco quede estancado ahí”, ¿me entiendes? entonces muchos indígenas

probablemente no van a estar de acuerdo con eso; y además de eso, porque para la concepción indígena los ríos tienen que fluir, generar las energías, todo un asunto, pero si dijeras que sí, va a generar un conflicto ético, moral, religioso que unos van a estar de acuerdo y otros que no, entonces esa discusión, o sea, hasta qué punto los indígenas van a decir que sí respecto a los proyectos de inversión ¿Cómo van a participar? van a decir “ya, de acuerdo, no importa que el ñenco quede estancado, yo me lo voy a imaginar dándose vueltas en un raudal, pero con esa platita vamos a mejorar la escuela”.

Es como los problemas morales que le ocurren, no sé, a alguna gente en las dictaduras militares, por ejemplo, cuando tienes familiares de detenidos desaparecidos, cuando no aceptan la indemnización que paga el Estado, y si lo aceptan entonces dicen “chuta, esta era la vida de mi familiar”, ¿me entiendes?. Entonces, en el caso indígena es su cultura, es su religión, es su concepción ética. Es un asunto fuerte, es un asunto difícil de resolver. Pero hay proyectos por aquí, por allá, por todos lados, entonces hay que tomar la decisión en algún momento.

12) Y respecto al tema de la participación indígena, ¿el Gobierno ha visto, ha visualizado a futuro fortalecerla? Porque todo el tema de consulta, creemos que se podría suavizar, en cuanto a conflictos o críticas que han surgido hasta el momento, con una participación más activa de los pueblos indígenas, ya que, si desde antes participan, desde antes de que se planifiquen las medidas, se va configurando un Chile entre wincas e indígenas, de la mano, lo que permitiría -quizás- que las futuras consultas, con una participación previa de los pueblos indígenas, sean más fáciles en cuanto a entendimiento, no tan costosas, no tan dificultosas. En ese sentido, ¿hay algún plan de Gobierno que intente fomentar la participación?

R: Se trata de generar distintas formas de participación. De hecho, por ejemplo, el tema de la ley de cuotas que hizo el anuncio el Ministro de Interior va a, por lo menos, en ese sentido, otorgar participación en el parlamento. Ahora, respecto a los proyectos de consulta, por ejemplo, el reglamento no nos exige formar comisiones de seguimiento, y a partir de este proceso de consulta se formaron a petición de los pueblos indígenas, las cuales van a funcionar al alero de los procesos legislativos de estos dos ministerios. Entonces la idea es ir vinculándolo, y claro, son medidas que son un tanto paliativas pero debiera abordarse un poco más a fondo el tema de la participación indígena más allá de la consulta.

Yo creo que la ley de cuotas podría permitir esto de la participación indígena en el parlamento, la creación de los consejos, consejos por pueblos y consejo nacional, el cual tiene por objeto, en definitiva, acrecentar los niveles de participación en la toma de decisiones del Estado propiamente tal, y esas son medidas concretas que al término del gobierno se entiende que van a quedarse instaladas.

Obviamente, nosotros estamos claro, por lo menos los que estamos aquí en esta unidad, de que no vamos a resolver quinientos años de historia, pero sí creemos en que podemos colocar las primeras piedras para que los pueblos indígenas puedan participar. A lo mejor no todos estarán conformes, de hecho conozco gente que tiene otros proyectos políticos respecto del mundo indígena, pero esta es la respuesta del Estado hacia las demandas de los indígenas, o sea, eso no quita que los pueblos indígenas no tengan sus propias demandas y presionen por su propia demanda, pero en este momento esta es la respuesta del Estado, o como el Estado da respuesta a las demandas de participación de los indígenas.

Yo creo que los consejos van a hacer una cosa importante para los pueblos indígenas, para generar participación en la toma de decisiones, y eso tiene que sumar con otras medidas igual, a nivel regional, por ejemplo, a nivel nacional. A nivel local debieran también las municipalidades generarse algún mecanismo de participación mucho más

activa de los pueblos indígenas de manera diferenciada, porque hoy día, por ejemplo, hay Alcaldes que son indígenas, pero juegan en las reglas comunes, y no en las reglas especiales que debieran tener los indígenas para poder estar debidamente representados en la municipalidad. Entonces, creo yo, que son materias que están pendientes, y ahí también hay mucho trabajo para las propias organizaciones indígenas, para los líderes indígenas, de poder visualizar, por lo menos hoy día desde el mundo indígena no existe un proyecto político común

- **¿Quizás eso sea complicado porque son varios pueblos los que están en Chile?**

R: Pero en particular, con un pueblo. Por ejemplo, si tú dices los mapuche.

- **¿Sabemos que hay un proyecto de un partido político?**

R: Está el Wallmapuwen, está el Consejo de Todas las Tierras, está la Coordinadora Arauco-Malleco, está la Alianza Territorial. Por lo menos hay cinco cosas distintas...y como yo siempre digo, a veces coinciden en el concepto pero no en el contenido ¿Por qué? porque, por ejemplo, en temas de autonomía y autodeterminación que plantea el Consejo de Todas las Tierras no es lo mismo que la autodeterminación que entiende la Coordinadora Arauco-Malleco, no es lo mismo que lo que entiende la gente de las alianzas territoriales, no es lo mismo que lo que entiende la alianza territorial que lo que entiende el Lonco Catrillanca. Y si tú lo ves, no hay acuerdo entonces sobre contenido, porque desde el punto de vista del concepto habría cierto acuerdo, pero sino compartes un mínimo común respecto de cuál es el alcance ¿cuál es el contenido que va a tener ese derecho? te estancas, te quedas en el discurso, entonces por eso que no se avanza, y eso no es sólo respecto de ese tema; en temas de desarrollo, por ejemplo, en temas de participación, hay una serie de alternativas, yo diría un “poco mucho” de alternativas que existen para poder plantearlas, y eso dificulta para los pueblos indígenas (en este caso para los mapuche) y también para el Estado, porque siempre estas conversando con

distintos actores que entienden las cosas de distintas maneras, entonces lo que tú acuerdas aquí el otro no está de acuerdo, el otro tampoco.

- Miguel Huaracán: Ese tipo de participación, si es vulnerable y si es escasa a nivel interno de las propias organizaciones indígenas, que en un momento tienen mucho arraigo y en otras veces están como disminuidas. Imagínate lo que es la participación de los indígenas con el Estado, es una desconfianza pero enorme, de las personas común y corrientes ciudadanos indígenas respecto al Estado. ¿Cuántos votarán en la elección de los consejeros de la CONADI? No sé si tú has visto esa situación, cuando es un llamado nacional, que todos los que tienen calidad indígena pueden participar en la elecciones de los consejeros, es la única institución que tiene una participación de la población dentro del Consejo Directivo, donde deciden el quehacer de la CONADI, pero ¿cuántos votarán?.

- **Es similar a lo que sucede de la gente no indígena respecto de las votaciones a las que no asisten.**

Miguel Huaracán: Claro, en la última votación ¿cuántos participaron a nivel del país? Un cuarenta y tantos por ciento. Cuando se convoca a los indígenas del país a participar en estos representantes, muchos menos.

13) ¿Pero es un tema indígena o un tema de la democracia? ¿De como ella se ha planteado en nuestro país?

Miguel Huaracán: Es que ese es el punto. Primero tiene que ver con la desconfianza, por ejemplo, de una persona indígena de una población de Santiago ¿qué le va a solucionar el consejero urbano que está puesto ahí? La CONADI ya es una institución que en su época, quizás, respondía en algo a las expectativas, en este minuto no va a resolver los temas cotidianos del poblador mapuche que está en Santiago, Concepción, Temuco, ni tampoco al comunero que vive todavía en San Pedro de

Atacama, los Aymaras, los Mapuche, qué se yo. Entonces lo ven como una cuestión bien lejana, además, están todos los siglos de desconfianza en que cada vez que participaron con el Estado salieron perdiendo. Entonces es una situación súper complicada. A nosotros nos afectó, bueno nosotros sabíamos de esta situación, porque nosotros estamos en el tema de derecho indígena hace mucho tiempo y sabemos que es así, pero para hacer el despliegue en este proceso de consulta sabíamos que esta situación había que abordarla, y tener los protocolos de la interculturalidad absolutamente desplegados para poder tener esa llegada con las personas que acudieron a participar en ese llamado a debatir estos temas, pero queda mucho todavía por recorrer.

Quizás los municipios (ahora que estamos hablando del tema municipal), sean los más adecuados para empezar a hacer esto como una situación más cotidiana, porque hay municipios que son absolutamente indígenas, en que su territorio hay habitantes arriba del 50% de población indígena, en el norte, en el sur. Entonces, cualquier cosa que ellos hagan va a afectar a la población indígena del lugar (del pueblo que se trate), porque su situación es ser como la ventanilla más próxima a las comunidades y a los ciudadanos indígenas, desgraciadamente en estas entidades no están incorporadas en todo el procedimiento que debería ser, pero yo creo que son los que están más vinculados cotidianamente con los ciudadanos y por ese lado también empezar a hacer la canalización de la participación.

Porque está bien, se va a crear el Consejo de Pueblos Indígenas, que supera ampliamente lo que es en este minuto los 8 consejeros de CONADI, que están empatados con los consejeros institucionales, entonces ellos van a tener su propio ámbito de resolución de temas, y por pueblo, donde ellos van a poder tener esa voz, frente al Estado en referencia de lo que se vean afectados, y a representar los intereses de su pueblo respectivamente. Entonces son temas que están inicialmente desarrollándose y con todas las razones, argumentos, fundamentos de lo que significa esta gran separación del Estado con los pueblos indígenas, y la desconfianza que

hay, es terrible. Ahí tuvimos que estar haciendo esa vinculación, transmitiendo la información, manifestando la transparencia que tenía este proceso en referencia a lo que se iba a debatir, era tal cual lo que se iba a debatir, no habían temas entre medio ni otras cosas, y así de a poco, en que cada uno de los meses que pasaron y la participación que hicieron, y la metodología que se utilizó, en el protocolo de interculturalidad desplegados es lo que se pudo llegar a resolver de cierta medida esa situación.

R: Ese es el proceso, no es un tema fácil. Es un tema que hay que tener convicciones.

14) Entonces, querer trabajar en el tema y afrontar todo lo que eso conlleva, incluye las desconfianzas de siglos que los pueblos indígenas...

R: Y que son legítimas, y que son también desconfianzas entre pueblos. Yo te digo, nosotros, por ejemplo, nos desayunamos en la consulta nacional, porque ahí se dio una dinámica, que hay un trabajo para sociólogos, para antropólogos y para todos, y para científicos políticos.

Miguel Huaracán: La estrategia de como enfrentaban los pueblos más pequeños al pueblo mapuche, que están acostumbrados... pasan, arrasan. Primero ellos dijeron que "si está ésta metodología nosotros no estamos en condiciones de asistir", que es la metodología de comisiones: "si ustedes hacen comisiones los mapuche van a estar en todas las comisiones y a nosotros nos aplastan". Nosotros tuvimos que hacer una metodología de tal manera que diera garantía en esas circunstancias, y cuando estuvimos ahí en la reunión vimos como se desplegaba la estrategia de ellos también en referencia de poder detener esa situación de que no pasara un pueblo por encima de otro.

R: Y los mapuche dicen "somos el 87% del total de indígenas", escuchen la voz mapuche. Y resulta que cómo tú, por otro lado, dices no, pero si los Rapa Nui son cero

como cuarenta y tanto por ciento, o sea, tiene que haber una forma de equipararlos. Ahora, son todos pueblos, aunque sean 10, es un pueblo, y los pueblos tienen los mismos derechos, y entonces ahí tú ves que los mapuche de repente se las llevan todas, o sea, nosotros somos todos mapuche los que estamos acá, pero verdaderamente nos dimos cuenta que los mapuche somos una máquina, aplastan, de verdad, avanzan ...y pasan y pasan y pasan, y los otros pueblos chicos tienen que de alguna forma contrarrestar eso, entonces claro ellos igual hoy día desplegaron su mecanismo de alianzas, incluso los Kawésqar se unieron con los otros pueblos. Primero los Kawésqar estuvieron negociando con los mapuche, después se salieron porque se dieron cuenta de que los mapuche los iban a aplastar y se fueron a negociar con los pueblos extremos, algo así se llamaron, entonces dijeron que “no, nosotros somos pueblos de zonas extremas, por lo tanto tenemos que tener una representación distinta”, y bajo esa lógica fueron quitando espacio.

Miguel Huaracán: Claro, estaban los factores, que el factor población no fuera sino que fuera el territorio. Claro, en donde poder empatar la situación. Incluso entre el mismo pueblo mapuche hay una diferenciación entre los huilliches y los mapuche.

R: Mira en la Isla de Rapa Nui, la gente de Rapa Nui, con mucha razón decía “¿y para qué queremos nosotros un Ministerio? ¿Para qué queremos una Subsecretaría? ¿Usted cree que un Rapa Nui va a ser subsecretario? Si va a ser un mapuche o un aymara, si así ha sido siempre”, y tú dices tienen razón, y tienes que buscar un mecanismo. De hecho, hoy día nosotros planteamos una oficina especial vinculada directamente a la subsecretaría para el pueblo Rapa Nui en la isla, porque si hay una SEREMI en Valparaíso ¿de qué le sirve la SEREMI en Valparaíso a los Rapa Nui?

Miguel Huaracán: El tema de los indígenas urbanos que tienen otro interés, otras demandas, pero ahí se contraponía la gente de la delegación metropolitana, tuvieron ahí una situación también enfrentada con el resto de los mapuche de las otras regiones, digna de ver, una cuestión que fue impresionante.

R: finalmente los mapuche de la zona sur pasaron la máquina por sobre los de la región metropolitana.

- **Igual es increíble porque por porcentaje la población indígena urbana es mayor que la rural.**

R: Ese fue el discurso que dijo Melinao y no le fue nada de bien.

15) ¿Pero el Gobierno tiene alguna política distinta respecto a los indígenas urbanos versus los indígenas rurales?

R: Bueno, la verdad es que nosotros tuvimos que generar un mecanismo distinto para poder trabajar con ellos, pero normalmente desde el Estado se les ve como “pueblo”, y que esa debiera ser la visión. O sea, yo creo que debiéramos abordarlos desde el punto de vista de “pueblos indígenas”, o sea, los mapuche, estén en la urbanidad o estén en el mundo rural, pertenecen a un mismo pueblo, tienen los mismos derechos y, por lo tanto, debieran esos derechos implementarse por lo menos a todos por igual. Pero no es la visión que tienen los indígenas, porque los indígenas hacen la separación, e incluso, hay una separación hoy día entre los mapuche y los mapuche-huilliche, y es fuerte, los mapuche-huilliche, de las zonas de Valdivia hacia abajo, hicieron su propio frente de negociación, y estamos hablando de gente que venía de las comunidades, gente que se conoció ahí que eran huilliche, y bueno, algunos dirigentes que son históricos. La zona huilliche trajo puros dirigentes, trajo los casecaos.

Miguel Huaracán: Es que la estructura huilliche está en base a los casecaos , entonces tienen territorios súper bien definidos, con estructura jerárquica al interior de ellos. Entonces ellos son más compactos en ese sentido, y por eso pudieron hacer las interlocuciones al interior del pueblo mapuche.

16) Volviendo al tema del Decreto. Ratificando la información, usted me dijo que el Decreto 66 ¿va a entrar en un posible proceso de derogación?

R: De revisión y una revisión puede terminar en algo distinto, no te olvides de que el 169 nace precisamente de la revisión del 107.

17) Correcto. Una revisión del 66 que posiblemente siga siendo un decreto. O sea, vamos a dejar a las municipalidades en este ámbito en el mismo lugar que están ahora, o sea, con la autonomía que ostentan podrían desarrollar procesos de consulta de forma independiente a lo que establece el reglamento.

R: Sí, en esa lógica sí. No está definido.

- **Pero ¿es una de las opciones que hay?**

R: Sí.

18) Hablamos también de las falencias que tiene el 66, entre esas falencias, ¿usted qué opina de la susceptibilidad de afectación directa que se establece en el Decreto 66? respecto de la que muchos autores dicen que restringe lo que el Convenio 169 establece.

R: Lógico que lo restringe. Nosotros aquí, por ejemplo, en términos de procedencia de consulta no estamos aplicando el Decreto 66 bajo esa figura de que sea afectación específica y todas las cosas administrativistas que le colocó Piñera. Nosotros estamos aplicando el Convenio 169 de afectación directa, si hay afectación directa es consulta

19) ¿Afectación o susceptibilidad de afectación directa?

R: Que sea susceptible de afectar directamente. Y lo susceptible es que haya humo blanco que pueda afectar ¿me entiendes? no es que esté demostrado científicamente.

Entonces, en este caso, estamos hablando que cuando revisamos las procedencias de consultas vemos si la medida es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. Si es susceptible, o sea, si nosotros creemos, o por lo menos de los antecedentes que nos acompañan, que esté en tierra indígena, que esté cercano a tierra indígena, que...no sé, que antiguamente se hacían lugares ceremoniales, o qué sé yo, decimos que procede consulta.

Primero vemos si es medida administrativa o legislativa, luego vemos si es susceptible de afectar directa o indirectamente a los pueblos indígenas, de ahí damos el corte de si procede consulta o no, estos que te digo son los criterios básicos para ver si procede consulta. Entonces, decimos “Si es verdad, conforme al 66 establece la procedencia de consulta, que dado los antecedentes que...” y luego “conforme al Convenio 169 que establece que debe ser susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas, es que esta subsecretaría resuelve ...”, pero la norma decisoria es el Convenio 169, lo que le da fundamento a ese acto administrativo de las procedencias es el 66, tenemos que aplicarlo, por principio de legalidad, no podemos dejarlo fuera.

Entonces, y eso también es un tema que se discutió en su momento acá en esta unidad, con la fiscalía y con otros actores, si había que aplicar o no había que aplicar el Decreto 66 para el proceso de consulta, y resulta que se decidió que sí había que aplicarlo, porque si tú no lo aplicabas era norma vigente y cualquiera te podría impugnar por falta de legalidad.

Al poco andar, tú sabes que el Decreto 66 seguiría a mitad de camino, en octubre, se propuso incluso derogarlo, hasta que los consejeros dijeron “haber, haber, paren el asunto, si usted quiere derogar primero nos tiene que consultar a los pueblos indígenas”. Entonces era como un zapato chino, nadie entendía nada, o sea, chuta, teníamos un montón de gente diciéndote hay que derogarlo, el Estado está diciendo “mira, podemos hacerlo”, se le consulta al Consejo de la CONADI y el consejo te dice “no, sabe lo que pasa es que si van a derogar el Decreto 66 ustedes consulten, antes

no puede hacer nada”. Entonces tú dices “ya, ya”. Hay que marcar el camino finalmente.

Miguel Huaracán: Son cuatro años de gobierno no más.

20) ¿Cómo usted ve la consulta previa de aquí a 5 años más? ¿Cuál es el futuro que ustedes ven?

Miguel Huaracán: Como yo te decía, esto recién empieza ahora. Si bien la mesa de consenso fue una apuesta, nosotros después revisamos ese proceso y hay muchas situaciones, desde el Estado, que fueron errores importantes de como se llevaron a cabo, finalmente a debatir una situación importante, en términos metodológicos precarios y estratégicos también.

Y en ese sentido, de aquí a 5 años, si uno piensa... estos procesos ya se han iniciado con la creación de las dos medidas legislativas, más la de Cultura, hay que hacer un análisis de ver como se mejoran. Yo creo que son temas iniciales, temas iniciales que nos tenemos que apoyar mucho ahí con todos los temas de descentralización, temas de ese estilo que también están considerados en el proceso de consulta. Y el gran tema aquí ahora es la interculturalidad, el protocolo con que tú vas a hacer, las conversaciones con los diferentes pueblos indígenas, porque son 9 pueblos y 2 ó 3 tienen protocolos súper estructurados de cómo hacer las conversaciones y hay que tener conocimiento, entonces, hay una necesidad interna, desde el Estado, de capacitación, de formar personas, de formar técnicos; después, de colocar la variable de la interculturalidad a nivel de los ministerios, porque ellos van a hacer los sectores que posiblemente van a desarrollar los procesos.

Pero hay mucho tema que hacer, interno (dentro del Estado), y después abatir confianza, relacionarnos y evaluar los procesos que se están haciendo. O sea, al proceso de la consulta hay que hacerle una sistematización detentada en las lecciones

aprendidas, para ir recuperando lo óptimo que pudo haber sido, y mejorar los errores que se cometieron, porque hubo un despliegue a nivel nacional, entonces de todos lados podemos tener antecedentes. Entonces de aquí a 5 años hay que hacer todas esas cosas.

R: Ahora yo creo que de aquí a 5 años va haber institucionalidad para los procedimientos de consulta. Yo espero que sea mejor que el sistema colombiano, o sea, que haya una agencia de consulta, que hayan presupuestos para consulta, que hayan órganos, por ejemplo, de participación de los pueblos indígenas (van estar creados los consejos por pueblos), que haya diferenciación entre mecanismos de consulta de medidas generales y medidas específicas como son los proyectos de inversión (que no tienen que hacerse de la misma forma de consulta).

La idea nuestra, en este caso, es levantar una institucionalidad, es dejar una institucionalidad para que el derecho de consulta de los pueblos indígenas esté garantizado y no tengamos, hoy día procedimientos en el aire, porque hoy en día tenemos procedimientos en el aire, sin presupuesto y sin órgano. Hoy día, por ejemplo, yo soy coordinador nacional de consulta indígena del Ministerio de Desarrollo Social, pero es un asunto que se creó.... yo llegue en junio y se creó en agosto, antes no había nada. Y además de eso, implica también para los buenos procesos de consulta capacitar a los funcionarios públicos y nosotros vamos en esa dirección, creemos que estamos haciendo las cosas por un camino correcto, de modo que estamos planteando una nueva institucionalidad, descentralizar los procesos, además de eso, capacitación para los funcionarios públicos. Todo esto tiene que ir en torno a consolidar este derecho de consulta que hoy en día prácticamente era la bola de fuego que nadie la quería agarrar y finalmente nosotros dijimos nosotros la tomamos y jugamos con esa bola de fuego.

Pero es un desafío, los desafíos son importantes para la vida, así que, nosotros esperamos que de aquí a 5 años, durante la duración de este gobierno, dejemos la

institucionalidad andando en materia de consulta, y también una institucionalidad, por ejemplo, para la mejor implementación del Convenio 169. El Ministerio de Pueblos Indígenas va a tener precisamente eso, buscar la forma de ir implementando el Convenio y además de eso, de hacer seguimiento de como lo están implementando los demás órganos del Estado, hoy día no existe eso, hoy día la CONADI no da abasto frente a esas cosas.

Estamos en materia indígena en un ministerio prestado, porque este ministerio no se dedica a temas indígenas solamente, entonces, obviamente que no hay un seguimiento, por ejemplo, de implementación del Convenio 169, porque nadie está planteando un programa para implementarlo, si tú me dices hoy día “¿cuál es la política del gobierno?” Yo empiezo a mirar para el lado porque no tengo claro, o sea, sé que hay intenciones, sé que hay voluntad política de llevarlo a cabo, pero no hay un organismo que te diga: “mira, en 4 años aquí vamos a estar, estas son las directrices, estos son los programas, estos son los planes que vamos a establecer para implementar los derechos de los pueblos indígenas”.

Miguel Huaracán: ¿Cuánto se demoró la externalización de la variable de género, por ejemplo, en las políticas públicas hasta la creación del Ministerio? Entonces, es de a poco para ir colocando la situación, y con todo lo que significa el tema de la temática indígena dentro de este país.

R: Y como yo te digo, aquí, trabajar en el gobierno en la temática indígena es transformarse en un predicador. Nosotros hemos hecho ese camino: llegamos acá y nos fuimos ministerio tras ministerio, subsecretaria tras subsecretaria, reuniones tras reuniones, diciendo lo importante que es para la democracia, para los derechos, para la democracia y la estabilidad política, implementar el Convenio 169 y el proceso de consulta. Las procedencias de consulta tuvimos que empezar a decir :“sabe que, estas son medidas administrativas, estas son legislativas, si usted quiere adoptar esto entonces puede por sí mismo decir que procede la consulta, o sino, envíenos una

nota a la subsecretaria y nosotros se la vamos a resolver, vamos a prestar asistencia técnica”, o sea, prácticamente prometiéndole a los propios ministerios todo lo que podíamos hacer por ellos para poder sacarle adelante los procesos de consulta, porque todos los ministerios ven esta cosa como una bola de fuego, nadie la quiere tomar porque es un asunto candente, imagínate un ministerio que haga una consulta se expone a la crítica indígena, nacional e internacional, de como lo está haciendo.

Y verdaderamente, desde los actores indígenas que debieran ser aporte sustantivo de esta cosa, se van en la pura crítica. Uno puede entender, ponte tú, que el dirigente de la comunidad tenga una postura dura y que en definitiva sea de la crítica; pero si tú ves a profesionales indígenas que solamente también se van en la crítica y no dicen “mira, sabe que, esta cuestión debiera ir por aquí”, dar luces de por dónde ir, o sea, yo creo que no puede estar en esa misma situación. Entonces, hay actores indígenas que ven este proceso, nosotros los hemos visto por ejemplo, de que más que ser aporte son un obstaculizador. Y al final, la primera vez lo estas tomando con cierta seriedad, pero al final terminas por diciendo “ya mira, este se sumó a la crítica, no va para otro lado”. Entonces, y se avanza poco, de verdad que se avanza poco, y nosotros como unidad hacemos los esfuerzos y nosotros somos pocos, no somos muchos, somos 6 personas que sostuvimos la consulta a nivel nacional.

Anexo N° 9: Funciones municipales y algunas medidas que las exteriorizan.

Tipo de Función	Descripción de la Función	Ejemplos	Medida que la exterioriza
Privativa	Elaborar, aprobar y modificar el plan comunal de desarrollo cuya aplicación deberá armonizar con los planes regionales y nacionales.	<ul style="list-style-type: none"> • Aprobación o Modificación del Plan de Desarrollo Comunal (o PLADECO). 	Decreto
Privativa	La planificación y regulación de la comuna y la confección del plan regulador comunal, de acuerdo con las normas legales vigentes.	<ul style="list-style-type: none"> • Aprobación o Modificación del Plan Regulador Comunal o de Planes Seccionales (respecto de comunas que formen parte de un territorio normado por un plan regulador metropolitano o intercomunal). • Ejecución de Cartera de proyectos prioritarios en la comuna. • Elaboración de Especificaciones Técnicas y Bases Administrativas de Proyectos Comunales. • Dar curso a los procedimientos de licitaciones. • Fundar cementerios en las localidades en que no hubiere o en que los que existieren fueren insuficientes, previa autorización del Servicio Nacional de Salud. • Aprobar el sitio de ubicación de los cementerios, en casos de comunas que carezcan de planos reguladores o cuando los planos de estas comunas no señalen emplazamiento para ellos. • Planes, programas y presupuestos anuales para la optimización del funcionamiento del Cementerio Municipal. 	Ordenanza y Decreto <hr/> Decreto
Privativa	La promoción del desarrollo comunitario.	<ul style="list-style-type: none"> • Asistencia social: otorgamiento subsidio familiar, subsidio de agua potable, administración de los programas sociales gubernamentales que se ejecuten para favorecer el aumento de beneficios dirigidos a la comunidad. • Salud pública: elaborar y desarrollar el Plan de Salud Comunal de Salud; efectuar diagnóstico de la situación de salud comunal; programar y ejecutar actividades de los Centros de Salud Familiar, los Servicios de Atención Primaria de Urgencia (SAPU) y 	Decreto / Ordenanza

		<p>Centros de Salud (COSAM); evaluar y entregar beneficios sociales en caso de enfermedades catastróficas o discapacidades; entregar beneficios de gratuidad o aporte económico parcial para exámenes o medicamentos, en base a la evaluación del caso por parte del Consultorio Comunal.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Protección al medio ambiente: ordenar el traslado fuera de la comuna de empresas molestas y mal emplazadas; dictar Ordenanza de Medio Ambiente. • Educación y cultura: evaluación y otorgamiento de becas estudiantiles, uniformes y útiles escolares; realización de proceso administrativo para postulación y renovación de becas ministeriales; programas de interculturalidad y de enseñanza idioma de pueblos originarios; elaboración del Plan Anual de Desarrollo de la Educación Municipal (PADEM); elaborar y proponer anualmente la dotación docente y administrar a los profesores que atienden al alumnado de los establecimientos educacionales de su jurisdicción; celebrar día de Pueblos Originarios; fomentar la creación de Asociaciones Indígenas en la comuna; constitución de corporaciones o fundaciones de derecho privado, sin fines de lucro, destinadas a la promoción y difusión del arte y la cultura; co-oficialización en la comuna de idioma de pueblos originarios. • Capacitación laboral: elaborar, desarrollar y evaluar programas de capacitación tendientes a ampliar las posibilidades ocupacionales de la fuerza laboral de la población cesante, desocupada y discapacitada. • Deporte y recreación: paseos de Verano; celebración día del Adulto Mayor, día del niño, día de la mujer; otorgamiento de comodatos de inmuebles municipales a organizaciones sociales. • Promoción del empleo: captar de las empresas la oferta de empleo a fin de conectarlas con los cesantes de la comuna; Intermediar entre los cesantes de la comuna y las diversas fuentes de trabajo a través de entrevistas individuales y masivas. 	
--	--	--	--

		<ul style="list-style-type: none"> • Fomento Productivo Local: mantener información en red y coordinación con otros servicios públicos y privados que apoyan la inversión económica para el desarrollo sustentable de la Comuna; promover la participación de los micro, pequeños y medianos empresarios del sector, a través de ferias, eventos especiales y muestras específicas. • Turismo: crear programa para atraer visitantes a la comuna. 	
Privativa	Aplicar las disposiciones sobre transporte y tránsito públicos, dentro de la comuna, en la forma que determinen las leyes y las normas técnicas de carácter general que dicte el ministerio respectivo.	<ul style="list-style-type: none"> • Adquisición e instalación de señalética en vías y calles. • Detectar, en forma continua y permanente, los sectores que deben ser señalizados en cuanto a signos, demarcaciones viales, señales camineras, semáforos y otras necesidades relacionadas con técnicas viales. • Fiscalizar cumplimiento de las leyes del tránsito mediante inspectores municipales designados para tal efecto⁶⁹⁸. 	Decreto
Privativa	Aplicar las disposiciones sobre construcción y urbanización, en la forma que determinen las leyes, sujetándose a las normas técnicas de carácter general que dicte el ministerio respectivo.	<ul style="list-style-type: none"> • Otorgamiento de autorizaciones de uso y concesiones en Bien Nacional de Uso Público (o BNUP). • Declarar Propiedades Abandonadas. • Ordenar la demolición de propiedades. • Designar Inspección Técnica para los contratos de ejecución de obras⁶⁹⁹. 	Decreto
Privativa	El aseo y ornato de la comuna.	<ul style="list-style-type: none"> • Barrido de avenidas, calles y calzadas de uso público existente en la comuna. • Servicio de extracción de basuras domiciliarias y no domiciliarias de todo el sector urbano y rural de la comuna. • Ejecutar y controlar el oportuno retiro de los microbasurales clandestinos. • Atender emergencias de aseo, tales como diseminación de sólidos en vías, 	Decreto / Ordenanza

⁶⁹⁸ También existen medidas que se dictan en base a las atribuciones que la propia ley le ha otorgado al Director de Tránsito, sin ser necesario un Decreto Alcaldicio. Ejemplo de esta medida es el otorgamiento y renovación de las Licencias de Conducir.

⁶⁹⁹ Igualmente, existen medidas que se dictan en base a las atribuciones que la propia ley le ha otorgado al Director de Obras, sin ser necesario un Decreto Alcaldicio. A vía de ejemplo, tenemos: aprobación de subdivisiones de predios urbanos y urbanos rurales, aprobación de los proyectos de obras de urbanización y de construcción, otorgamiento de los permisos de edificación, realización de recepción final de obras.

		<p>retiro de barricadas producto de protestas y/o tomas, etc.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Dictar ordenanza para mantención de caminos rurales. • Dictar ordenanza de aseo y ornato. 	
Compartida	La educación y la cultura.	<ul style="list-style-type: none"> • Cautelar la aplicación de los programas complementarios que establezca el Ministerio de Educación. • Coordinar con organismos del Ministerio de Educación (Secretaría Regional Ministerial y/o Direcciones Provinciales de Educación), los programas relativos a actividades extraescolares y culturales. • Contratos para dar conectividad y provisiones a la Biblioteca Municipal, en colaboración con la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos (o DIBAM). • Programa de Fomento al Desarrollo Cultural Local, en colaboración con el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. 	Decreto
Compartida	La salud pública y la protección del medio ambiente.	<ul style="list-style-type: none"> • Dar cumplimiento a las normas, planes y programas que establece el Ministerio de Salud respecto a los servicios de Atención Primaria de Salud Municipal, sujetándose a su control y supervisión técnica. • Realizar acciones destinadas al saneamiento ambiental y a proteger la salud de la población, de acuerdo a las normas que imparta el Seremi de Medio Ambiente y de Salud, referidas principalmente a la detección de Plagas. • Elaborar y desarrollar programas de higiene tendan a la prevención, detección y tratamiento de enfermedades contagiosas en coordinación con el Ministerio del ramo. 	Decreto
Compartida	La asistencia social y jurídica.	<ul style="list-style-type: none"> • Programa Puente, entre la Familia y sus Derechos, en colaboración con el Fondo de Solidaridad e Inversión Social (o FOSIS). • Programa de Acompañamiento Psicosocial del Ingreso Ético Familiar en colaboración con FOSIS. • Programa Habitabilidad, en colaboración con la Secretaría 	Decreto

		<p>Regional Ministerial (o SEREMI) de Desarrollo Social.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Programa de Protección integral a la Infancia Chile Crece Contigo, en colaboración con SEREMI de Desarrollo Social. • Programa Ficha de Protección Social, en colaboración con SEREMI de Desarrollo Social. • Convenios de colaboración con la Corporación de Asistencia Judicial para la instalación de sus oficinas en la comuna. 	
Compartida	La capacitación, la promoción del empleo y el fomento productivo	<ul style="list-style-type: none"> • Programa de fortalecimiento OMIL, en colaboración con el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (o SENCE). • Promover la Responsabilidad Social Empresarial, estableciendo acciones con los organismos del Estado pertinentes. 	Decreto
Compartida	El turismo, el deporte y la recreación	<ul style="list-style-type: none"> • Realizar actividades deportivas o recreativas para la comunidad en coordinación con otros organismos, tales como el Instituto Nacional del Deporte (o IND) o el Gobierno Regional (o GORE). • Dictación de ordenanza de turismo 	Decreto / Ordenanza
Compartida	La urbanización y la vialidad urbana y rural;	<ul style="list-style-type: none"> • Programas para reponer veredas y calles de la comuna en colaboración con el Servicio de Vivienda y Urbanización (o SERVIU). • Programa Recuperación de Barrios en colaboración con SEREMI de Vivienda y Urbanismo • Programa de Mejoramiento Urbano y Equipamiento Comunal, en colaboración con la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo (o SUBDERE) • Autorizar la instalación de redes de electricidad, teléfono, agua potable y alcantarillado, en los trazados de los caminos públicos. 	Decreto
Compartida	La construcción de viviendas sociales e infraestructuras sanitarias.	<ul style="list-style-type: none"> • Promover, gestionar y postular a las personas o familias a los diversos Programas Habitacionales. • Orientar y asesorar en materias de vivienda y habitabilidad, a las personas que requieran apoyo en dichas 	Decreto

		materias.	
Compartida	El transporte y tránsito públicos.	<ul style="list-style-type: none"> • Elaboración de Proyectos de Ingeniería de Pavimentación en vías de la comuna, en colaboración con SERVIU. • Reposición capa asfáltica en vías de la comuna, en colaboración con SERVIU. • Determinar el sentido de circulación de vehículos, en coordinación con los organismos de la Administración del Estado competentes. 	Decreto
Compartida	La prevención de riesgos y la prestación de auxilio en situaciones de emergencia o catástrofes.	<ul style="list-style-type: none"> • Diseñar planes y programas de acción de mano de obra existente para trabajos menores, de asistencialidad, de reparación y mantención de bienes inmuebles municipales. • Entregar agua potable a sectores rurales que no cuentan con este servicio. • Apoyar en la reparación de viviendas sociales siniestradas, ante situaciones de emergencia. • Entregar e instalar medias aguas destinadas desde el Departamento de Desarrollo Social. • Coordinar albergues y atención transitoria para personas damnificadas por situaciones de catástrofe. • Elaborar y mantener actualizado el Plan de Emergencia de la comuna, ponerlo en ejecución si la situación lo requiere y controlar su cumplimiento. • Mantener una coordinación técnica permanente con la Oficina Nacional de Emergencia del Ministerio de Interior e Intendencia Región Metropolitana. 	Decreto
Compartida	El apoyo y el fomento de medidas de prevención en materia de seguridad ciudadana y colaborar en su implementación, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 101 de la Constitución Política de la República.	<ul style="list-style-type: none"> • Ejecución del Plan Comunal de Seguridad Pública, en colaboración con la Subsecretaría de Prevención del Delito. • Ejecución de proyectos locales en el marco del Plan Nacional de Seguridad Pública, en colaboración con la Subsecretaría de Prevención del Delito. • Programa Chile Previene en la Escuela, en colaboración con el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (o SENDA). • Programa SENDA Previene en la Comunidad, en colaboración con 	Decreto

		SENDA.	
Compartida	La promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.	<ul style="list-style-type: none"> • Programa Mujer Trabaja Tranquila, en colaboración con el Servicio Nacional de la Mujer (o SERNAM). • Programa Mujer Trabajadora y Jefa de hogar, en colaboración con SERNAM. 	Decreto
Compartida	El desarrollo de actividades de interés común en el ámbito local.	<ul style="list-style-type: none"> • Programas para conformar áreas verdes consolidadas en sectores de uso público de la comuna, en colaboración con la Corporación Nacional Forestal (o CONAF). • Suscripción de convenios mandatos con el Gobierno Regional para arreglos de infraestructura pública y desarrollo de actividades locales. 	Decreto
Impropias	Aquellas funciones estatales que por delegación, el Estado se las encarga al municipio.	<ul style="list-style-type: none"> • Ejecución de Proyectos o Programas determinados de relevancia para el Estado 	Decreto

Anexo N° 10: Cuadro comparativo entre países-regulación consulta en particular.

	Chile	Colombia⁷⁰⁰	Perú
Titulares del derecho a la consulta	Descendientes de los habitantes originarios, existentes en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, y reconocidos en el artículo 1 de la Ley N° 19.253. Existencia de registros en la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.	Comunidades indígenas, roma, afrocolombianas, tribales y palanquero; creación de una base de datos.	Comunidades andinas, campesinas y nativas, y pueblos amazónicos; creación de una base de datos.
Instituciones estatales competentes	Órgano de la Administración del Estado responsable de la medida planificada, con asistencia de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y de Ministerio de Desarrollo Social.	Unidad coordinadora para la consulta previa, del Ministerio del Interior y/o Secretarías de los gobiernos locales/regionales.	Autoridad competente para la medida planificada, acompañada de la autoridad para cuestiones indígenas.
Objeto de la consulta; aparte de medidas legislativas y administrativas.	Medidas que califican proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental se consultarán de acuerdo a la normativa de este sistema. No se consultan : las medidas dictadas en situaciones de excepción o emergencia: los actos de mero trámite y las medidas de ejecución material o jurídica se entenderán comprendidas en la consulta del acto terminal o decisorio al que han servido de fundamento o que deban aplicar; las medidas administrativas que no producen una afectación directa respecto de los pueblos indígenas no estarán sujetas a	Decisiones del departamento, de los distritos y los municipios; no se consulta, p. ej., ayuda humanitaria de emergencia.	Planes, proyectos y programas de desarrollo; las medidas anteriores no se revisan.

⁷⁰⁰ Colombia y Perú. Fuente: cuadro extraído de MINISTERIO FEDERAL DE COOPERACIÓN ECONÓMICA Y DESARROLLO. Ob. Cit. (nota 625).Pág. 28 y 29.

	consulta , así como los actos que dicen relación con la actividad interna de la Administración.		
Proceso de la consulta	Planificación del proceso de consulta (entrega información preliminar, determinación metodologías e intervinientes, etc.); Entrega de información y difusión del proceso de consulta; Deliberación interna de los pueblos indígenas; Diálogo entre los intervinientes; Sistematización, comunicación de resultados y término del proceso de Consulta. Para las medidas legislativas, cada una de las etapas señaladas tendrán un plazo no superior de 25 días hábiles, y para las administrativas un plazo no superior a 20 días hábiles; Sin embargo, el órgano responsable podrá modificar dicho plazo, previo diálogo con comunidades indígenas.	Asuntos nacionales: Apertura (2 semanas), información y diálogo (3 meses); Proyecto específico (4 meses): información y diálogo; taller sobre repercusiones; acuerdos; Protocolización.	Identificación de medidas y grupos afectados; información completa; evaluación interna por los consultados; diálogo con autoridades estatales; toma de decisiones.
Decisión definitiva	Es tomada por la autoridad competente, responsable del proceso de consulta.	Autoridad estatal para licencias ambientales o Ministerio del Interior sin arbitrariedad ni autoritarismo; objetiva, razonable y proporcionada.	Es tomada por la autoridad competente; justificación apropiada incluyendo las repercusiones previstas sobre los derechos colectivos.

Anexo N° 11: Cuadro comparativo entre países-regulación consulta en general.

País	Fecha ratificación Convenio 169.	Regulación (vigente).	Anclaje constitucional de la consulta.
Chile	2008	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007. ▪ Decreto Supremo N°40 de 30 de Octubre de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, reglamento (SEIA). ▪ Decreto Supremo N°66 de 15 de Noviembre de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social, que Aprueba el Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena en virtud del Artículo 6 N° 1 Letra A) y N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica. 	No hay.
Colombia	1991	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ley N° 99 de 1993, Ley General Ambiental. Artículo 76. ▪ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007. ▪ Decreto N°1.320 de 1998. ▪ Directiva Presidencial N° 01 de 2010 ▪ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 46. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Artículo 79 de la Constitución de Colombia: “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”. ▪ Artículo 330 de la Constitución

		<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ley N° 1.444 de 2011 y Decreto N° 2.893 de 2011. ▪ Decreto Ley N° 4.633 de 2011. ▪ Directiva Presidencial N° 10 de 2013. ▪ Decreto N° 2.613 de 2013⁷⁰¹. 	de Colombia, Parágrafo: “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”.
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Perú 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 1994 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007. ▪ Ley N° 29.785 de 2011, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). ▪ Reglamento de la Ley N° 29785, Decreto Supremo N° 001 de 2012 del Ministerio de Cultura. ▪ Resolución Viceministerial N° 010-2013-VMI-MC Procedimiento del derecho de petición de los pueblos indígenas para su inclusión en un proceso de consulta previa o para la realización del mismo, en el Ministerio de Cultura⁷⁰². 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ No hay.

⁷⁰¹ Colombia. Fuente:

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. 2014. De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia. [en línea]. Colombia. Grupo Editorial Ibáñez S.A.S. <<https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2014/07/de-la-consulta-previa-al-consentimiento-previo-gloriaar.pdf>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015]. Pág. 62 y 63.

⁷⁰² Perú. Fuente :

MINISTERIO DE CULTURA, Gobierno de Perú. [s.a.] Normas legales consulta previa. [en línea]. <<http://consultaprevia.cultura.gob.pe/normas-legales/>>. [consulta: 18 de Marzo de 2015].

