



AITUE
FUNDACION



Consulta Indígena y Nueva Constitución

Andrés Cortés Díaz
Abril 2021

Introducción

La elaboración de manera democrática de una nueva Constitución para Chile es sin duda uno de los hechos más relevantes de nuestra historia reciente. Los 155 constituyentes electos tendrán la misión de construir un texto que permita generar consensos y equidad para el futuro de nuestro país.

Uno de los desafíos será reconocer, por primera vez en la Carta Fundamental, a los 10 pueblos indígenas que habitan el territorio. Sin lugar a duda, la inclusión de 17 escaños reservados para pueblos indígenas en la elección de constituyentes es un paso gigante para la participación de estos en las decisiones que los atañen, lo que permitirá, además, tener la valiosa visión de su cosmovisión en la redacción de la nueva constitución.

No obstante lo anterior, es necesario que la elaboración de aquellos aspectos que afecten a los pueblos indígenas de manera directa incorporen los espacios de participación que correspondan a sus instituciones representativas. Es por ello que resulta fundamental que este proceso cuente con una correcta implementación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por nuestro país en 2008, en particular respecto de su artículo 6.

El presente documento entrega un mirada respecto de la necesidad de garantizar la participación efectiva de los Pueblos Indígenas, cumpliendo las obligaciones que nuestro país ha asumido, dando cuenta de aspectos que deben ser considerados en el marco del proceso constituyente.

Convenio 169 de la OIT

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (C169), adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1989, en su artículo 6 establece el deber de consulta a los pueblos indígenas por parte de los Estados. Esto, cada vez que se prevean medidas administrativas y legislativas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas.

Si bien el C169 abarca materias como educación, salud, territorio y desarrollo de los pueblos indígenas, el derecho a la Consulta Previa de los pueblos es lo que ha sido denominado por el propio Comité de Expertos de la OIT como la “piedra angular” de dicho cuerpo normativo. “Debido a los grandes retos a los que actualmente tienen que hacer frente los pueblos

“...es un elemento fundamental para garantizar la equidad y la paz social a través de la inclusión y el diálogo”.

indígenas y tribales, incluidos la regularización de la propiedad de la tierra, la salud, la educación, y el aumento de la explotación de los recursos naturales, la participación de los pueblos indígenas y tribales en estos y otros ámbitos que les afectan directamente, es un elemento fundamental para garantizar la equidad y la paz social a través de la inclusión y el diálogo. (...) las Consultas pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos”¹.

¹ Comisión de Expertos, Observación general sobre el Convenio núm. 169, 79.a reunión, 2008.



Artículo 6 del C169

En particular, el artículo 6 del C169 establece que:

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.

Si bien el citado artículo establece la obligatoriedad del Estado que haya ratificado el C169 de realizar la Consulta Indígena, las definiciones contenidas en este son amplias y genéricas, y en ámbitos como, por ejemplo, los principios que deben guiar estos procesos, son solo enunciados y sin un detalle que permita un marco claro en su implementación. Lo anterior obliga a que los países deban generar normativas particulares que permitan la implementación práctica de estos conceptos. La experiencia de nuestro país, y la de otros de la región, dan luces del gran desafío que presenta poder generar normativas consensuadas con los Pueblos indígenas, y que estas puedan adecuarse a las distintas realidades de los procesos de consulta.

Adicionalmente, es importante recalcar que la letra b) del artículo 6 nos da luces de que la participación efectiva no se agota en la consulta, sino que se debe garantizar que los Pueblos 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”. Lo anterior puede abrir la discusión respecto a que los 17 constituyentes por escaños reservados pueden ejercer esta participación efectiva de la que habla el Convenio al haber sido electos por las bases.



Convenio 169 en Chile

Chile ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el 15 de septiembre de 2008², y desde ahí en adelante se instaló el deber de realizar una Consulta Previa a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarlos directamente.

A la fecha, han sido dos los decretos que han reglamentado el artículo 6 del Convenio: Decreto N° 124 de 2009 del Ministerio de Planificación y Decreto N° 66 de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social, actualmente vigente. Este último tiene competencia respecto de las medidas administrativas y legislativas emanadas desde el Poder Ejecutivo (Gobierno), estableciendo la definición de medida administrativa, legislativa,



afectación directa, las etapas y plazos de la consulta y sus principios rectores, entre otros aspectos.

Es importante señalar, en particular para este documento, que ni el poder legislativo ni otros órganos del Estado han reglamentado la Consulta Previa, pudiendo voluntariamente adoptar lo establecido en el Decreto Supremo N°66 mientras adopten su propia normativa. En todo caso, la falta de reglamentación no puede ser usada por estas

Consulta y Nueva Constitución

El texto que se apruebe como una Nueva Constitución representa una medida legislativa, que al incluir el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y otras materias que los atañen, podría afectarlos directamente. Ambos supuestos son los necesarios para “gatillar” la realización de un proceso de consulta indígena, según lo establece el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Se debe hacer presente que no debería ser el texto completo el que debe consultarse, sino aquellas normas que los afecten de manera particular y diferenciada en su calidad de miembro de un pueblo indígena, donde se vea afectada, por ejemplo, su cultura, sus tradiciones y sus modos de vida, entre otros aspectos.

El principal problema al que se verá enfrentado este proceso es que, como se señaló anterior-

mente, en Chile el proceso de consulta indígena está regulado solo para el poder ejecutivo mediante el DS 66. Lo anterior no significa que el órgano constituyente esté exento del deber de consulta. Por tanto, el reglamento de funcionamiento de dicho órgano deberá definir un mecanismo de consulta que pueda adecuarse en tiempo y forma al trabajo de este, y que a su vez cumpla con la obligación del Estado al haber ratificado el Convenio 169 de la OIT.

En este sentido, el proceso de Consulta Indígena que se defina debe cumplir con los siguientes principios que resguardan el buen su funcionamiento y que además aseguran a las partes cumplir con lo establecido en el artículo 6 del Convenio 169:

² Su entrada en vigencia de acuerdo a lo establecido en el propio C169 es un año después de su ratificación (15 de septiembre de 2009)

- 1** **Carácter Previo:** El proceso de consulta indígena debe realizarse no solo antes de la dictación de la medida, sino que se debe desarrollar en el momento donde los representantes de los pueblos indígenas afectados tengan el espacio de influir de manera real y efectiva en las decisiones.
- 2** **Buena fe:** Es la real intención de ambas partes (Estado y pueblos indígenas) de desarrollar un proceso de diálogo genuino y con intención de llegar a un acuerdo. La Buena fe también aplica en los momentos en los que no se logran acuerdos, donde ambas partes deben procurar resguardar el proceso realizado y buscar mecanismos que permitan una buena convivencia y sin presión/coerción alguna.
- 3** **Flexibilidad:** Voluntad de adecuarse a las circunstancias no solo de las particularidades de las costumbres, cosmovisión y cultura, idioma y derecho consuetudinario de los pueblos indígenas afectados, sino que de aquellos elementos externos que puedan afectar el desarrollo del diálogo, como los contextos sociales, económicos, políticos y climáticos, entre otros.
- 4** **Interculturalidad:** No deberá ser un documento que tenga una visión exclusiva del Estado, sino que debe tener una co-construcción, y así, tener un punto de equilibrio entre los actores que participarán en el diálogo.
- 5** **Procedimiento apropiado:** La normativa que regule los procesos deberá tener una construcción que contemple las particularidades socioculturales de los pueblos indígenas a los cuales se debe aplicar, además de adecuarse a las particularidades de este proceso constituyente.

Asimismo, lo acotado de los plazos establecidos en la ley para el funcionamiento del órgano constituyente dificultan la posibilidad de que, en el marco del este proceso, se efectúen las dos consultas que se tendrían que realizar. Una por el procedimiento de consulta a reglamentar (etapas, tiempos, metodología, etc.) y otro por el contenido mismo a incluir en el texto constitucional. Por ello, para acordar los procedimientos de consulta, la constituyente deberá recurrir a los 17 convencionales por escaños reservados que resulten electos, con quienes se tendrá que pactar las normas que resulten más adecuadas en conformidad con el C169 y las necesidades de cada pueblo.

Sin embargo, dado que la participación indígena para estos procesos de consulta no se agota en la 17 convencionales, sino que debe considerar el parecer de cada uno de los respectivos pueblos, será necesario contemplar también los mecanismos de transparencia, información, participación y rendición de cuentas que permitan a los pueblos ser participantes activos de las decisiones que en este ámbito se tomen.

Los constituyentes indígenas tendrán también la labor fundamental de interlocución con los demás representantes, así como también la obligación de resguardar frente a la Convención Constituyente los acuerdos que se alcancen en el proceso de consulta que se realice.

Un aspecto relevante a tener en cuenta en esta discusión es el proceso participativo y de consulta indígena realizado en 2017. Entre los meses de julio y noviembre de ese año se realizó el proceso de Consulta Constituyente Indígena para el reconocimiento constitucional y la participación política, el que consistió en un proceso amplio a nivel nacional con el objetivo de consultar y llegar a un acuerdo con los Pueblos Indígenas sobre los contenidos que formarán parte de la propuesta de nueva Constitución. En dicho proceso se alcanzaron siete acuerdos totales³ entre el Gobierno y los Pueblos Indígenas, los cuales deberán ser la base de discusión respecto a cualquier texto que se someta a discusión en el proceso constituyente.

Con todas estas consideraciones y antes del inicio del proceso de consulta indígena, la Convención Constituyente deberá acordar un texto con los aspectos en materia indígena a incorporar en la nueva constitución, la cual será la medida que se someterá a consulta. Se debe procurar que este acuerdo sea tomado dentro de las primeras semanas de funcionamiento, para que dé espacio al desarrollo del proceso y posterior discusión del articulado.



3 Los acuerdos totales del proceso de consulta realizado el año 2017 son los siguientes:

1. **Reconocimiento de la pre-existencia de los Pueblos Indígenas que habitan en el territorio.**
2. **Reconocimiento del derecho de los Pueblos Indígenas a conservar, fortalecer y desarrollar su historia, identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones propias.**
3. **Deber del Estado de preservar la diversidad cultural del país.**
4. **Reconocimiento y protección de los derechos culturales y lingüísticos de los Pueblos Indígenas, su patrimonio cultural, material e inmaterial.**
5. **Principio de igualdad y no discriminación.**
6. **Interpretación de la Nueva Constitución.**
7. **Libre Determinación;** los pueblos indígenas tendrán derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. El Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas se ejercerá en el marco de la nueva Constitución.

Conclusiones

- La convención constituyente que se iniciará en los próximos meses en Chile deberá definir un procedimiento para consultar a los pueblos indígenas respecto de aquellos contenidos de la nueva constitución que los afecten directamente, en el marco de lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT. Lo anterior supone que los mecanismos que se establezcan para este fin den cumplimiento a los principios rectores establecidos para estos efectos en el mencionado convenio, particularmente respecto a la necesidad de que la consulta se efectúe previamente a la promulgación de un nuevo texto constitucional.
- Un aspecto importante a establecer en el reglamento de la Convención son los mecanismos para la transparencia, información, participación y rendición de cuentas de los pueblos indígenas en la en la determinación de los mecanismos de consulta y en el proceso mismo, entendiendo que la elección de 17 convencionales indígenas no agota la participación de los pueblos en la convención por lo que junto con la consulta que se realice deben generarse los espacios necesarios para que puedan ser sujetos activos del proceso.
- En cuanto a los contenidos a consultar e incorporar en la nueva carta fundamental, el órgano constituyente no puede desconocer los acuerdos sobre reconocimiento constitucional alcanzados entre los pueblos indígenas y el Estado durante el proceso de consulta realizado en el año 2017. El contenido de esos acuerdos constituye una base y un punto de partida desde el cual la convención podrá definir aspectos adicionales de la relación entre el Estado y los pueblos indígenas que tendrá que consultar y luego incorporar en la nueva Constitución.
- Finalmente, resulta fundamental que la convención constituyente defina, tan pronto sea posible, tanto los procedimientos de consulta indígena como la propuesta de contenido a consultar a los pueblos, para permitir que con ellos ambos aspectos cuenten con los tiempos necesarios para su tramitación dentro de los tiempos legales establecidos para la redacción de una nueva constitución.

