



人权理事会

第十二届会议

议程项目 3

增进和保护所有人权、公民、政治、经济、
社会和文化权利，包括发展权

土著人民的人权情况和基本自由问题特别报告员
詹姆斯·安纳亚的报告*

增编

智利土著人民的状况：对前任特别报告员所作建议的后续行动**

内容提要

本报告阐述了特别报告员于 2009 年 4 月 5 日和 9 日对智利访问后提出的意见以及他与智利政府和其他有关方面就该国土著人民状况进行的情况交流。这次访问和情况交流是继上一任特别报告员于 2003 年访问智利并提出报告和建议后发生的。特别报告员注意到智利政府在承认智利土著人民权利方面取得的进展，如批准了国际劳工组织第 169 号《独立国家土著和部落居民公约》以及在土著问题方面作出的宪法改革倡议。可以看到，智利政府对土著事务十分关心，这方面表现在针对前任特别报告员鲁道夫·斯塔文哈根的建议而制定的计划和提议，特别是在援助政策方面。然而，该国在履行它在有效保护和促进土著人民权利和基本自由的任务方面还存在着巨大挑战，特别是在以下方面：咨询和磋商、土地和领土权、自然资源的开采以及在恢复 mapuche 土著土地所引起的冲突的应对政策方面。特别报告员提出下列意见和建议，目的在于协助应付各项挑战并根据政府在这方面的义务和承诺，在承认和保护该国土著人民的人权方面取得重大进展。

* 本报告延迟提交。

** 报告的内容提要以所有正式语文分发。报告正文附于内容提要之后，仅以原文分发。

Anexo

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya

La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1–5	3
II. Observaciones sobre la información recibida	6–47	4
A. Consulta y participación	9–23	5
B. Derechos a tierras y territorios.....	24–32	9
C. La explotación de los recursos naturales	33–39	11
D. Conflictos por reivindicaciones de tierras mapuches.....	40–47	14
III. Conclusiones y recomendaciones	48–68	16
A. Consulta y participación	49–52	17
B. Derechos a tierras y territorios.....	53–54	17
C. La explotación de los recursos naturales	55–56	18
D. Conflictos por reivindicaciones de tierras mapuches.....	57–62	18
E. Presupuesto Público.....	63	19
F. Observaciones finales.....	64–68	19

Apéndices

A. Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile	21
B. Carta de Rodrigo Egaña Baraona, Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas, al Relator Especial.....	36

I. Introducción

1.El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, profesor James Anaya, presenta su informe sobre su visita de trabajo a Chile del 5 y 9 de abril de 2009 y el intercambio de información con el Gobierno de Chile y otras partes interesadas, con relación a la situación de los pueblos indígenas del país. Esta visita e intercambio de información se han dado a la luz del informe y recomendaciones formuladas por el anterior Relator Especial después de su misión a Chile en el año 2003¹. Dados los acontecimientos en curso el Relator Especial transmitió al Gobierno, el 24 de abril de 2009, un informe sobre los "Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile", que identifica las normas internacionales relevantes al proceso de consulta y criterios para operativizar la consulta sobre la reforma constitucional que se impulsa en Chile. Dicho documento se adjunta al presente informe (apéndice A). El 12 de mayo de 2009, el Gobierno de Chile presentó observaciones sobre el procedimiento de consulta en curso, lo cual también se adjunta al presente informe (apéndice B)².

2.Durante su visita a Chile, el Relator Especial realizó reuniones con la Presidenta de la República; el Ministro Secretario General de la Presidencia; la Ministra del Ministerio de Planificación (MIDEPLAN); el Comisionado Presidencial de Asuntos Indígenas; el Consejo Nacional de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI); el Ministerio de Relaciones Exteriores; la Subsecretaría de Carabineros; el Presidente de la Corte Suprema de Justicia; el Tribunal Constitucional; la Comisión de Constitución del Senado; y la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados. Asimismo el Relator Especial sostuvo reuniones con pueblos y organizaciones indígenas en Santiago, Temuco, e Iquique y con organizaciones de la sociedad civil.

3.El Relator Especial expresa su más sincero agradecimiento al Gobierno de Chile por su cooperación en la planificación y desarrollo de la visita así como por su disponibilidad para seguir un diálogo constructivo con el Relator Especial con miras a contribuir a la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en el país. Asimismo, el Relator Especial expresa su agradecimiento a los representantes de las Naciones Unidas en Chile, especialmente a los representantes de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, por el apoyo indispensable brindado durante el curso de la visita.

4.Mediante una carta de 12 de mayo de 2009, el Relator Especial comunicó al Gobierno sus observaciones preliminares relativas a los asuntos discutidos durante su visita, e hizo una serie de preguntas al Gobierno solicitando información adicional al respecto. El Gobierno respondió a las preguntas del Relator Especial, con información detallada, mediante nota con fecha 6 de julio de 2009³. Posteriormente, el Relator Especial envió una versión inicial del presente informe, y en respuesta, mediante una nota de 8 de septiembre de 2009, el Gobierno transmitió comentarios adicionales⁴. El Relator Especial agradece al Gobierno

¹ Véase el informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, sobre su misión a Chile (E/CN.4/2004/80/Add.3).

² Carta de 12 de mayo de 2009 dirigida al Relator Especial por Rodrigo Egaña Baraona, Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas (apéndice B).

³ Carta de 30 de junio de 2009 dirigida al Relator Especial por Rodrigo Egaña Baraona, Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas (transmitido mediante nota fechada el 6 de julio de 2009).

⁴ Carta de 7 de septiembre de 2009 dirigida al Relator Especial por José Antonio Viera-Gallo Quesney, Ministro Secretario General de la Presidencia (transmitida mediante nota fechada el 8 de septiembre

por sus respuestas detalladas. El presente informe incluye las observaciones ya comunicadas al Gobierno, con actualizaciones hechas en vista de sus comentarios y la información proporcionada por diversas fuentes.

5. Las observaciones presentadas a continuación no pretenden dar cuenta de una evaluación exhaustiva de la situación de los pueblos indígenas del país o de la implementación de las recomendaciones del anterior Relator Especial, sino que versan sobre las cuestiones y temas que fueron planteados de modo principal y transversal durante la visita del Relator Especial en relación con dichas recomendaciones. Estos asuntos incluyen la consulta y participación, derechos a tierras y recursos naturales, los proyectos de explotación de recursos naturales, la política penal, y el conflicto respecto a tierras mapuches.

II. Observaciones sobre la información recibida

6. Resulta aparente que el Estado ha dedicado esfuerzos en materia de asuntos indígenas, especialmente en años recientes, incluyendo la ratificación del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de 1989, el 15 de septiembre de 2008 y la dictación del plan denominado "Re-Conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad", dado a conocer por el Gobierno el 1° de abril de 2008. La ratificación del Convenio N° 169 fue una de las recomendaciones principales del Relator Especial anterior (E/CN.4/2004/80/Add.3, párr. 58), y su entrada en vigor ayuda a consolidar un marco normativo para garantizar derechos y guiar las políticas públicas del Estado en torno a los pueblos indígenas. El Relator Especial toma nota del anuncio de implementar el Convenio N° 169 de la OIT y dar pasos hacia la reforma de leyes sectoriales que afectan intereses y derechos de los pueblos indígenas. Asimismo, el Relator Especial toma nota del plan Re-Conocer y las iniciativas que representa para el fortalecimiento de programas asistenciales para promover el desarrollo de los indígenas en ámbitos culturales, económicos y sociales.

7. El Relator Especial además toma nota de los avances en la situación socioeconómica de los pueblos indígenas, en particular en aspectos como reducción de pobreza, salud y educación. Cabe notar que, según las cifras oficiales, se ha disminuido el nivel de la población indígena bajo la línea de pobreza de manera importante (10,4 puntos, de 29,4 a 19%), así como se ha reducido la brecha entre poblaciones indígenas y no indígenas entre 2003 y 2006 en cuanto a ocupación, analfabetismo y nivel de escolaridad⁵. El Relator Especial reconoce que estos avances representen pasos importantes hacia el cumplimiento de las recomendaciones del Relator Especial anterior en materia de temas sociales y enfatiza la necesidad de seguir desarrollando iniciativas en este respecto, en consulta con los pueblos indígenas del país.

8. Sin embargo, aún persisten en Chile severas brechas de desigualdad en el goce de los derechos económicos y de la salud y educación de los pueblos indígenas. De acuerdo a la encuesta CASEN 2006, todavía persiste en Chile una marcada discriminación en los

de 2009). En esta carta, el Sr. Viera-Gallo informó de que la Presidenta de la República había decidido nombrar al suscrito como Ministro Coordinador de la Política Indígena. Este nombramiento dejaba sin efecto la figura de Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas. Según la información proporcionada por el Gobierno, este nuevo arreglo institucional "tiene como objetivo agilizar y priorizar desde el más alto nivel de decisión gubernamental las respuestas a las demandas de los pueblos indígenas y acelerar la puesta en marcha de la política indígena "Re-Conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad", así como la reestructuración de la CONADI para convertirlo en un servicio público eficaz y eficiente."

⁵ Encuesta CASEN (2006).

ingresos entre personas indígenas y no indígenas, y desigualdades en la cobertura de seguros de salud y previsión⁶. Asimismo, de acuerdo a estudios realizados por el Centro de Demografía de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), la población mapuche en la provincia de Arauco y la población aymara en la provincia de Arica presentan niveles de salud más deteriorados que la población no indígena⁷. En cuanto al derecho a la educación y derechos lingüísticos, la encuesta CASEN 2006 revela una alarmante pérdida de las lenguas indígenas en los niños y niñas indígenas, lo que señala una necesidad de fortalecer los programas de educación bilingüe intercultural.

A. Consulta y participación

1. El desarrollo de un procedimiento de consulta

9. A pesar de los avances mencionados, incluida la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT, el Relator Especial expresa su preocupación por las reiteradas comunicaciones recibidas de las organizaciones y representantes indígenas, que han expresado sentirse excluidos de los procesos de toma de decisiones de las políticas gubernamentales y legislativas que les conciernen, incluyendo el plan Re-Conocer, y aquellas iniciativas gubernamentales relacionadas con reformas legislativas y constitucionales, políticas sobre tierras y territorios, y proyectos públicos y privados de desarrollo e inversión económica. Asimismo, el Relator Especial ha constatado la existencia de un nivel significativo de desconfianza, descontento y hasta rechazo de los planes, programas y políticas del Gobierno por parte de los pueblos indígenas. Para superar esas reticencias, el Relator Especial estima que un paso fundamental es mejorar y garantizar la participación de los pueblos indígenas en el diseño e implementación de tales iniciativas de políticas estatales.

10. Por lo anterior, y debido a la importancia central que tiene el deber estatal de consultar a los pueblos indígenas para el goce de otros derechos humanos por parte de dichos pueblos, en particular los derechos de participación y derechos sobre las tierras y recursos naturales, el Relator Especial observa que el desarrollo de un procedimiento efectivo de consulta, de acuerdo a los estándares internacionales obligatorios para el Estado, es uno de los principales desafíos a enfrentar en Chile. A este respecto, el Relator Especial enfatiza que un aspecto fundamental del Convenio N° 169 de la OIT es la obligación de los gobiernos "de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos" (art. 2, párr. 1).

11. Durante su visita a Chile el Relator Especial observó que podría ser de mutua utilidad y provecho, tanto para el Gobierno como para los pueblos indígenas en Chile, llevar a cabo "una consulta sobre la consulta" para determinar el procedimiento para implementar en Chile los estándares internacionales en las consultas propiamente dichas, antes de la adopción de cualquier medida que afecte directamente a los pueblos indígenas o a una comunidad indígena. Dicho proceso, dirigido a establecer y regularizar los mecanismos de consulta ajustándolos a los estándares internacionales, podría ser necesario para generar confianza y crear canales de diálogo con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta que debe implementar el Estado y, de este modo, consecuentemente, alcanzar resultados sustantivos aceptables.

12. El Relator Especial toma nota de las afirmaciones del Gobierno de adoptar medidas al respecto. En este contexto el Gobierno ha informado que "se dictará un reglamento

⁶ Encuesta CASEN (2006).

⁷ CEPAL, "Diagnóstico de salud en la provincia de Arauco". Informe preliminar (junio de 2009); Ministerio de Salud, Chile, Perfil epidemiológico básico de la población aymara del servicio de salud Arica (2006).

provisional con el objetivo de regular las obligaciones contenidas en los artículos 6 y 7 del Convenio N° 169 y el artículo 34 de la Ley indígena". Según el Gobierno, con este reglamento provisional, los órganos de la administración tendrán un procedimiento que "los obligará a escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas en relación con las políticas, planes y programas, y las medidas legislativas que les afecten directamente"⁸. Al respecto, el Relator Especial enfatiza que tal reglamento debe ser consultado previamente con los pueblos indígenas del país y debe contemplar los requisitos esenciales de la consulta establecidos en las normas internacionales. El Relator Especial considera que, en la elaboración de los procedimientos de consulta, podría ser útil contar con la participación y asesoría de expertos independientes, con miras a orientar la toma de decisiones en torno a los contenidos del proceso de consulta a la luz de las normas internacionales aplicables, una recomendación que ha sido señalada como bien recibida por el Gobierno.

13. Cabe notar que, en general, las normas contenidas en el informe del Relator Especial sobre "Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile" (apéndice A, *infra*), podrían ser aplicadas a los procesos de consulta sobre la elaboración de toda medida legislativa, administrativa, reglamentaria o política que afecte directamente los derechos y los intereses de los pueblos indígenas.

2. Reforma constitucional para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas

14. En el curso de la visita del Relator Especial, el 7 de abril de 2009, el Senado de la República votó afirmativamente sobre la idea de llevar a cabo una reforma constitucional en materia indígena, sobre la base de una iniciativa legislativa promovida por el Gobierno en acuerdo con una Comisión del Senado. El Relator Especial nota que dicha iniciativa podría representar un paso importante hacia el cumplimiento de la recomendación del anterior Relator Especial de "[aprobar] a la brevedad posible la iniciativa de reforma constitucional en materia indígena" (E/CN.4/2004/80/Add.3, párr. 57). En su comunicado de prensa al concluir la visita a Chile el 7 de abril de 2009, el Relator Especial señaló su "preocupación por algunos aspectos de la propuesta, sobre todo la falta de un consenso con las organizaciones y dirigentes indígenas del país". Asimismo, enfatizó que "es crucial asegurar que se lleve a cabo un proceso de consulta sobre la reforma constitucional que sea conforme a las normas internacionales aplicables, incluidas aquellas reconocidas en el Convenio N° 169 y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, y que, el resultado de la reforma también sea conforme a estas normas".

15. Las observaciones específicas del Relator Especial sobre las normas internacionales relevantes a este proceso así como observaciones sobre los criterios para operativizar la consulta sobre la reforma constitucional en Chile están contenidas en su informe "Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile" (apéndice A, *infra*). Como el Relator Especial señaló en aquel informe, se reserva la oportunidad de transmitir al Gobierno de Chile sus observaciones en torno a los contenidos mínimos que, en su opinión y considerando los estándares internacionales, deberían plasmarse en el texto constitucional en relación con el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

16. Comenzando en abril de 2009, el MIDEPLAN y la CONADI realizaron un proceso de recolección de observaciones de organizaciones y representantes indígenas acerca del proyecto de reforma constitucional. El Relator Especial toma nota de este proceso y

⁸ Carta del Ministro Viera-Gallo (nota 4, *supra*), pág. 2.

agradece al Gobierno por la información detallada proporcionada por el Gobierno al respecto. Sin embargo, cabe notar que, según la información recibida de organizaciones y representantes indígenas, incluyendo los Consejeros indígenas de la CONADI, dicho proceso se enfocó principalmente en la difusión de información; al respecto, el Gobierno disiente de esta caracterización y afirma que también se buscó "promover una discusión amplia sobre el tema una vez que dichos dirigentes retornaran a sus comunidades"⁹. Las observaciones recolectadas por el MIDEPLAN durante este proceso fueron entregados a la Comisión de Constitución del Senado para su consideración. Por su parte, los Consejeros indígenas de la CONADI realizaron reuniones con representantes indígenas sobre las reformas constitucionales, y según la información proporcionada por el Gobierno, los resultados también serán remitidos al Congreso.

17. Aparte del proceso implementado por el MIDEPLAN y la CONADI, corresponde al mismo Congreso el deber de consultar con los pueblos indígenas del país el proyecto de reforma constitucional en materia indígena, tal como enfatizó el Relator Especial en su informe (apéndice A, *infra*). Al respecto, el Relator Especial hace presente que el Tribunal Constitucional de Chile en su sentencia Rol 309, de agosto de 2000, determinó que el deber de consultar a los pueblos indígenas establecida en el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT constituye una norma autoejecutable y obligatoria para el Congreso¹⁰. (Véase, apéndice A, *infra*, párrs. 42 y 43). Asimismo, los Consejeros indígenas de la CONADI realizaron reuniones con los presidentes del Senado y la Cámara de Diputados para enfatizar el deber del Congreso de realizar un procedimiento de consulta, tal como establece la sentencia Rol 309. El Relator Especial seguirá monitoreando el desarrollo del proceso de reforma constitucional ante el Congreso con la expectativa razonable de que se lleve a cabo un proceso de diálogo entre ambas cámaras y los pueblos indígenas, con miras a llegar a un consenso en torno al texto de la reforma. Asimismo, enfatiza la necesidad que el texto de la reforma constitucional sea conforme a las obligaciones del Estado de Chile en materia de derechos de los pueblos indígenas.

3. Participación de los pueblos indígenas en las estructuras y definición de políticas del Estado

18. En cuanto a la participación indígena en las estructuras de Estado, el Relator Especial toma nota que el Gobierno está considerando la presentación de dos proyectos de ley para a) garantizar la participación de los pueblos indígenas en el Parlamento y en los Consejos Regionales; y b) crear un Consejo de Pueblos Indígenas. El Relator Especial valora estas iniciativas, a la vez que reconoce los desafíos y requisitos que pudiera implicar el dar curso a tales iniciativas debido a las particularidades del sistema político institucional en Chile. Según entiende el Relator Especial, para garantizar la participación de los pueblos indígenas en el Parlamento, se requiere previamente una reforma constitucional respecto al número de parlamentarios, circunscripciones y el sistema electoral binominal.

19. En relación a la propuesta de crear un Consejo de Pueblos Indígenas, el Relator Especial recuerda al Gobierno la importancia de asegurar que los mecanismos de interlocución entre los estados y los pueblos indígenas faciliten el ejercicio pleno de los derechos y facultades de que son titulares cada pueblo y comunidad indígena, de conformidad con sus propias instituciones representativas. Al respecto, el Relator Especial quisiera hacer referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Yatama c. Nicaragua*, que señala:

⁹ *Ibid.*, pág. 3.

¹⁰ Tribunal Constitucional, sentencia Rol 309, considerando 7.

"... El Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas (...) puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización"¹¹.

20. Similarmente, el Convenio N° 169 de la OIT establece que la participación de los pueblos indígenas se realiza a través de sus organizaciones e instituciones representativas (art. 6.1 a)). Un comité del Consejo de Administración de la OIT ha señalado que "[d]ada la diversidad de los pueblos indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa, lo importante es que estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas"¹². Además, el comité afirmó que no deben confundirse las "instituciones representativas de los pueblos indígenas" con las "organizaciones más representativas" de estos pueblos en términos de cobertura¹³.

21. A este respecto, el Relator Especial observa la importancia que los mismos pueblos indígenas desarrollen o revisen sus propias instituciones, a través de sus propios procedimientos de toma de decisiones, para facilitar los procesos de consulta y su participación en las estructuras de toma de decisiones del Estado. El Relator Especial ha observado que, en general, la falta de consideración de organizaciones representativas de los pueblos indígenas puede confundir o retrasar los procesos de consulta y participación. Sobre este punto, el Gobierno ha reconocido que "la implementación de un proceso de consulta bajo los estándares del Convenio N° 169 de la OIT [...] requiere un gran esfuerzo de parte de todos los actores, públicos, privados y de los pueblos indígenas y, en consecuencia, constituye una tarea realizable en un marco de diálogo y comprensión mutua"¹⁴.

22. El Relator Especial nota que, en el marco legal vigente, la CONADI, bajo la dirección de su Consejo Nacional, que es integrado paritariamente por representantes del ejecutivo y de los pueblos indígenas, podría ser un punto focal importante para la interlocución entre el Estado y los pueblos indígenas, incluyendo en los procesos de consulta a desarrollarse, considerando su mandato según la Ley N° 19253 de 1993 ("Ley indígena") de "[p]romover 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;" (art. 39, inc. a) y de "[s]ugerir al Presidente de la República los proyectos de reformas legales y administrativas necesarios para proteger los derechos de los indígenas" (art. 39, inc. j). El Relator Especial observa también que dentro de la estructura de CONADI, el Consejo Nacional tiene la función, entre otras, de "[e]studiar y proponer las reformas legales, reglamentarias y administrativas relativas a los indígenas o que les afecten directa o indirectamente" y de "[s]ugerir a los diversos ministerios y reparticiones del Estado los

¹¹ *Yatama c. Nicaragua*, párr. 225.

¹² Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, de 1989, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), GB.283/17/1 (2001), párr. 109.

¹³ *Ibíd.*, párr. 101.

¹⁴ Observaciones del Gobierno de Chile sobre los "Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en material de derechos de los pueblos indígenas en Chile" (12 de mayo de 2009) (apéndice B), pág. 12.

planes y programas que estime conveniente aplicar y desarrollar en beneficio de los indígenas" (art. 42, inc. c).

23. Asimismo, el Relator Especial toma nota de la existencia de diversos proyectos de ley que guardan relación con institucionalidad de políticas indígenas, tales como el proyecto de creación de una Subsecretaría de Asuntos Indígenas (*Boletín* N° 6018-06) y el proyecto "Sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública" (*Boletín* N° 3562-06). El Relator Especial señala que tales proyectos deben ser debidamente consultados con los pueblos indígenas.

B. Derechos a tierras y territorios

24. En Chile, la Ley indígena N° 19253 estableció en su momento el marco nacional principal respecto a derechos de los pueblos indígenas a las tierras y recursos y creó un Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, administrado por la CONADI. El Fondo de Tierras y Aguas Indígenas funciona a través de dos mecanismos establecidos en el artículo 20: a) el subsidio a la compra de tierras para su ampliación; y b) la compra directa de "tierras en conflicto". De acuerdo a la información recibida, desde 1994, la política de tierras de la CONADI se ha concentrado en la compra de tierras. El Relator Especial toma nota de que el Gobierno de Chile ha comprado y entregado un conjunto significativo de tierras de más de 140.000 ha, las que sumadas a las tierras fiscales regularizadas y que ya se encontraban en posesión indígena, totalizan hasta la fecha unas 657.520 ha, según la información oficial. El Gobierno nota que durante la vigencia de la Ley N° 19253 se han obtenido los siguientes resultados entre 1994 y 2009¹⁵.

Tierra Adquirida por el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, años 1994 a 2009

	Artículo 20 b)	Artículo 20 a)	Traspaso predios fiscales	Saneamiento propiedad	Total
Total 1994-2009 (ha)	97 811	28 491	245 134	286 084	657 520
Familias	8 618	3 476	8 015	49 091	69 200
Comunidades	251	165	189	8	613
Subsidios individuales	-	1 465	-	-	1 465
Monto inversión					
Pesos chilenos	119 616 271 244	41 063 417 559			
Dólares de los EE.UU.	217 484 130	74 660 760			292 144 890

25. A pesar de la existencia de los programas de compra y transferencia de tierras, llama la atención que, según la información recibida, no existe un mecanismo específico para el reconocimiento de derechos a las tierras o a los recursos naturales con base en los patrones de uso y ocupación tradicional o ancestral de las comunidades indígenas, situación sobre la cual el Comité de Derechos Humanos hizo una recomendación expresa al Estado de Chile, en sus observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Chile (CCPR/C/CHL/CO/5, párr. 19). Cabe mencionar asimismo que el anterior Relator Especial recomendó en su informe sobre Chile que "[a]demás de la titulación de predios privados, deberán ser rescatados y reconstituidos los tradicionales territorios comunales indígenas que contengan recursos para uso comunal" (E/CN.4/2004/80/Add.3, párr. 65).

26. El Relator Especial toma nota de la información recibida respecto a que los procedimientos administrativos del Fondo de Tierras establecida por la CONADI solo

¹⁵ Carta de Ministro Viera-Gallo (nota 4, *supra*), pág. 4.

contemplan la posibilidad de atender a las reclamaciones de tierras indígenas que estuvieron reconocidas en títulos emitidos por el Estado desde 1861 hasta el siglo XX, lo cual parece excluir las reclamaciones de tierras ancestrales o acceso a recursos naturales basados solo en la posesión o uso tradicional. Sin embargo, el Gobierno ha comunicado al Relator Especial que la Ley N° 19253 sí posibilita la recuperación y restitución de tierras ancestrales de los indígenas, aunque agrega que esto es "siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro público de tierras indígenas, a solicitud de la respectiva comunidad o titular de la propiedad"¹⁶. Sin entrar en un debate sobre este punto, el Relator Especial desea enfatizar que recibe con agrado cualquier interpretación de las leyes existentes para que se reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas de manera conforme a los estándares internacionales. En todo caso es preocupante que al parecer no exista un mecanismo dentro del orden interno chileno que claramente permita reconocer, restituir y proteger los derechos sobre tierras y recursos indígenas de ocupación ancestral, sin que hubieran derechos inscritos anteriormente.

27. Asimismo, el Relator Especial expresa su preocupación acerca de la información recibida de varias fuentes de que la política de compra de tierras en muchas ocasiones ha resultado en la fragmentación de los territorios tradicionales de comunidades mapuches y que el Fondo de Tierras ha sido reorientado hacia una práctica de reasentamiento de individuos y comunidades a tierras lejanas de sus territorios tradicionales. La información recibida señala además que la política de tierras ha tendido a favorecer títulos individuales de propiedad y no títulos de propiedad colectiva. Al respecto el Gobierno hace notar que la Ley indígena establece dos mecanismos para la adquisición de predios (art. 20, incs. a y b) y que, de los dos mecanismos, solo una parte del primero (art. 20, inc. a) está dirigida a títulos individuales¹⁷. Otro efecto colateral de la política de adquisición de tierras, según la información recibida, es la especulación en el mercado de tierras, que ha resultado en la subida artificial de los precios de tierras compradas a beneficio de los indígenas.

28. Cabe enfatizar que en las últimas décadas, los derechos de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos han llegado a ser reconocidos en el ámbito del derecho internacional. En particular, el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, establece que:

"Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.
2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados."

¹⁶ Carta de Rodrigo Egaña Baraona (nota 3, *supra*), pág. 7.

¹⁷ Carta del Ministro Viera-Gallo (nota 4, *supra*), pág. 3.

29. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido estos derechos y la obligación de los Estados de protegerlos, estableciendo que la posesión tradicional de las tierras se ve amparada como derecho de propiedad en virtud del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, un tratado del que es parte el Estado de Chile. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas afirma los derechos de los pueblos indígenas a sus territorios ancestrales (art. 26) y la reparación por medios que pueden incluir la restitución o una indemnización justa "por las tierras que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado" (art. 28).

30. Con respecto a la situación de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas en el norte del país, el Relator Especial recibió información alegando un insuficiente y tardío cumplimiento de lo dispuesto en la Ley N° 19253 respecto a la salvaguarda y restitución de tierras patrimoniales atacameñas (lickanantays) (art. 63). Según la información, la Ley N° 19253 estableció un plazo de tres años, que venció en 1996, para restituir las tierras patrimoniales de estas comunidades. De acuerdo a los catastros realizados por el Ministerio de Bienes Nacionales, las tierras a restituir representan una superficie superior a los 3.000.000 de ha; sin embargo, de ellas solo han sido restituidas 400.000 ha, aproximadamente.

31. Además, el Relator Especial expresa su preocupación por la información recibida alegando que las comunidades indígenas de la isla de Chiloé reclaman derechos de propiedad procedentes de la época colonial, a cuya protección se comprometió la República de Chile en el Tratado de Tantauco, firmado entre Chile y España al finalizar la guerra con España y la subsecuente anexión de la provincia de Chiloé a Chile en 1826, el cual reconocía que "los bienes y propiedades de todos los habitantes que se hallan actualmente en esta provincia" serían "inviolablemente respetados" (arts. 6 y 7). Según la información, los territorios ancestrales y antiguas propiedades de tiempo colonial de las comunidades de Weketrumao, Coinco, Coldita Incopulli de Yaldad figuran actualmente como tierras fiscales y no como tierras de las comunidades indígenas de Chiloé.

32. El Relator Especial toma nota de la información proporcionada por el Gobierno respecto a que desde el año 2006, hubo un incremento presupuestario del Programa de Subsidio para la aplicación de los incisos a y b del artículo 20 de la Ley N° 19253, lo que haría posible aumentar la cobertura del Fondo de Tierras a nivel nacional. Sin embargo, el Relator Especial nota que las partidas presupuestarias destinadas a políticas indígenas representan solo un 0,31% del Presupuesto Nacional, lo que según la información recibida, resulta insuficiente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones estatales de restitución de tierras y aguas, y otros programas en materia indígena, por ejemplo, de 115 comunidades priorizadas en el 2008 para la aplicación del artículo 20 de la Ley N° 19326 y comprometidas en el plan Re-Conocer, solo 36 de ellas han recibido solución a sus reclamaciones hasta la fecha. El Relator Especial toma nota de la afirmación del Gobierno respecto del proceso de restitución de tierras, que sostiene que su plan Re-Conocer establece "una agenda clara y metas para el trienio 2008-2010 con los recursos necesarios para su cumplimiento"¹⁸.

C. La explotación de los recursos naturales

33. El Gobierno ha identificado como una tarea pendiente la reforma de las leyes sectoriales a la luz de la ratificación del Convenio N° 169. El Relator Especial hace presente

¹⁸ Ibid., pág. 4.

al Estado de Chile que tales reformas fueron una recomendación expresa del anterior Relator Especial en el informe sobre su misión a Chile de 2003, y ha sido reiterada por el Comité de Derechos Humanos en sus observaciones finales de 2007 (CCPR/C/CHL/CO/5, párr. 19, inc. e) y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD/C/CHL/CO/15-18, párr. 23). El Relator Especial reconoce las iniciativas estatales en este contexto y enfatiza que es esencial la participación de los pueblos indígenas en este esfuerzo. A la vez reconoce que la reforma de leyes sectoriales es inevitablemente compleja y que requerirá un significativo compromiso político y financiero del Estado.

34. El Relator Especial ha tenido conocimiento de algunas iniciativas gubernamentales en relación con las denominadas Áreas de Desarrollo Indígena. El plan Re-Conocer menciona como "desafíos": a) el reconocimiento y operacionalización del derecho a participar en la gestión de las Áreas de Desarrollo Indígena; y b) el reconocimiento y expresión de nuevos ordenamientos legales del derecho sobre los recursos naturales en las Áreas de Desarrollo Indígenas y en las tierras indígenas, en especial aguas, minas y pesca (art. 1.1, párr. 2, incs. h e i). Otros pasos incluyen la propuesta en el plan Re-Conocer de la creación de "Mesas de Trabajo sobre Recursos Hídricos" en cada región para enfrentar el déficit de comunidades que han recibido tierras a través de la Ley indígena (art. 1.2, inc. e). Asimismo, el Relator Especial toma nota de la presentación por el Gobierno de un borrador de un "código de conducta responsable para inversiones en tierras y áreas de desarrollo indígena", y su difusión en una serie de reuniones con empresarios, agencias del Gobierno, y representantes indígenas.

35. Además de las reformas a las leyes sectoriales y el desarrollo de procedimientos de consulta para proyectos futuros, en el contexto de las garantías del Convenio N° 169, podría ser necesario reevaluar los proyectos de inversión ya existentes. Específicamente, el Relator Especial ha recibido alegaciones que en algunos casos específicos de inversión actualmente en curso, no se están cumpliendo los requisitos del Convenio, incluidos los siguientes casos en el sur del país:

a) El proyecto de SN Power, empresa de capitales estatales noruegos, en Liqueñe, Coñaripe y Rupumeica, región de los Ríos, para construir cuatro centrales hidroeléctricas que resultarán en la inundación de entre 400 y 1.200 ha. Según la información, SN Power obtuvo los derechos de agua en 1999 y la concesión eléctrica y ha avanzado en su proyecto sin que se realice un proceso de consulta previa a las comunidades afectadas.

b) Los proyectos de centrales hidroeléctricas impulsados por ENDESA/España y Colbun en la región del Bio Bio y región de los Ríos, afectando tierras ancestrales y actuales de comunidades mapuche.

c) La instalación de plantas químicas de tratamiento de aguas servidas en territorio mapuche amenazando ambientalmente a las comunidades por vertidos de cloro y otros desechos químicos en ríos y fuentes de agua, en la región de la Araucanía.

d) Plantas de celulosa (de las empresas CELCO S.A., Celulosa Arauco), que causan la contaminación de cursos de río, incluyendo la contaminación del Sitio Ramsar Río Cruces en territorio de comunidades mapuche lafkenche. Durante 2008 CELCO siguió adelante su propuesta para la construcción de un ducto al mar para botar sus desechos contaminantes, lo que afectó a las comunidades lafkenches de Mehuin, Misisipi, Maiquillahue, Chan Chan y Quillallhue, en la región de los Ríos.

36. El Relator Especial ha recibido información concordante de varias fuentes respecto a que el Código de Aguas reformado en 2005, el Código de Minería de 1982, la Ley orgánica constitucional sobre concesiones mineras, y la Ley sobre concesiones geotérmicas de 2000, favorecen la apropiación, por empresas privadas, de agua, recursos minerales y fuentes geotérmicas, con efectos negativos sobre el uso o valor de las tierras tradicionales de pueblos indígenas aymara, quechua, atacameño o lickanantay, mapuche, colla y diaguita.

A este respecto el Relator Especial recibió información que las reformas de 2005 al Código de Agua vinieron a consolidar el proceso de apropiación de agua por parte de las empresas mineras y dificultaron el acceso al agua para los pueblos indígenas. En el norte del país diversos proyectos mineros implican una pérdida de derechos de agua y/o la extracción de aguas subterráneas por empresas mineras, que generan como consecuencia el desecamiento de las tierras y recursos utilizados por comunidades indígenas en el área. Otros proyectos se relacionan con concesiones otorgadas en territorios tradicionales indígenas para el aprovechamiento de recursos del subsuelo para la generación de energía geotérmica, incluidos los proyectos de los géiseres del Tatio, volcán Tacora, la comunidad de Surire, y las zonas mapuches cordilleranas de Alto Bio Bio y Melipeuco.

37. Dependiendo de los hechos de cada caso específico, los estándares internacionales podrían requerir que se abran procesos de consulta respecto a tales leyes sectoriales, concesiones o proyectos, de acuerdo con el derecho de los pueblos indígenas de participar en la utilización y administración de los recursos naturales en sus tierras, así como consideración de la indemnización equitativa por cualquier daño resultante de esas actividades. Al respecto, el Relator Especial hace presente al Estado la recomendación del anterior Relator Especial en su informe sobre Chile respecto a que "[e]n todo proyecto de desarrollo que se contemple en sus regiones y territorios, los indígenas deberán ser consultados previamente" (E/CN.4/2004/80/Add.3, párr. 67). Asimismo, el Relator Especial hace presente que el artículo 15 del Convenio N° 169, establece lo siguiente:

"Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. 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."

38. El Relator Especial toma nota de lo señalado por el Gobierno¹⁹ respecto a que el Convenio N° 169 no estaba vigente para Chile cuando se iniciaron algunos de los proyectos mencionados y que, por el principio de la no retroactividad, el Convenio no se aplica estrictamente a aquellas decisiones adoptadas antes de la aprobación y ratificación del Convenio. Sin embargo, el Relator Especial hace presente al Estado que los proyectos ya en marcha de extracción de recursos naturales, industriales y de infraestructuras, obviamente tienen efectos actuales y futuros en las vidas de las comunidades en las zonas de estos proyectos. Por lo tanto, las normas internacionales actualmente vigentes son aplicables por lo menos en relación con aquellos impactos actuales y futuros de estos proyectos, tanto privados como estatales. Al respecto, los órganos de control normativo de la OIT han concluido que, aunque las disposiciones del Convenio N° 169 no pueden ser aplicadas retroactivamente, sí pueden aplicarse a actividades llevadas a cabo en relación con concesiones otorgadas con anterioridad a que el Convenio entrase en vigor, porque "... la

¹⁹ Ibid.

situación creada por la firma de[l] contrato [de concesión] persiste hasta la fecha. Además, la obligación de consultar con los pueblos interesados no es aplicable solo a la celebración de contratos sino que surge de manera general en el contexto de la aplicación de las disposiciones del Convenio²⁰. Por lo tanto, en el caso de proyectos ya en marcha deben aplicarse procesos de consulta, de acuerdo a los estándares internacionales, con respecto a sus impactos actuales y futuros, y tomarse todas las medidas de mitigación de impactos, reparación y justa compensación a las comunidades afectadas. Asimismo, estas normas deben guiar al Estado en relación con futuros proyectos de inversión en el país que puedan afectar a los pueblos indígenas.

39. El Relator Especial, en adición a los criterios detallados en su informe de 24 de abril de 2009 sobre la obligación estatal de consultar, señala que en aquellas situaciones en que una actividad o proyecto de inversión tenga impactos substanciales que pondrían en peligro el bienestar físico o cultural de una comunidad indígena, el Estado no debería autorizar continuar con la actividad sin el consentimiento de la comunidad afectada. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha concluido que el requisito del consentimiento es exigible en aquellos casos de inversión a gran escala que tendrían un impacto mayor sobre los pueblos indígenas²¹. En este mismo sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas exige el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas, en casos tales como el traslado forzoso de comunidades indígenas o el depósito de materiales peligrosos en el territorio de una comunidad (arts. 10, y 29, párr. 2).

D. Conflictos por reivindicaciones de tierras mapuches

40. En relación con la política estatal de tierras indígenas y recursos naturales, el Relator Especial ha recibido alegaciones sobre irregularidades procesales y discriminación a individuos mapuches, principalmente en el contexto de controversias sobre reivindicaciones de tierras y recursos naturales. Líderes tradicionales y otros dirigentes y comuneros mapuches han sido condenados y siguen siendo procesados bajo diversos regímenes penales por actos que de alguna manera se relacionan con la protesta social mapuche en torno a reivindicaciones de tierras. El Relator Especial desaprueba el recurso a actos de violencia como medio de protesta, inclusive en aquellas situaciones relacionadas con reivindicaciones legítimas de los pueblos y comunidades indígenas. Sin embargo, la comisión de eventuales actos de violencia no justifica en caso alguno la violación de derechos humanos de la población indígena por parte de los agentes policiales del Estado.

41. El Relator Especial entiende que este tema ha sido examinado, y sigue siendo examinado por varias instituciones internacionales de derechos humanos, tales como la

²⁰ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio N° 169 de la OIT, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), párrs. 28 y 30 a 33 (2000). Cf. *Chief Bernard Ominayak and Lubicon Lake Band c. el Canadá*, CCPR/C/38/D/167/1984, Comité de Derechos Humanos, 26 de marzo de 1990, un caso en que el Comité de Derechos Humanos en un procedimiento bajo el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aplicó el Pacto a una situación enfrentada en la actualidad por los lubicon cree, cuando esa situación tenía raíces en acontecimientos mucho antes de la entrada en vigor del Pacto o de su Protocolo Facultativo para el Estado parte.

²¹ Caso del *Pueblo saramaka c. Suriname*, sentencia de 28 noviembre de 2007, serie C. N° 172, párrs. 133 a 137.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de todas formas de Discriminación Racial, el Comité contra la Tortura, así como mediante una serie de comunicaciones enviados por el anterior Relator Especial, profesor Rodolfo Stavenhagen, en relación con casos específicos. El Relator Especial ha tomado nota de la información detallada proporcionada por el Gobierno ante dichas instancias.

42. Por otra parte, durante su visita el Relator Especial recibió información sobre alegaciones de casos de violencia o maltrato policial en contra de personas mapuches, ocurridos durante los últimos años desde la visita del Relator Especial de 2003. Uno de los aspectos de las denuncias recibidas son los allanamientos llevados a cabo en contra de familias e individuos mapuches en relación con casos de supuestos delitos que se hallan bajo investigación. La queja más frecuentemente versa sobre incumplimiento de las garantías procesales establecidas en el Código Procesal Penal. En varios de los casos, las personas alegan que no han recibido explicaciones por parte de la policía, ni posteriormente de la fiscalía sobre las razones por los allanamientos. Según las alegaciones recibidas, en algunos de estos casos los objetos incautados no han sido restituidos a las personas afectadas. Asimismo, en algunos de estos allanamientos se ha denunciado uso excesivo y desproporcionado de armas de fuego y gases lacrimógenos, así como la existencia de golpes e insultos por parte de la policía en contra de la población indígena, afectando a mujeres, niños y ancianos.

43. Según la información, la acción de la policía ha resultado en numerosos heridos. Asimismo, el Relator Especial nota con preocupación que acciones de la policía han resultado en la muerte, como consecuencia de un disparo, del joven mapuche Matías Catrileo en enero de 2008, y más recientemente, del joven mapuche Jaime Facundo Mendoza Collio en agosto de 2009. En su carta de 7 de septiembre de 2009, el Gobierno informó de que el funcionario de carabineros procesado en este último caso como presunto autor del delito de "violencia innecesaria con resultado muerte", fue detenido. Posteriormente fue dejado en libertad condicional mientras seguía bajo investigación.

44. El Gobierno ha proporcionado información detallada respecto a los procedimientos existentes para verificar que la policía haya dado cumplimiento efectivo a las garantías procesales en allanamientos y otras diligencias. Según el Gobierno, toda orden de entrada y registro que realice la policía debe estar precedida de una orden del Tribunal de Garantía correspondiente y autorizada por un juez. En los casos en que se alegue una transgresión de las garantías procesales, se puede solicitar al Ministerio del Interior que se investigue la situación. Frente a cualquier alegación de abuso policial, la fiscalía puede investigar la situación y sancionar a los responsables. Asimismo, informa el Gobierno, representantes del Ministerio del Interior llevan a cabo reuniones periódicas con la policía, con fines de señalar cualesquiera preocupaciones existentes sobre los procedimientos de los allanamientos. El Relator Especial valora la existencia de estos mecanismos de control y recomienda que se apliquen cabalmente.

45. El Gobierno ha comunicado al Relator Especial que no se han recibido denuncias formales respecto a los procedimientos de los allanamientos. Sin embargo, ello contrasta con la información proporcionada por entidades no gubernamentales de derechos humanos al Relator Especial durante su visita a Chile, las que dan cuenta de numerosos denuncias enviadas al Gobierno respecto a situaciones de violencia policial, en particular en el contexto de allanamientos a comunidades, las que en algunos casos no han sido respondidas. En el mismo sentido, el Comité de Derechos del Niño recomendó al Estado de Chile que "[v]ele por que los jóvenes indígenas no sean víctimas de malos tratos a manos de la policía y adopte medidas preventivas y correctivas en los casos de presuntos malos tratos". (CRC/C/CHL/CO/3, párr. 74, inc. d).

46. Otro aspecto preocupante de la política penal es la aplicación, especialmente en años pasados, de la Ley antiterrorista (Ley N° 18314) para procesar y condenar a individuos mapuche por delitos cometidos en el contexto de la protesta social. En este sentido, el Relator Especial anterior recomendó que "[n]o deberán aplicarse acusaciones de delitos tomados de otros contextos ("amenaza terrorista", "asociación delictuosa") a hechos relacionados con la lucha social por la tierra y los legítimos reclamos indígenas" (E/CN.4/2004/80/Add.3, párr. 70). Cabe notar que fueron condenados por la Ley antiterrorista Juan Carlos Huenulao Lielmil, José Benicio Huenchunao Marín, Patricia Troncoso Robles, Juan Ciriaco Millacheo Lican, Juan Carlos Marileo Saravia y Florencia Jaime Marileo Saravia, todos condenados por el delito de incendio terrorista, con una pena de 10 años y un día; Víctor Anacalaf Llaupe, condenado a cinco años y un día por el delito de lanzamiento de artefacto incendiario; y Aniceto Norín y Pascual Pichún, condenados a cinco años y un día por el delito de amenaza de incendio terrorista. Además, la información que el Relator Especial ha podido recabar indica que en la actualidad 15 personas mapuches, o simpatizantes de su causa, están siendo procesadas por delitos contemplados en Ley antiterrorista.

47. En marzo de 2007, el Comité de Derechos Humanos recomendó a Chile "adoptar una definición más precisa de los delitos de terrorismo de tal manera que se asegure que individuos no sean señalados por motivos políticos, religiosos o ideológicos" (CCPR/C/CHL/CO/5, párr. 7). Similar recomendación ha sido formulada a Chile por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en agosto de 2009 (CERD/C/CHL/CO/15-18, párr. 15). Sin embargo, la información recibida indica que hasta la fecha no se ha avanzado en la tramitación del proyecto de ley presentado por el ejecutivo para la modificación de la Ley antiterrorista (*Boletín* N° 4298-07 de 5 de junio de 2006), ni se le ha asignado urgencia legislativa. El Relator Especial hace presente que el Gobierno de Chile, en su respuesta al informe del Relator Stavenhagen, reconoció que la Ley N° 18314 posee una definición demasiado amplia de los tipos penales, y que debía ser reformada, notando que "el Gobierno actualmente se encuentra analizando los tipos penales contenidos en la Ley antiterrorista, de acuerdo con las nuevas orientaciones de la política criminal, pues está consciente que tal legislación establece tipos penales demasiado amplios; por lo cual se hace necesario su revisión". Asimismo, toma nota de la afirmación del Gobierno que está "abierto [...] a perfeccionar" la legislación en esta materia y que "para ello constituir[á] un grupo de trabajo que a se avoque a analizar [la] legislación antiterrorista, tanto desde una perspectiva de comparada, como de derechos humanos"²².

III. Conclusiones y recomendaciones

48. **El Relator Especial toma nota de los avances verificados en Chile hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en Chile, tales como la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT y las iniciativas de reforma constitucional en materia indígena. Resulta aparente que existe un nivel importante de atención de parte del Estado de Chile a los asuntos indígenas y el desarrollo de planes y propuestas orientadas a responder a las recomendaciones del anterior Relator Especial, profesor Stavenhagen, especialmente en materia de políticas asistenciales.**

²² Carta del Ministro Viera-Gallo (nota 4, *supra*), pág. 5. El Relator Especial toma nota de la información proporcionado por el Gobierno que enviarán dos proyectos de ley en materia de derechos humanos: a) referido a la modificación de la competencia de los tribunales militares, que situará el funcionamiento de estas instancias solo a causas estrictamente militares; y b) que tipificará el delito de tortura en el Código Penal de acuerdo a las disposiciones de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

A. Consulta y participación

49. El Relator Especial insta a todas las partes interesadas a seguir fortaleciendo y hacer efectivos mecanismos de interlocución y concertación entre el Estado y los pueblos indígenas. En este sentido, el Relator Especial enfatiza al Estado la necesidad de crear condiciones de confianza y garantías entre las partes y desarrollar un procedimiento efectivo de consulta, de acuerdo a los estándares internacionales obligatorios para el Estado. Los pueblos indígenas del país deberían consolidar sus propias instituciones, mediante sus propios procedimientos de toma de decisiones, para facilitar los procesos de consulta y concertación.

50. Como medida de crear confianza en los procesos de consulta del Estado, el Relator Especial reitera su recomendación de llevar a cabo una consulta para determinar el procedimiento para implementar en Chile los estándares internacionales en las consultas propiamente dichas, antes de la adopción de cualquier medida que afecte directamente a los pueblos indígenas o a una comunidad indígena.

51. El Estado de Chile ha tomado pasos importantes hacia el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y sus derechos. El Relator Especial insta al Gobierno y al Congreso Nacional a realizar el proceso de consulta en relación con estas reformas, y a asegurar que tanto la consulta como los contenidos de las reformas a adoptar sean plenamente conformes con las normas internacionales aplicables, incluido el Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

52. El Relator Especial valora las iniciativas tendientes a fortalecer la participación de los pueblos indígenas en las estructuras del Estado y urge al Estado a asegurar su participación en condiciones de igualdad y tomando en cuenta sus formas tradicionales de organización, de acuerdo con las normas internacionales. Al respecto, el Relator Especial enfatiza la necesidad de preparar a los gobiernos regionales y ministerios para la aplicación plena del artículo 7 del Convenio N° 169 de la OIT, en particular respecto a la participación de los pueblos indígenas "en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente".

B. Derechos a tierras y territorios

53. El Relator Especial reconoce los esfuerzos del Estado en materia de políticas de tierras indígenas, desde la aprobación de la Ley N° 19253, y a la vez, en el nuevo marco legal reforzado con el Convenio N° 169 de la OIT, recomienda al Estado de Chile establecer un mecanismo efectivo para reconocer los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras y recursos naturales que se basan en la ocupación y uso tradicional o ancestral, de acuerdo con las normas internacionales relevantes. A este respecto, el Relator Especial observa la necesidad de resolver los reclamos de tierra pendientes e insta al Gobierno y al Congreso a asegurar que la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) y otras instituciones relevantes cuenten con suficientes recursos para poder realizar adecuadamente sus funciones al respecto.

54. El Relator Especial enfatiza la necesidad de que el Estado desarrolle un máximo de esfuerzos en la adecuación de sus políticas públicas y de la legislación sectorial, de tierras, aguas, geotermia, y medio ambiente, entre otras, para su compatibilidad con el Convenio N° 169 de la OIT, y las obligaciones internacionales del Estado respecto a los derechos de los pueblos indígenas. Asimismo, el Relator Especial recomienda reformar los procedimientos existentes del Fondo de Tierras y

Aguas para adecuarlo a las normas contemporáneas de reconocimiento y restitución de los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y recursos de ocupación y uso tradicional o ancestral, especialmente a la luz de la reciente ratificación del Convenio por parte de Chile.

C. La explotación de los recursos naturales

55. En el caso de proyectos ya operativos de inversión industrial y de extracción de recursos naturales, se deben aplicar procesos de consulta con respecto a sus impactos en los derechos, tierras y territorios de comunidades indígenas y tomar todas las medidas de mitigación de impactos, reparación y justa compensación a las comunidades indígenas afectadas.

56. El Relator Especial enfatiza la necesidad de realizar consultas en relación con cualquier proyecto que pueda afectar las tierras, territorios y otros recursos de alguna comunidad indígena —tanto al interior como al exterior de las denominadas "Áreas de Desarrollo Indígena"— de conformidad con las normas internacionales aplicables.

D. Conflictos por reivindicaciones de tierras mapuches

57. El Relator Especial observa que la falta de un mecanismo para reivindicar los derechos a las tierras ancestrales o a reparar a los indígenas por las tierras que hayan sido tomadas sin su consentimiento, como se menciona arriba, podría haber contribuido a un ambiente de enfrentamiento en el que algunos miembros de las comunidades mapuches se habrían sentido sin opciones adecuadas y, por ende, habrían optado por la protesta social que en algunos casos implicaría la comisión de delitos y de actos contrarios al orden público.

58. Asimismo, observa que uno de los efectos colaterales de una política penal que ha sido materia de alegaciones sobre el incumplimiento de la normativa internacional y las garantías procesales internas, es la estigmatización de los indígenas y una dinámica general de controversia entre los mapuches y los autoridades estatales, que no contribuye a la búsqueda de soluciones constructivas orientadas a determinar los orígenes de la protesta.

59. Esta dinámica puede haber contribuido a generar un ambiente crítico de desconfianza de los indígenas hacia las autoridades estatales, que ha afectado de manera negativa a la convivencia y legitimidad democráticas, contribuyendo al descontento general sobre las iniciativas del Gobierno de Chile en materia indígena que el Relator Especial observó durante su visita.

60. El Relator Especial manifiesta la necesidad de profundizar en una revisión de la política penal aplicada en los últimos años respecto a comunidades y personas indígenas y sus actos de protesta, de modo que ésta se oriente a la búsqueda de soluciones que permitan la compatibilidad entre los fines de orden público y el respeto a las normas internacionales y contribuir a crear una clima de gobernabilidad democrática entre los mapuches y los autoridades estatales.

61. El Relator Especial tiene presente el compromiso hecho en años anteriores por el Gobierno e informado a los órganos de derechos humanos, de no aplicar la Ley antiterrorista para procesar a individuos en casos vinculados con movimientos sociales mapuches y hace un llamado a las autoridades competentes para que cumplan con dicho compromiso. Reitera la importancia, en este sentido, de reformar la Ley N° 18314 y adoptar una definición más precisa de los delitos de terrorismo, de acuerdo

con las recomendaciones pertinentes del Comité de Derechos Humanos y del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

62. El Relator Especial recibe con preocupación las alegaciones sobre abusos y violencia ejercida por parte de la policía contra miembros del pueblo mapuche, en el contexto de allanamiento y otras operaciones policiales. El Relator Especial expresa su pesar por la muerte del joven mapuche José Facundo Mendoza Collio ocurrida el 12 de agosto de 2009, como consecuencia de disparos de policías. El Relator Especial hace un llamado a que las autoridades competentes investiguen las quejas de abusos y violencia contra las personas indígenas cometidas por miembros de la policía, a que sean enjuiciadas y sancionadas las personas responsables de dichos actos, y que se repare a las víctimas o a los familiares de las víctimas. Además, el Relator Especial exhorta a las autoridades competentes a que tomen las medidas necesarias para prevenir dichos actos.

E. Presupuesto Público

63. El Relator Especial enfatiza la necesidad de que la Ley de Presupuesto Público dote del financiamiento necesario a las políticas y programas dirigidos a los pueblos indígenas, en cumplimiento del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del deber estatal de adoptar las medidas "hasta el máximo de los recursos de que disponga", y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, para dar plena efectividad a los derechos humanos. Debiera prestarse especial atención al financiamiento, entre otros, de programas de tierras y aguas, educación bilingüe intercultural, hogares de estudiantes indígenas, salud intercultural, y asegurar el financiamiento de los procesos de consulta.

F. Observaciones finales

64. El Relator Especial toma nota del compromiso del Estado frente a la adopción de todas las medidas necesarias para implementar el Convenio N° 169 de la OIT, incluida la adopción de reformas de legislación sectorial, y urge al Estado a cumplir con estos compromisos en plena consulta con los pueblos indígenas, haciendo una interpretación evolutiva del Convenio en vista de las provisiones de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

65. Es importante que el Estado siga teniendo presente las recomendaciones aplicables del anterior Relator Especial, Rodolfo Stavenhagen, en su informe del año 2004, así como el conjunto de las recomendaciones en materia indígena formuladas por los órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas en sus informes sobre Chile, y las conclusiones y recomendaciones del examen periódico universal de Chile de mayo de 2009.

66. El Relator Especial desea retomar en particular la recomendación del anterior Relator Especial que los órganos de las Naciones Unidas en Chile, incluida la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en cooperación con el Gobierno, los pueblos indígenas del país y otras partes interesadas, proporcionen asistencia técnica al Estado para poner en práctica las recomendaciones establecidas en el presente informe.

67. El Relator Especial insta al Estado, a las agencias de las Naciones Unidas en Chile, organizaciones de los pueblos indígenas y de la sociedad civil chilena, y a los medios de comunicación, a asegurar la difusión del presente informe.

68. El Relator Especial insta al Estado de Chile, a los pueblos indígenas, a los actores políticos y de la sociedad civil chilena a establecer procesos de diálogo y adopción de pactos sociales duraderos, dirigidos a la implementación de las recomendaciones de los distintos órganos de derechos humanos, del Convenio N° 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, y las recomendaciones del presente informe.

Apéndice A

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

Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile

I. Introducción

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

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

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

4. En este contexto, distintas instancias del Gobierno de la República solicitaron al Relator Especial que contribuya con sugerencias para llevar a cabo el proceso de consulta con los pueblos indígenas del país en relación con la reforma constitucional. Algunas organizaciones indígenas se pronunciaron en el mismo sentido. En respuesta a dichas solicitudes, este documento analiza los principios internacionales aplicables al ejercicio del deber estatal de consultar a los pueblos indígenas en relación con la reforma constitucional. Al respecto hace referencia a los criterios relevantes elaborados por órganos internacionales interesados en la materia y a algunos precedentes de otros países. El Relator Especial ha tomado conocimiento que el Gobierno en los últimos días ha iniciado un proceso de consulta con los pueblos indígenas en relación con la iniciativa de reforma constitucional

votado por el Senado el 7 de abril. Sin embargo, espera que el presente documento pueda contribuir de manera constructiva a que la consulta se ajuste a las normas internacionales.

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

II. La obligación de consultar a los pueblos indígenas en relación con la reforma constitucional

6.La obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas con carácter previo a la adopción de medidas legislativas, administrativas o políticas que afecten directamente sus derechos y sus intereses está firmemente asentada en el derecho internacional de los derechos humanos. El incumplimiento de la norma de consulta, o su realización sin observar sus características esenciales, compromete la responsabilidad internacional de los Estados²³. Asimismo, en países como Colombia o Costa Rica, el incumplimiento de la consulta y sus requisitos esenciales implica la nulidad de derecho público de los procedimientos, actos y medidas adoptadas²⁴.

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

8.Si bien el artículo 6 del Convenio N° 169 establece el deber genérico de los Estados en relación con las "medidas legislativas... susceptibles de afectarles directamente", debe entenderse que dichas medidas legislativas incluyen también los procesos de elaboración o reformas de normas constitucionales. En este sentido se han pronunciado los órganos de control normativo de la OIT, que han interpretado que "las reformas constitucionales... constituyen medidas legislativas en el sentido del artículo 6 y por lo tanto, entran indiscutiblemente en el ámbito de este artículo del Convenio"²⁵.

9.Si bien, en el caso de Chile, el Convenio N° 169 entra en pleno vigor el próximo 15 de septiembre de 2009, es claro que con anterioridad, y de acuerdo con el derecho

²³ Caso del *Pueblo saramaka c. Suriname*, sentencia de 28 noviembre de 2007, serie C. N° 172.

²⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sentencia N° 13832 de 11 de septiembre de 2008, consulta facultativa expediente N° 08-011089-0007-CO; Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia C-030 de 2008.

²⁵ *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (N° 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT)*, GB.283/17/1; GB.289/17/3 (2001) (en adelante, "Reclamación – México"), párr. 83.

internacional, los Estados deberán abstenerse de actos en virtud de los cuales "se frustren el objeto y el fin de un tratado" una vez manifestado su consentimiento a obligarse al mismo²⁶. Al respecto el Comité de Expertos de la OIT ha establecido que "las disposiciones sobre consulta, y en particular el artículo 6, son las disposiciones medulares del Convenio sobre las cuales reposa la aplicación de las demás disposiciones"²⁷, reiterando en diversos informes que la "consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio N° 169 en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo"²⁸. La obligación internacional ha sido plenamente asumida por el Gobierno de Chile, que ha manifestado su intención de poner en práctica las medidas necesarias para implementar el convenio desde su ratificación²⁹.

10. En términos similares al Convenio N° 169, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que contó con el voto favorable de Chile en la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007, establece que los Estados "celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado" (art. 19).

11. Asimismo, la jurisprudencia de los órganos de tratados de Naciones Unidas ha elaborado la obligación de consulta a los pueblos indígenas en su interpretación de algunos de los principales internacionales de derechos humanos sostenidos en tratados de los que Chile es parte. Otro tanto ha ocurrido en la jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Al respecto la Corte Interamericana en una interpretación evolutiva de la Convención Americana de Derechos Humanos en su sentencia del caso *Saramaka c. Suriname*, ha establecido que los Estados parte deben garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas, para lo cual el Estado debe consultar con [los pueblos indígenas] de conformidad con sus propias tradiciones"³⁰.

12. En el caso específico de Chile, el deber de consultar a los pueblos indígenas fue reiterado por el Comité de Derechos Humanos³¹, por el Comité de los Derechos del Niño³², y por el anterior Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Prof. Rodolfo Stavenhagen, con ocasión de su visita oficial al país en 2003³³.

²⁶ Convención de Viena de Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, 23 de mayo de 1969 (entrado en vigor el 27 de enero de 1980), art. 18 b).

²⁷ *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, CEACR 2004/75ª reunión. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, Ecuador, párr. 3.

²⁸ *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, Paraguay. Solicitud directa, párr. 8.

²⁹ Presidencia de la República: "Reconocer: Pacto Social por la Multiculturalidad" (1º de abril de 2009); Instructivo presidencial N° 5 de 25 de abril de 2008.

³⁰ Caso del *Pueblo saramaka c. Suriname*, *supra*, párr. 134.

³¹ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre Chile, CCPR/C/CHL/CO/5 (17 de abril de 2007), párr. 19.

³² Comité de Derechos del Niño, Observaciones finales sobre Chile, CRC/C/CHL/CO/3 (23 de abril de 2007), párr. 62.

³³ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Adición: Informe sobre la visita a Chile, E/CN.4/2004/80/Add.3 (17 de noviembre de 2003).

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

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

III. Principios internacionales relativos a la consulta a los pueblos indígenas

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

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

"... el instrumento [el Convenio N° 169 de la OIT] otorga a los Estados partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31.1 de la Convención de Viena de 1969, según la cual "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin"³⁴."

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

³⁴ Sentencia de la Corte Constitucional (Colombia), sentencia C-169/01 (2001), págs. 18 y 19 (nota al pie omitida).

1. La consulta debe realizarse con carácter previo

18. Resulta evidente que toda consulta realizada en virtud del Convenio N° 169 de la OIT y otras normas internacionales aplicables debe llevarse a cabo con anterioridad a la adopción de la medida a ser consultada, incluyendo medidas legislativas. Según han confirmado los órganos de control de la OIT, las reuniones posteriores a la tramitación de dicha medida legislativa no cumplen con los requisitos establecidos en el Convenio N° 169. Asimismo, dichos órganos han interpretado que el requisito de consulta previa implica "que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso"³⁵.

19. En términos similares, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas establece la obligación de la consulta previa (art. 19). Por su parte, la Corte Interamericana, en aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha determinado que "se debe consultar con [los pueblos indígenas] en las primeras etapas del plan... y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad"³⁶.

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

2. La consulta no se agota con la mera información

21. Una de las situaciones más comunes a las que ha tenido que enfrentarse los órganos de control normativo de la OIT es la realización de supuestas consultas a los pueblos indígenas que consisten en meros trámites de audiencia o de información. Según han reiterado estos órganos, "una reunión de mera información no se puede considerar de conformidad con lo dispuesto en el Convenio", particularmente a la vista del establecimiento de un "diálogo genuino entre ambas partes signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común"³⁷.

22. Del mismo modo, los órganos de control de la OIT han señalado que la celebración de audiencias con representantes indígenas no se ajustan necesariamente a las consultas exigidas por el Convenio. Por ejemplo, en el caso de la reforma constitucional mexicana de 2001 en materia indígena, un Comité Tripartito del Consejo de Administración de la OIT señaló que las "audiencias ante el Congreso", si bien permitieron que representantes de los pueblos indígenas "se expresaran", dichas audiencias no constituyeron "consultas sistemáticas con organizaciones... representativas"³⁸. En este sentido, el Comité consideró que dichas audiencias no constituyeron "un proceso en el cual las personas u organizaciones que tuvieron la oportunidad de ser oídas pudieran, además de ser oídas,

³⁵ Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (N° 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) (en adelante, "Reclamación – Colombia"), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 90 (énfasis añadido).

³⁶ Caso del Pueblo saramaka c. Suriname, *supra*, párr. 134.

³⁷ Reclamación – Colombia, *supra*, párr. 90.

³⁸ Reclamación – México, *supra*, párr. 103.

instaurar un intercambio genuino con continuidad y tiempo para, al menos tener la posibilidad de llegar a acuerdos"³⁹.

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

23. El cumplimiento por los Estados de la consulta "en buena fe", como estipula el Convenio N° 169, responde a la exigencia de cumplir con el objeto último de dicha obligación. En esta línea de pensamiento, los órganos de control normativo de la OIT han subrayado en múltiples ocasiones que la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como "un verdadero instrumento de participación"⁴⁰, que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas. En los términos de un Comité Tripartito de la OIT:

"Considerando que el establecimiento de mecanismos eficaces de consulta y participación contribuyen a prevenir y resolver conflictos mediante el diálogo, [y] disminuyen las tensiones sociales, el Comité subraya la necesidad de desplegar esfuerzos para intentar generar consensos en cuanto a los procedimientos, de facilitar su acceso dándoles amplia difusión y de crear un clima de confianza con los pueblos indígenas que propicie un diálogo productivo. El Comité considera que es consustancial a toda consulta la instauración de un clima de confianza mutua"⁴¹.

24. La generación de dicho clima de confianza es particularmente importante en relación con los pueblos indígenas, "por la desconfianza hacia las instituciones del Estado y [el] sentimiento de marginación que encuentran sus raíces en realidades históricas sumamente antiguas y complejas, y que no terminan de superarse aún"⁴².

25. De lo anterior se desprende que ambas partes, tanto las autoridades del Estado como los propios pueblos indígenas, deben realizar todos los esfuerzos para generar un clima de confianza y respeto mutuos en el que la consulta se lleve a cabo de buena fe. Esto requiere en primer lugar que exista un cierto nivel de aceptación mutua por las partes acerca del mismo procedimiento de consulta, con independencia de cuales puedan ser las posiciones sustantivas dentro del procedimiento. Desde el punto de vista de los objetivos últimos de la consulta, ésta debe tomarse como una oportunidad para abrir un diálogo normativo en torno a las demandas legítimas de los pueblos indígenas, a la luz de los derechos internacionalmente reconocidos, para acercar posturas divergentes y para propiciar una mayor participación e inclusión de los pueblos indígenas en las estructuras institucionales del Estado. Como ha apuntado la OIT, un clima de "enfrentamientos, violencia y desconfianza recíproca" es una barrera fundamental para llevar a cabo consultas productivas⁴³.

³⁹ *Ibíd.*, párr. 94.

⁴⁰ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF) [en adelante, "Reclamación – Brasil"], GB.295/17; GB.304/14/7 (2006), párr. 42.

⁴¹ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), GB.294/17/1; GB.299/6/1 (2005), párr. 53.

⁴² Reclamación – México, *supra*, párr. 107.

⁴³ Reclamación – México, *supra*, párr. 107.

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

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

27. Por su parte, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del *Pueblo saramaka c. Suriname* afirma que el Estado tiene el deber de consultar con los pueblos indígenas según sus costumbres y tradiciones, tomando en cuenta "los métodos tradicionales del [pueblo indígena] para la toma de decisiones"⁴⁴.

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

"... la expresión "procedimientos apropiados" debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta. No hay un único modelo de procedimiento apropiado y éste debería tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de las medidas consultadas. En cuanto al propio proceso de consulta, éste debería tomar en cuenta la opinión de los diferentes pueblos que participan en la consulta sobre el procedimiento a utilizarse para intercambiar, de manera que el procedimiento utilizado sea considerado apropiado por todas las partes"⁴⁵.

29. Los órganos de control de la OIT se han limitado a señalar que el criterio de representatividad debe entenderse de forma flexible: "[d]ada la diversidad de los pueblos indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa, lo importante es que estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas"⁴⁶. Asimismo, los órganos de control de la OIT han señalado que no deben confundirse las "instituciones representativas de los pueblos indígenas" con las "organizaciones más representativas" de estos pueblos⁴⁷.

30. La consulta a los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas, en casos de medidas legislativas de la envergadura de una reforma constitucional presenta dificultades prácticas que son fácilmente identificables. La cuestión fue considerada por los órganos de control de la OIT en relación de la reforma constitucional mexicana en materia indígena de 2001. En este caso, el Comité Tripartito del Consejo de Administración de la OIT tomó nota de "la dificultad que representa una consulta de alcance general, como es el caso de una reforma constitucional, y de aplicación nacional, que en este caso afecta, además, a aproximadamente 10 millones de indígenas"⁴⁸. Asimismo, el Comité Tripartito tomó nota de "la diferencia en cuanto a los valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia e incluso formas de concebir la consulta entre los interlocutores [que] agregan complejidad a la tarea", y que generaron "sentimientos de frustración y de exclusión de los

⁴⁴ Caso del *Pueblo saramaka c. Suriname*, *supra*, párr. 134.

⁴⁵ Reclamación – Brasil, *supra*, párr. 42.

⁴⁶ Reclamación – México, *supra*, párr. 109.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 101.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 105.

indígenas"⁴⁹ en aquel caso. No obstante, el Comité señaló que la consulta podría haber sido más adecuada si se hubieran establecido previamente "criterios claros en cuanto a la forma de la consulta y la representatividad"⁵⁰.

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

32. Asimismo, la consulta debe ser accesible a los pueblos indígenas. Ello implica que, particularmente en ausencia de mecanismos institucionales específicos de consulta a los pueblos indígenas en relación con medidas administrativas o de carácter general, deberán buscarse procedimientos que sean accesibles a la participación del mayor número de pueblos y comunidades indígenas, teniendo en cuenta las limitaciones materiales, institucionales y temporales existentes. Por otra parte, la accesibilidad de los procedimientos de consulta debe tener en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena. En este sentido debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 del Convenio N° 169, que establece el deber estatal de adoptar "medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces".

33. Por último, el carácter adecuado de las consultas tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión. En los términos de la OIT, "se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales... si estos no se tienen en cuenta, será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación"⁵¹.

5. La consulta debe ser sistemática y transparente

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

35. En esta dirección se han pronunciado los órganos de control normativo de la OIT, que han llamado la atención de los Estados en diversas ocasiones sobre la conveniencia de

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ Reclamación – Colombia, *supra*, párr. 79.

determinar "con mayor precisión los criterios utilizados para determinar la representatividad, forma de participación en las audiencias y metodología utilizada"⁵².

36. La necesidad de regular los procedimientos de consulta responde asimismo a la obligación de los Estados de "desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad" (Convenio N° 169, art. 2.1). Ello conlleva, en los casos donde no existan, el establecimiento de "instituciones y otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos indígenas", incluyendo "la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados" (art. 33.1-2). Ello concierne también al poder legislativo, que como han hecho notar los mecanismos de control de la OIT, "usualmente no prevé[n] la inclusión de consultas del tipo contemplado por el artículo 6"⁵³.

37. Sobre este punto específico, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado que "la consulta prevista por el Convenio va mas allá de una consulta en un caso preciso sino que tiende a que todo el sistema de aplicación de las disposiciones del Convenio se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas, lo que supone un proceso gradual de creación de los órganos y mecanismos adecuados a esos fines"⁵⁴. De nuevo, las normas internacionales no imponen criterios preestablecidos para la creación de órganos y mecanismos para llevar a cabo el requisito de la consulta, que deben responder a las características propias y sistemas constitucionales de cada país. Sin embargo, sí puede entenderse que el establecimiento gradual de dichos órganos y mecanismos es una de las obligaciones que derivan de la ratificación del Convenio N° 169 y de otras normas internacionales, tomando en cuenta los requisitos mínimos de buena fe, adecuación y representatividad discutidos anteriormente. En los casos en los que esos mecanismos no existan formalmente, deberán adoptarse provisionalmente mecanismos transitorios o ad hoc con miras al ejercicio efectivo de la consulta indígena.

6. El alcance de la consulta

38. Resulta evidente que la responsabilidad última de legislar en Chile, inclusive en relación con la Carta Fundamental, corresponde en última instancia al Parlamento en representación de la ciudadanía chilena. En este sentido, el contenido de las consultas a los pueblos indígenas con la reforma constitucional no es, en sentido estricto, jurídicamente vinculante, tal como señaló el Comité Tripartito de la OIT en el caso sobre la reforma constitucional en México⁵⁵. Sin embargo, como ha afirmado el Tribunal Constitucional de Chile, "Si bien la respuesta a la consulta a que se refiere el tratado no tiene un carácter vinculante *stricto sensu* si tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el N° 2 del mismo artículo 6 que dice: "Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a

⁵² Ibid., párr. 105.

⁵³ Ibid., párr. 95.

⁵⁴ *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III (parte 1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª reunión, Ginebra, 2007, pág. 600.

⁵⁵ Véase Reclamación – México, *supra*, párr. 105 ("tanto el Congreso Nacional como las legislaturas de los Estados no ignoraban las opiniones de los indígenas respecto a las reformas, pero no estaban obligados a aceptarlas").

las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas"⁵⁶.

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

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

"La elaboración de estos principios en los instrumentos y jurisprudencia internacionales responde a una historia en que se ha negado repetidamente a los pueblos indígenas la participación en la toma de decisiones que les han afectado profundamente, muchas veces en detrimento de sus derechos humanos fundamentales y en ocasiones hasta de su propia supervivencia como pueblos. Los principios de consulta y consentimiento intentan revertir esta pauta histórica, para evitar en el futuro la imposición a los pueblos indígenas de nuevas condiciones de vida, de manera consonante con el derecho a la libre determinación. Pero con este propósito los principios de consulta y consentimiento no dan lugar a que los mismos pueblos indígenas impongan su voluntad sobre el resto de la sociedad cuando estos otros tengan intereses legítimos e importantes en juego. Al oponerse a la imposición de una parte sobre la otra, los principios de consulta y de consentimiento buscan promover el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones"⁵⁷.

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

IV. Criterios para operativizar la consulta sobre la reforma constitucional en Chile

1. Los dos niveles de la consulta

42. De acuerdo a lo que establece la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, en su considerando 7 de su sentencia Rol 309, la norma de consulta contenida en el artículo 6 1) a), del Convenio N° 169 de la OIT tiene carácter de autoejecutable o de aplicación directa dentro del sistema legal interno, e incorpora una norma nueva en la tramitación de la ley, determinando que tal consulta posee una diferencia esencial con otras formas de consulta existentes en el ordenamiento jurídico chileno. Como establece la sentencia Rol

⁵⁶ Tribunal Constitucional de Chile, sentencia Rol 309, 4 de agosto de 2000, considerando 7.

⁵⁷ *Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to Development: Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, S. James Anaya. Addendum: Summary of cases transmitted to Governments and replies received*, A/HRC/9/9/Add.1 (15 de agosto de 2008), Annex I: "Observaciones del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador (junio de 2008), párr. 34.

309, la "diferencia esencial que tiene la consulta a que se refiere el artículo 6 1) a), del Convenio N° 169, con aquellas otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo" deriva de la "connotación jurídica especial" antes señalada⁵⁸.

43. Tal como entiende el Relator Especial, y concordante con la práctica comparada, en Chile el ejercicio del deber de consultar a los pueblos indígenas del país en relación con las medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente corresponde principalmente al poder legislativo. El Tribunal Constitucional estableció en relación al artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, que "La norma versa sobre una materia relativa a la tramitación de una ley que [...] está modificando las disposiciones de la Ley orgánica constitucional del Congreso Nacional" e introduce "una norma nueva que deberá observarse en la tramitación interna de la ley"⁵⁹.

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

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

2. La difusión de información relativa a la consulta

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

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

⁵⁸ Tribunal Constitucional de Chile, sentencia Rol 309, 4 de agosto de 2000, considerando 7.

⁵⁹ *Ibíd.*

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

3. La organización de la consulta por el Gobierno

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

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

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

4. La organización de la consulta por el Congreso

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

53. A este respecto, cabe señalar que en otros países se han establecido comisiones parlamentarias específicas sobre asuntos indígenas, con responsabilidad, entre otras, de llevar a cabo consultas con los pueblos indígenas y otros actores interesados en materias que les conciernen directamente. Este es el caso, por ejemplo, de las comisiones de asuntos indígenas de México y Venezuela, la Comisión de Asuntos Étnicos de Nicaragua, del Comité de Asuntos Indios del Senado de Estados Unidos, de la Comisión de Asuntos Aborígenes y de Desarrollo en el Norte del Canadá, del Comité Permanente sobre Asuntos Aborígenes y de los Isleños de Torres Strait de Australia o del Comité sobre Asuntos Maoríes de Nueva Zelanda.

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

55. Otro ejemplo positivo es el caso de Guyana, donde la reforma constitucional en materia de derechos humanos fue atribuida a una Comisión de Reforma Constitucional creada por ley (*Commission Act* 1999, de 22 de enero de 1999), responsable de consultar a los actores interesados, incluyendo los pueblos indígenas. Delegaciones de tres miembros de dicha Comisión, que contó con la participación de un representante indígena, llevaron a cabo audiencias públicas en distintas comunidades del país, donde recavaron insumos de los miembros de dichas comunidades y de comunidades vecinas sobre los posibles contenidos de la reforma constitucional. Asimismo, la Comisión contó con la presencia de 7 expertos nacionales y 7 expertos internacionales que ofrecieron sus puntos de vista en torno a la reforma constitucional, incluyendo el reconocimiento de los derechos indígenas. El contenido de dichas consultas fue compilado y presentado ante la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento.

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

5. El ámbito temático de la consulta

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

2009, quienes expresaron su voluntad de diálogo con los pueblos indígenas y necesidad de realizar un proceso de consulta⁶⁰.

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

6. El ámbito geográfico de la consulta

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

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

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

7. El ámbito temporal de la consulta

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

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

⁶⁰ República de Chile, *Diario de Sesiones del Senado*, legislatura 357ª, sesión 7ª (7 de abril de 2009).

existiendo acuerdo del Senado de renovar dicho plazo las veces que fuese necesario⁶¹. A su vez, el Gobierno ha informado de un plazo de dos meses para realizar un proceso de consulta.

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

V. Conclusión

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

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

⁶¹ En términos del Presidente del Senado: "La Mesa sugiere establecer un plazo de 30 días y... prorrogarlo, si así lo resolviera la Sala, a la espera de los resultados de la consulta o de la realización de determinadas audiencias. Siempre habrá buena disposición para ello. En tal virtud, sugiero fijar plazo para presentar indicaciones hasta el 11 de mayo y, en esa fecha, resolver si se justifica o no una prórroga, la que, en caso de respuesta positiva, no me cabe la menor duda de que la Sala otorgará" *Ibíd.*

Apéndice B

Carta de Rodrigo Egaña Baraona, Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas, al Relator Especial

(Notas de pie y anexos omitidos)

Santiago, 12 de mayo de 2009

Sr. James Anaya

Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos
y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas
Ginebra

De mi consideración:

En primer lugar, deseo expresar el agradecimiento, a nombre del Gobierno de Chile, por el informe enviado por usted el 21 de abril pasado a la Misión de Chile en Ginebra, referido al proceso de consulta llevado adelante acerca de la reforma constitucional sobre reconocimiento de los pueblos indígenas. Dicho informe ha sido objeto de un análisis acabado por parte del equipo encargado de la política indígena en Chile, por el convencimiento de que contribuye sobremedida al proceso de implementación del Convenio N° 169 de la OIT, el que entrará en vigencia en nuestro país el 15 de septiembre próximo.

Su informe, elaborado luego de la visita que realizó entre el 5 y el 9 de abril pasado, reafirma además la firme convicción que motiva al Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet, de profundizar los derechos de los pueblos indígenas en el marco del Convenio mencionado y que requiere un proceso de revisión de la legislación nacional referida a la materia, por lo cual resultan de gran valor sus observaciones.

A continuación y en referencia al texto y los criterios para operativizar la consulta sobre la reforma constitucional en Chile, me permito complementar la información enviada por el Relator acerca de la forma en que dicho proceso se ha llevado a la práctica, lo que permitirá especificar cómo se han recogido en nuestro país algunos planteamientos formulados en su informe.

I. Diseño de los procesos de consulta

Durante el año 2008 y a pocos meses de haberse dictado la nueva política indígena denominada "Re-Conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad", la Presidenta Bachelet dictó el Instructivo presidencial N° 5 de 25 de junio de 2008 en el cual, entre otras acciones, instruye la necesidad de llevar adelante procesos de consulta en iniciativas legislativas y administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas. La dictación del instructivo se funda en que: "se ha estimado necesario incorporar desde ya en el quehacer de los organismos públicos la consideración de los planteamientos que provengan de los pueblos indígenas, mediante un procedimiento cuyo objetivos sean canalizar información relevante a las comunidades indígenas, recabar sus opiniones y observaciones sobre las iniciativas que estén destinadas a ellas o puedan afectarles y establecer el deber para los organismos públicos de entregar una respuesta fundada. Ello, conjuntamente con el desarrollo de otras acciones contempladas en el plan Re-Conocer, favorecerá paulatinamente un escenario propicio para la futura implementación de las medidas específicas de participación que den pleno cumplimiento a los compromisos contenidos en el Convenio N° 169".

Dicho instructivo inauguró en nuestro sistema institucional acciones concretas para la aplicación de mecanismos de consulta. Con la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT y su próxima entrada en vigencia, se estimó necesario avanzar más decididamente en un procedimiento orientado al cumplimiento de los estándares del mencionado convenio, particularmente respecto de las iniciativas contenidas en el plan Re-Conocer. Sin embargo, el Gobierno es consciente de la necesidad de profundizar la reglamentación respectiva, en el entendido de que se trata de un proceso gradual, de aproximaciones sucesivas que permitan lograr en el futuro un mecanismo adecuado, consensuado y plenamente conforme a los estándares internacionales. Por ello es que el propio instructivo presidencial establece que el procedimiento tiene por finalidad "incorporar desde ya en el quehacer de los organismos públicos la consideración de los planteamientos que provengan de los pueblos indígenas", siendo este un primer paso en orden a establecer e implementar los procedimientos más adecuados y pertinentes al efecto de dar cumplimiento a los principios establecidos en el Convenio N° 169 de la OIT, lo cual deberá resultar de un amplio proceso de discusión y análisis que se llevará a cabo en el curso del año 2009.

Por ende, aprovechando la obligatoriedad para los órganos del Estado del instructivo, él se ha complementado con un procedimiento más completo, el que se ha aplicado desde enero de este año para consultas de carácter nacional y que consta de las siguientes etapas:

a) **Etapla epistolar:** mediante la cual se remite a comunidades, organizaciones y dirigentes indígenas del país las propuestas e información sobre las mismas que permitan comprender su contenido. Dicho proceso es apoyado con una campaña en los medios de comunicación que tiene el mismo objetivo. Como resultado de esta actividad, se obtienen respuestas y observaciones por escrito.

b) **Etapla presencial:** mediante la realización de talleres en las regiones con presencia de los pueblos indígenas en donde además de explicar las propuestas, se realiza un trabajo de levantamiento de opiniones y observaciones. Estos talleres son apoyados por moderadores que facilitan el diálogo. Asimismo, y en forma previa se desarrollan charlas de capacitación dirigidas a los funcionarios públicos que participarán en los talleres de modo que pueden comprender la necesidad, la estructura y los objetivos de los procesos de consulta. En consecuencia, no solo se lleva adelante el proceso de consulta sino que además se difunde el enfoque multicultural al interior de los órganos de la administración del Estado.

De todo lo acontecido en los talleres se deja constancia en un registro. Estas actividades tienen por objetivo que quienes asistan, puedan seguir conversando sobre estos temas al interior de sus comunidades y puedan dar cuenta posteriormente de las observaciones y planteamientos que surjan al interior de sus comunidades y organizaciones.

c) **Sistematización e informe:** culminadas las etapas anteriores, se realiza un proceso de sistematización del proceso en su totalidad y se elabora un informe donde se da cuenta de las observaciones recibidas. Este informe constituye el elemento principal para decidir las modificaciones que serán introducidas a las propuestas presentadas a consulta.

d) **Informe de consulta:** una vez adoptadas las decisiones que ameriten los resultados de la consulta, se elabora un segundo informe en donde se da cuenta del proceso, la ponderación de las observaciones y la decisión en torno a la incorporación de modificaciones a las propuestas.

e) **Difusión del resultado del proceso:** el informe anterior será remitido a todos los pueblos indígenas que participaron del proceso en sus diversas etapas y será ampliamente difundido a través de la Corporación de Desarrollo Indígena, el Ministerio de Planificación y el Comisionado Presidencial de Asuntos Indígenas.

A partir de la etapa epistolar y durante todo el proceso se lleva a cabo una amplia difusión que consiste en una campaña de información, a través de los medios de comunicación, nacionales, regionales y locales, que contempla videos informativos, afiches, espacios en los medios escritos y, sobre todo, una campaña radial que cubre la totalidad del territorio indígena, mediante la cual se informa a los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas sobre las características y contenidos de la propuesta a consultar quienes podrán poner a disposición de la autoridad sus observaciones, planteamientos y propuestas.

II. Procesos de consulta llevados a cabo a la fecha

El primer proceso de consulta estuvo referido a iniciativas sobre participación política y el segundo, a la reforma constitucional sobre reconocimiento de los pueblos indígenas. Ambas consultas se encuentran en diverso estado de desarrollo, de lo que se da cuenta a continuación.

A. Consulta sobre participación política

Esta consulta tuvo el objetivo de que los pueblos indígenas se pronunciaran respecto a las propuestas de:

- a) "Elección de representantes indígenas en el Congreso y en los Consejos Regionales;" y
- b) "Creación de un consejo de pueblos indígenas."

La demanda de participación política indígena está expresada en una serie de documentos: el Acuerdo de Nueva Imperial (diciembre de 1989); el informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (octubre de 2003); y el "Debate nacional de los pueblos indígenas", proceso que concluyó en el "Congreso Nacional Indígena" (octubre de 2006), y en el Congreso Nacional Mapuche de Quepe (noviembre de 2006).

En ese marco, la primera etapa de dicha consulta indígena se inició el 5 de enero de 2009 con el envío de las propuestas por escrito a 4.500 organizaciones indígenas —tuvieran o no personería jurídica—, junto a la explicación de la forma en que debían participar en el proceso. Asimismo, se desarrolló una campaña de difusión a través de medios de comunicación, nacionales, regionales y locales, para que cualquier comunidad interesada se informara del proceso y dispusiera de todos los antecedentes para formular y hacer llegar sus observaciones.

Esta primera parte del proceso de consulta debía finalizar el 16 de febrero de 2009. Sin embargo, visto el alto interés por participar que mostraron las organizaciones indígenas, el plazo se amplió en dos oportunidades, la primera hasta el 2 de marzo —lo que se comunicó a través de una nueva campaña de difusión a nivel nacional— y, posteriormente, se decidió que los interesados podrían seguir enviando sus propuestas y observaciones por escrito hasta la finalización de la etapa presencial.

Sobre la etapa epistolar, hasta el 9 de marzo pasado, se habían contabilizado 522 respuestas, las que actualmente están siendo analizadas, y que representan a los diversos pueblos indígenas del país, su identidad territorial y sus particularidades organizacionales. En el anexo 1 se puede revisar el resultado de los aportes recibidos.

Por otra parte, el 11 de marzo de 2009 se inició la etapa consistente en la realización de talleres y mesas de diálogo en todas las zonas del territorio nacional donde hubiera presencia indígena.

Durante esta segunda etapa y de forma presencial se explicaron a las organizaciones indígenas los contenidos de ambas propuestas y se recibieron sus opiniones, observaciones

y sugerencias, las cuales servirán para perfeccionar dichos proyectos. En el anexo 2 se detalla los talleres y mesas de diálogo que se realizaron, el pueblo participante y el número de indígenas que asistieron y contribuyeron a la consulta sobre participación política.

El proceso finalizará una vez sistematizadas las conclusiones de los talleres y mesas de diálogo en todo el país y eso se dará a conocer a través de un informe escrito que será publicado en el sitio web www.conadi.cl. Del mismo modo se difundirá el resultado de la consulta en términos de lo que ha sido incorporado en las propuestas con la ponderación de cada una de las observaciones recibidas.

B. La consulta sobre reforma constitucional de reconocimiento de los pueblos indígenas

1. Contexto histórico del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas

La demanda de reconocimiento constitucional tiene larga data en la relación entre los pueblos indígenas y el Estado de Chile. En efecto, ya estaba presente en el "Acuerdo de Nueva Imperial" de 1º de diciembre de 1989, donde se afirma que: "Patricio Aylwin Azocar se compromete mediante esta acta a hacer suya la demanda de los pueblos indígenas de Chile expresada en el Programa de la Concertación, especialmente en lo referido a: 1.- El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y de sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales".

En este mismo sentido, en el "informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato" entregado al entonces Presidente de la República, Ricardo Lagos, el 28 de octubre de 2003 se señala:

"En consonancia con los principios enunciados precedentemente, la Comisión recomienda el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas: perfeccionar la Constitución política del Estado, introduciendo una regla incorporada en las bases de la institucionalidad que declare la existencia de los pueblos indígenas, que forman parte de la Nación chilena, y reconozca que poseen culturas e identidades propias..."

Por otra parte, es pertinente recordar el "Debate Nacional de los pueblos indígenas" entre junio de 2006 y enero de 2007 que contó con alrededor de 200 encuentros locales, regionales y un evento nacional, y que significó la participación y compromiso de más de 120 organizaciones representativas de los pueblos indígenas y la discusión directa con al menos cinco mil dirigentes de asociaciones y comunidades de base. El "Debate Nacional de los pueblos indígenas" concluyó con dos encuentros nacionales: el "Congreso Nacional Indígena" del 3 al 5 de octubre de 2006 y el "Congreso Nacional Mapuche de Quepe" de 11 de noviembre de 2006.

Finalmente, hay que destacar que el 30 de abril de 2007, la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, acoge estos planteamientos y presenta el reconocimiento constitucional dentro de los "Nuevos ejes de la política indígena". Finalmente, el 1º de abril de 2008, en la nueva política indígena del Gobierno "Re-Conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad", actualmente en vigencia, la Presidenta de la República aprobó un capítulo sobre "Sistema político, derechos e institucionalidad" en el que se detallan las medidas que promueven su participación en el sistema político, entre ellas el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas como parte del Estado de Chile.

En ese sentido, cabe destacar que se trata de una demanda de los pueblos indígenas que durante largo tiempo ha sido planteada por ellos y por distintas instancias de Gobierno. El proceso de reforma constitucional busca subsanar una deficiencia histórica, identificada hace muchos años, sin que hubiese sido posible a la fecha conseguir el consenso político necesario para su aprobación. Basta recordar que en el reciente proceso de reforma constitucional del año 2005, donde se consiguieron importantes modificaciones en el

sistema político institucional chileno, no fue posible, sin embargo, pese a estar presentado por el Gobierno, el anhelado reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.

Por lo anterior, es que resulta especialmente destacable el nuevo escenario político de que cuenta la aprobación de la idea de legislar en el Senado el 7 de abril pasado y de la disposición demostrada por su Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento para avanzar en esta iniciativa, puesto que son demostraciones de un cambio sustantivo y significativo respecto a la discusión que se tuvo sobre el particular en los últimos años.

2. *Proceso de consulta organizado sobre el texto de reforma constitucional sobre reconocimiento de los pueblos indígenas*

El proyecto de reforma constitucional tiene como antecedentes el Mensaje del ejecutivo (Gobierno de Chile) que ingresó a tramitación legislativa el 27 de noviembre de 2007 y la Moción parlamentaria iniciada el 6 de septiembre de 2007, presentada por Senadores de los partidos de la oposición. En definitiva, el actual trámite de un proyecto de reforma constitucional que otorga reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas de Chile, surgió de dos iniciativas que se encontraban en trámite desde el año 2007, los que han sido refundidos en un solo texto por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que los abordó en forma conjunta. El informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, da cuenta que se entrevistó a más de 50 organizaciones y dirigentes indígenas.

Sobre el particular, usted señala que "la consulta debería estar abierta en principio a otras cuestiones que, a la luz de las normas internacionales, la legislación interna, y las demandas legítimas de los pueblos indígenas pudieran tener cabida dentro del texto mencionado (el texto aprobado por el Senado)".

Al respecto, quiero señalar que la consulta está referida a los contenidos aprobados por el Senado, pero como se trata de un texto que sirvió para aprobar la idea de legislar, este puede ser modificado en el transcurso de los siguientes trámites constitucionales. En ese sentido la Guía de respuestas elaborada sobre este tema, no solo contempla la aprobación o desaprobación de la medida, sino los comentarios, observaciones y nuevas propuestas de los pueblos indígenas y, por tanto, esta no se circunscribe necesariamente al texto de dicho informe aprobado el pasado 7 de abril de 2009.

Lo propio está ocurriendo en los talleres informativos que se están realizando en el marco de la consulta indígena, en los cuales se está discutiendo el tema sobre el cual ha sido convocada la consulta, pero que están abiertos a la plena y democrática participación de los involucrados de forma que puedan expresar todos los tópicos que resulten significativos para ellos.

En cualquier caso, nuestro objetivo es perfeccionar este mecanismo y para ello sus observaciones son de una enorme importancia porque permitirán que a partir de la experiencia aprendamos lecciones significativas que vayan en esa dirección de propósitos.

Para esta consulta se realizó el mismo proceso mencionado para la consulta sobre participación política: envío de información y material a las comunidades, entre ellos la Guía de respuestas (anexo 3); un manual de preguntas y respuestas (anexo 4); y se están realizando talleres presenciales (anexo 5) para los cuales se elaboró un video de inducción (ver en <http://www.conadi.cl/videos.html>) y actividades de difusión e información a través de los medios de comunicación (ver www.conadi.cl).

3. *Referencias específicas a las observaciones planteadas en el informe del Relator*

a) Los dos niveles de la consulta

En este punto, y en relación a lo señalado por el Relator en torno a la necesidad que la consulta acerca de la propuesta de texto debe realizarse en forma previa a su presentación a trámite legislativo, cabe considerar las circunstancias y la época en que fueron presentadas las iniciativas legislativas antes citadas, las que como se ha dicho, provienen del año 2007, cuando no había sido aprobado aún por el Congreso Nacional el Convenio N° 169 de la OIT.

Por otra parte, paralelamente a la discusión de estos proyectos sobre reconocimiento constitucional, se encontraba precisamente en tramitación la promulgación del Convenio N° 169 de la OIT y, por ende, estando en conocimiento de la misma Comisión del Senado se estimó conveniente, siguiendo una práctica común del Congreso Nacional en la tramitación de los proyectos de ley, llamar a audiencias a una serie de representantes, organizaciones y comunidades indígenas, así como académicos y otras personas que pudiesen aportar al análisis de la materia. Es así como la Comisión recibió a representantes de varios pueblos indígenas de nuestro país, los que plantearon sus visiones, observaciones y expectativas en torno a este proyecto de reconocimiento.

El informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento alude al deber de consulta del Convenio N° 169 y a las audiencias que fueron realizadas por la Comisión durante la tramitación, en el entendido del deber de escuchar a personas, organizaciones y comunidades, pero dicha referencia debe considerar al menos tres elementos que aclaran el contexto:

- i) Las audiencias realizadas se enmarcan en un momento previo a la plena vigencia del Convenio N° 169 de la OIT en Chile. Sin embargo, estaba en conocimiento de los órganos estatales la necesidad de ir adecuando sus procedimientos a los compromisos asumidos. En consecuencia, cuando se llevaron a cabo las audiencias, la Comisión del Senado puso mayor énfasis en la necesidad de escuchar a organizaciones y comunidades indígenas acudiendo a las actuales normas que rigen los procedimientos legislativos.
- ii) La ratificación del Convenio N° 169 de la OIT por Chile fue registrado el 15 de septiembre de 2008 y, en consecuencia respecto de nuestro país, entra en vigencia el 15 de septiembre de 2009, por lo cual durante este período se están realizando las acciones para asegurar que los diversos órganos ajusten sus procedimientos a las exigencias del Convenio N° 169; y,
- iii) El Tribunal Constitucional chileno se ha pronunciado señalando que entre las normas del convenio, la consulta referida en su artículo 6, es de carácter autoejecutable y aplicable por todos los órganos del Estado incluido el Congreso Nacional, desde la entrada en vigencia del convenio, sin que sea necesario esperar la dictación de medidas complementarias que las pongan en ejecución.

Por lo anterior, durante este período, ha sido una prioridad del Gobierno de Chile incorporar progresivamente en el quehacer de los órganos de la administración del Estado, procedimientos que puedan ir siendo ajustados a las exigencias del Convenio N° 169, a fin de dar plena y adecuada ejecución a la norma de consulta del Convenio en la fecha señalada. Un desafío que debe ser abordado, es incorporar este tipo de procedimientos en las instancias regidas por otros poderes del Estado como el Congreso Nacional u órganos autónomos respecto de los cuales el ejecutivo no puede instruir sus actuaciones.

Por su parte, el Estado de Chile no solo ha manifestado su interés de avanzar seriamente en la implementación del Convenio N° 169 de la OIT, sino que además ha iniciado una

serie de acciones en ese sentido. Por ello, a partir de la aprobación de la idea de legislar sobre el reconocimiento constitucional en el Senado, el poder ejecutivo decidió conforme a lo que sus facultades le permiten, retrasar el trámite legislativo, retirando la "suma urgencia" al proyecto, precisamente para permitir que se realice un proceso de consulta a los pueblos indígenas por parte del Gobierno.

El proyecto de reforma constitucional se encuentra en una etapa incipiente del proceso legislativo, donde todavía no existen decisiones definitivas acerca de un texto y en que, por ende, no resulta oportuno juzgar o sacar conclusiones acerca de la afectación o desconocimiento de derechos de los pueblos indígenas, puesto que todavía no existe un texto que tenga la calidad de aprobado. Es más, los mismos Senadores han manifestado su intención de incorporar modificaciones al texto actualmente en discusión a fin de ir perfeccionándolo, de lo que se dejó constancia de la misma forma en el informe emitido por la Comisión de Constitución del Senado.

En ese sentido, en el marco del Convenio N° 169 de la OIT, y en cumplimiento con lo dispuesto en la Ley indígena N° 19253, en la política indígena "Re-Conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad", del Instructivo presidencial N° 5 de 25 de junio de 2008, ya citado, el Gobierno inició un "proceso de consulta" el 13 de abril pasado, que se extenderá hasta el 5 de junio de 2009.

Por sus características, esta es una consulta especial, puesto que el texto de reconocimiento ya se encuentra en trámite ante el Congreso Nacional, por lo cual el poder ejecutivo, en su calidad de colegislador, ha decidido que el resultado de esta consulta será puesto en conocimiento de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, a fin de que esta pueda considerar los planteamientos emitidos, cuando retome la discusión en particular sobre la materia.

b) La difusión de la información previa relativa a la consulta

La consulta indígena sobre reconocimiento constitucional contempla una serie de elementos necesarios para cumplir con el estándar de difusión planteado en el informe del Relator, ya que los procesos se han diseñado las etapas descritas en el apartado I anterior. Por su parte, la sugerencia planteada en torno a una reunión nacional de expertos con la participación de expertos internacionales y nacionales, así como de representantes de las autoridades competentes, de las agencias internacionales y de los propios pueblos indígenas, iniciativa que nos parece adecuada y que será implementada en el corto plazo.

En tal sentido, es conveniente recordar que el 11 de julio de 2008 el Gobierno de Chile firmó un acuerdo de colaboración con el sistema de Naciones Unidas para la implementación de la política indígena en el país. Dos de las áreas de cooperación que contempla el acuerdo se enmarcan dentro de los objetivos del Gobierno y los planteados en el informe:

Área de cooperación 1. La construcción de espacios de diálogo social. Resultado principal: se habrá mejorado la capacidad de diálogo entre las instituciones públicas, las organizaciones indígenas y actores sociales gravitantes en el tratamiento de los asuntos del interés de los pueblos indígenas, y constituidos espacios de trabajo conjunto y cooperación con el concurso de las instituciones públicas, los actores indígenas y de la sociedad civil.

Área de cooperación 2. La promoción y difusión de los derechos de los pueblos indígenas.

Resultado principal. Se habrán difundido los derechos de los pueblos indígenas especialmente en lo relativo a su participación en la gestión de los asuntos de su

interés, en el nivel nacional y regional, con especial énfasis en lo establecido en el Convenio N° 169 de la OIT.

En consecuencia, es del mayor interés contar con la colaboración expresada por usted para la organización de esta actividad.

c) La organización de la consulta por el Gobierno

Como se mencionara previamente, el 25 de junio de 2008 la Presidenta de la República dictó el Instructivo presidencial N° 5 dirigido a todos los organismos de la administración del Estado, en el que instruíra la realización de un conjunto de acciones para la implementación de las iniciativas de la política indígena. Entre dichas acciones se encuentra el establecimiento de "mecanismos de información y consulta a los pueblos indígenas para el diseño de medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles".

Dicho instructivo encarga al Comisionado Presidencial de Asuntos Indígenas tomar a su cargo, en conjunto con la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, las tareas de organización e implementación de los procesos de consulta, y de sistematización de sus resultados. Es en base a lo dispuesto en ese instructivo presidencial que se realizó la consulta indígena sobre participación política y que se está realizando la consulta indígena sobre reconocimiento constitucional.

En ese marco, se ha considerado que la dictación de una normativa que establezca el procedimiento mediante el cual se ejecute el deber de consulta previsto en el artículo 34 de la Ley indígena N° 19253, sería el mecanismo más adecuado para lograr una definición de un procedimiento que sea aceptado por los pueblos indígenas, tal como usted menciona en su informe. Para la dictación de dicha reglamentación, se contempla, en forma previa al diseño de la normativa respectiva, realizar una nueva consulta a los pueblos indígenas acerca de este tópico, de modo que el procedimiento que se adopte para regir las consultas, encuentre una base de legitimidad para los pueblos indígenas, teniendo siempre en consideración que este es un proceso gradual que permitirá alcanzar los objetivos progresivamente en el tiempo.

Para ello, la consideración de las experiencias internacionales en esta materia serán de mucha utilidad, y por ello es que el acuerdo con el sistema de Naciones Unidas al que se ha hecho referencia precedentemente, considera la realización de un estudio de sistematización de la experiencia comparada en la materia, así como la realización de una reunión técnica internacional en cuyo marco puedan examinarse sus resultados, con participación de representantes indígenas, de las agencias de las Naciones Unidas y otros actores pertinentes.

d) La organización de la consulta por el Congreso

Respecto a este tema y teniendo en consideración los distintos caminos que han adoptado los Estados que han implementado procesos de consulta, cabe considerar la etapa en que se encuentra el Estado chileno en relación a la implementación de la consulta, esto es, preparando la entrada en vigencia del Convenio, para lo cual se han iniciado procesos de consulta explícitamente dirigidos al diseño de un modelo que sirva adecuadamente a los intereses de los pueblos indígenas de Chile y considere, asimismo, las particularidades de este país, tal como lo reconoce el artículo 34 del Convenio N° 169 que establece el principio de flexibilidad respecto de la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al Convenio, fundado en las condiciones propias de cada país.

Los esfuerzos desplegados en esta etapa en pos de la implementación de la consulta dan cuenta de la voluntad del Estado chileno de dar cumplimiento a los compromisos asumidos, conducidos principalmente por el Gobierno. En este sentido, el resultado de la consulta será remitida al Congreso, a fin de que considere en su análisis los planeamientos provenientes de los pueblos indígenas. Dichos resultados no se limitarán a las observaciones y

planteamientos formulados por los pueblos indígenas sino que darán cuenta de la forma como se ha llevado adelante el proceso, a fin de sugerir a este otro poder del Estado, la implementación de procesos que, con las particularidades del trámite legislativo, cumplan con los estándares del Convenio N° 169.

En particular en relación a la reforma constitucional sobre reconocimiento de los pueblos indígenas, cabe destacar que de los antecedentes antes mencionados (actas de sesiones, primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado), así como las declaraciones emitidas por los miembros del Senado de la República, se deduce claramente la importancia que se otorga a este tema.

e) El ámbito temático de la consulta

Sobre el particular, se debe señalar que si bien la consulta está referida, en principio, a los contenidos aprobados por el Senado, la decisión de fundar la consulta en el actual texto que está a la vista por parte de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, ha sido precisamente difundir no solo la etapa legislativa en que se encuentra el trámite de la reforma sino además informar acerca del contenido del texto antes mencionado. Su relevancia es que este texto fue el que se tuvo a la vista para aprobar la idea de legislar, esto es, el Congreso manifiesta su voluntad de que exista una modificación normativa en el ámbito del reconocimiento de los pueblos indígenas a nivel constitucional. Lo anterior no obsta a la modificación del mismo, dado que ahora comienza la discusión particular, esto es, el análisis y votación en detalle de los artículos propuestos y, en consecuencia, recién en este momento adopta mayor relevancia la especificidad del contenido. De hecho, el propio informe de la Comisión ante individualizada da cuenta de la voluntad de algunos senadores de modificar el texto por la vía de presentar "indicaciones" al mismo.

La Guía de respuestas elaborada sobre este tema para facilitar el proceso de consulta y la forma en que pueden ser presentadas las observaciones al texto, no solo contempla como posibilidad la aprobación o desaprobación de la medida, sino también los comentarios, observaciones y nuevas propuestas provenientes de los pueblos indígenas y, por tanto, esta no se circunscribe necesariamente al texto contenido en el informe que se presentó a la Sala del Senado para la aprobación de la idea de legislar el pasado 7 de abril de 2009.

Lo propio está ocurriendo en los talleres que se están realizando en el marco de la consulta indígena, en los cuales se está discutiendo el tema sobre el cual ha sido convocada la consulta, pero que están abiertos a la plena y democrática participación de los involucrados de forma que puedan expresar todos los tópicos que resulten significativos.

En cualquier caso, nuestro objetivo es perfeccionar este mecanismo y para ello sus observaciones serán de una enorme importancia porque permitirán que a partir de la experiencia aprendamos lecciones significativas que vayan en esa dirección de propósitos.

f) El ámbito geográfico de la consulta

En esta consulta indígena sobre reconocimiento constitucional se implementarán actividades orientadas a facilitar el diálogo con las organizaciones de los pueblos indígenas a través de talleres de consulta, locales y regionales que se realizarán el mes de mayo de 2009.

Así también se harán ciclos de talleres locales, distintos a los talleres, para las cuales la CONADI ha puesto a disposición un funcionario capacitado para facilitar y aclarar dudas, si así lo requieren las organizaciones indígenas. Como se ha puesto de manifiesto en un apartado anterior, en la presente consulta como en la anterior, las comunicaciones por escrito solamente fueron parte del proceso. Este no podría estar completo sin que existieran instancias participativas (durante los talleres en el caso de la primera consulta, luego de

ellos en esta), en las cuales los pueblos indígenas discutan sobre las materias consultadas para emitir su opinión libre e informada.

Asimismo, como se ha dicho reiteradamente a través de la campaña informativa de la consulta, el objetivo va más allá y se busca que luego de esos talleres los dirigentes indígenas retornen a sus comunidades para discutir con ellas, y recién entonces expresen sus comentarios, opiniones y críticas respecto a estos temas en lo posible con el consenso de las organizaciones a las que representan.

Estas medidas tienen por objetivo lograr que la consulta sea lo más transparente y participativa posible, en la perspectiva de avanzar en el cumplimiento de los estándares internacionales existentes en la materia. De cualquier forma, todas aquellas medidas y sugerencias que tengan este objetivo serán asumidas por el Gobierno en este proceso de aproximaciones sucesivas que nos permitirá tener los mecanismos y metodologías más adecuados para llevar a cabo la tarea.

g) El ámbito temporal de la consulta

Respecto a los plazos de la consulta, resultan absolutamente atendibles los argumentos expresados en el informe referidos a la necesidad que los plazos de la consulta no sean limitados. De hecho, el plazo de indicaciones otorgado se ha ampliado hasta el 15 de junio, sin perjuicio que no se trata de plazos inmodificables ante las diversas circunstancias que inciden en el trámite legislativo.

Si bien, es compartida la observación, debe hacerse presente al Relator que en este caso se ha debido conciliar el objetivo de obtener el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas con la necesidad de realizar la consulta, considerando simultáneamente el ritmo de los procesos políticos y legislativos que inciden en el éxito de la iniciativa. En consecuencia, si bien existe, como ha quedado demostrado, la voluntad de otorgar espacios para el diálogo, la discusión y el análisis de una reforma de esta naturaleza por parte de los pueblos indígenas y de hecho, los procesos en que surge históricamente esta demanda ya señalados previamente, han contado siempre con el apoyo del Gobierno, deben considerarse otras variables que imponen una actuación oportuna ante escenarios políticos específicos.

Además, quiero manifestarle que se han hecho los esfuerzos necesarios para lograr que se cumplan los estándares requeridos en ese lapso. De cualquier forma, vuelvo a decirle que es nuestra intención mejorar el sistema con el acuerdo de los actores interesados, de forma que los plazos de esta y cualquier otra consulta se adecuen a las necesidades y complejidad del proceso, los intereses y derechos de los pueblos indígenas y los tiempos políticos gubernamentales y estatales.

Conclusión

El Gobierno está consciente que la implementación de un proceso de consulta bajo los estándares del Convenio N° 169 de la OIT, que entrará próximamente en vigencia en nuestro país, requiere un gran esfuerzo de parte de todos los actores, públicos, privados y de los pueblos indígenas y, en consecuencia, constituye una tarea realizable en un marco de diálogo y comprensión mutua. En este contexto, es evidente el rol fundamental que toca al Estado y dentro de él, al Gobierno como poder que impulsa las políticas nacionales.

Por ese mismo motivo, en las próximas semanas se dará inicio a una nueva consulta indígena, referida a inversiones en tierras y áreas de desarrollo indígena, la que está siendo preparada con una serie de seminarios técnicos previos con distintos estamentos de la sociedad (desde organizaciones indígenas hasta institutos de pensamiento y empresarios), con el objetivo de que cuando se realice la consulta, el Gobierno pueda presentar a los

pueblos indígenas un proyecto que proteja sus derechos de la manera más consensuada posible.

Un proceso de consulta como el descrito por el Relator en su informe, constituye un objetivo a alcanzar por nuestro país, y requiere de diálogo, experiencia, consenso y normativa, que canalice adecuadamente los legítimos intereses en pos del objetivo. De este modo, y teniendo en consideración que el mismo Convenio N° 169 de la OIT reconoce a los Estados la flexibilidad con que se adecuen a sus exigencias, es que se han implementado progresivamente procedimientos de consulta que incorporen esta nueva realidad en nuestro medio. Primero, a través del instructivo presidencial que no tenía más pretensión que imprimir en los órganos públicos la necesidad de incorporar en sus tareas la consulta y luego, a partir de la implementación de los procesos de consulta antes descritos, para iniciar una experiencia que permita visualizar el camino hacia los estándares del Convenio N° 169 de la OIT.

El Gobierno está consciente que el modelo implementado requiere de ajustes y modificaciones, por lo cual se tiene plena disposición para recibir todas las propuestas y sugerencias que permitan mejorar los procesos que aseguren el cumplimiento del objetivo final, que es permitir a los pueblos indígenas una participación efectiva en el diseño y evaluación de medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente. En este sentido, resulta del mayor interés para el Gobierno de la Presidenta Bachelet la disposición que ha demostrado el Relator para acompañar este proceso nacional y aportar con sus sugerencias y observaciones. De allí que sea esta la oportunidad para reiterar la invitación realizada para que usted pueda colaborar —a través del acuerdo firmado con el sistema de Naciones Unidas—, en la organización de un seminario internacional sobre esta materia.

Además, como ya se dijo, está en estudio la reglamentación del artículo 34 de la Ley indígena luego de un proceso de consulta a los pueblos indígenas, lo que permitirá adecuar aún más la forma en que se realiza este procedimiento. Por otra parte, respecto al párrafo 38 de su informe en el que sugiere "... en los casos en los que esos mecanismos no existan formalmente (para llevar a cabo la consulta), deberán adoptarse provisionalmente mecanismos transitorios o ad hoc con miras al ejercicio efectivo de la consulta indígena", quiero informarle que se constituirá una comisión con las características señaladas y estudiaremos la forma más adecuada para determinar su integración.

Aprovecho la oportunidad para señalar que respecto del proceso de difusión e implementación que se ha hecho del Convenio N° 169 en decenas de seminarios y encuentros, en publicaciones y anuncios y en instrumentos de comunicación de todo tipo, realizados la mayor parte en el marco del Convenio con el sistema de Naciones Unidas antes mencionado, ha sido valorada y destacada por los propios organismos internacionales que velan por su cumplimiento.

Finalmente, somos conscientes de que en Chile estamos construyendo una manera de realizar la consulta indígena que sin duda es perfectible, para lo cual informes como el que usted nos envía son de una importancia capital, así como su disposición a colaborar en este proceso, todo lo cual es altamente valorado por el Gobierno.
