

**La consulta frecuente:  
Participación indígena en diferentes espacios de toma de decisión.**

**Macarena Sánchez Encina**

**Laboratorio Constitucional  
Universidad Diego Portales**

**DOCUMENTO DE TRABAJO ICSO – N° 57 / 2019**  
***Serie Laboratorio Constitucional UDP***

**Santiago, agosto 2019**

## **“La consulta frecuente: Participación indígena en diferentes espacios de toma de decisión”**

Macarena Sánchez Encina<sup>1</sup>

### **Resumen**

El proceso de formulación de políticas públicas involucra una serie de etapas, que incluye la formulación de consultas, la elaboración de proyectos de ley, la discusión y negociación en el Congreso Nacional y la ratificación por parte de éste. En este artículo se realiza un análisis de las diferentes etapas de formulación de políticas públicas en materia indígena, que el caso de Chile suele considerar una etapa de consulta indígena previa a la materialización de ciertas políticas públicas, lo que es sustentado en una serie de mecanismos y normas con los que se cuenta para la implementación de una consulta previa. Sin embargo, una vez realizada la consulta previa, la pregunta que surge es cómo se garantiza que la buena fe de ese proceso se mantenga durante el resto del proceso de formulación de una política pública. Aquí se abordan las etapas posteriores que involucra la formulación de una política y se realizan sugerencias para la adecuada participación de los pueblos indígenas en las diferentes etapas de aprobación e implementación de una ley, que van más allá de la consulta previa.

### **Abstract**

The process of designing a public policy considers a set of steps that usually involve consultation to communities, elaboration of bills, debate and negotiation within the National Congress and the approval and implementation of a given policy. This paper addresses the way indigenous people policies are formulated in Chile. It underlines the relevance of formal consultation mechanisms as a first stage for the formulation of public policies concerning indigenous people. But, at the same time, this paper addresses the lack of mechanisms of permanent consultation during the process of negotiation of a given reform once a given proposal was submitted to previous consultations to the indigenous people. This working paper proposes some solutions to this problem, bringing the comparative experience on dialogue and consultation during the formulation of a given policy concerning indigenous groups.

---

<sup>1</sup> Socióloga de la Universidad Academia de Humanismo Cristiano y asistente de investigación del Laboratorio Constitucional de la Universidad Diego Portales. Actualmente realiza un magister en Métodos para la Investigación Social en la Universidad Diego Portales

## Introducción

Existen varias normas internacionales que hacen referencia al derecho a consulta que tienen los pueblos indígenas sobre aquellas decisiones que les puedan afectar. Podemos encontrar estas normas principalmente en el Convenio N° 169 de la OIT (1989)<sup>2</sup>, y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)<sup>3</sup>, donde se especifica el deber del Estado de hacer partícipes a los pueblos indígenas en la toma de decisiones respecto a medidas que sean susceptibles de afectarlos directamente, ya sea en su cultura, tierras o tradiciones, propiciando así, que los pueblos indígenas tengan incidencia en estas medidas y puedan asegurar el respeto y conservación de sus costumbres, valores, territorios, etc.

El artículo 6 del Convenio N°169 señala que los Estados deben consultar a los pueblos indígenas *“mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”* (OIT, 1989: art. 6). El artículo incluye además la forma de la consulta, la norma y el objetivo de su realización, y señala que la consulta siempre debe llevarse a cabo *“de buena fe y de manera apropiada, con la finalidad de llegar a un acuerdo respecto a las medidas propuestas”* (OIT, 1989: art. 6). Similar es el caso de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, la cual en su artículo 19 señala que *“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten”* (ONU, 2007: art. 19). A partir de esto es preciso señalar que el objetivo central de la consulta indígena es obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas en temas que les conciernen, siendo el Estado el responsable de respetar, promover y proteger las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas, por tanto tiene el deber de adoptar las medidas adecuadas para este fin.

El Consejo de Administración de la OIT ha declarado que *“la consulta es la piedra angular del Convenio N°169”* (Anaya, 2013). Cabe destacar que Chile ha ratificado este Convenio, lo que significa que tiene el deber de cumplir con sus disposiciones en función del derecho internacional. Según el ex Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas James Anaya, la consulta resulta fundamental ya que el principio de consentimiento libre, previo e informado está estrechamente ligado con salvaguardar el conjunto de derechos sustantivos de los pueblos indígenas. Es decir, que el Estado tiene la obligación de proteger los derechos culturales y religiosos de los pueblos indígenas, pero sobre todo, los derechos de propiedad, lo que implica sus tierras, recursos y territorios.

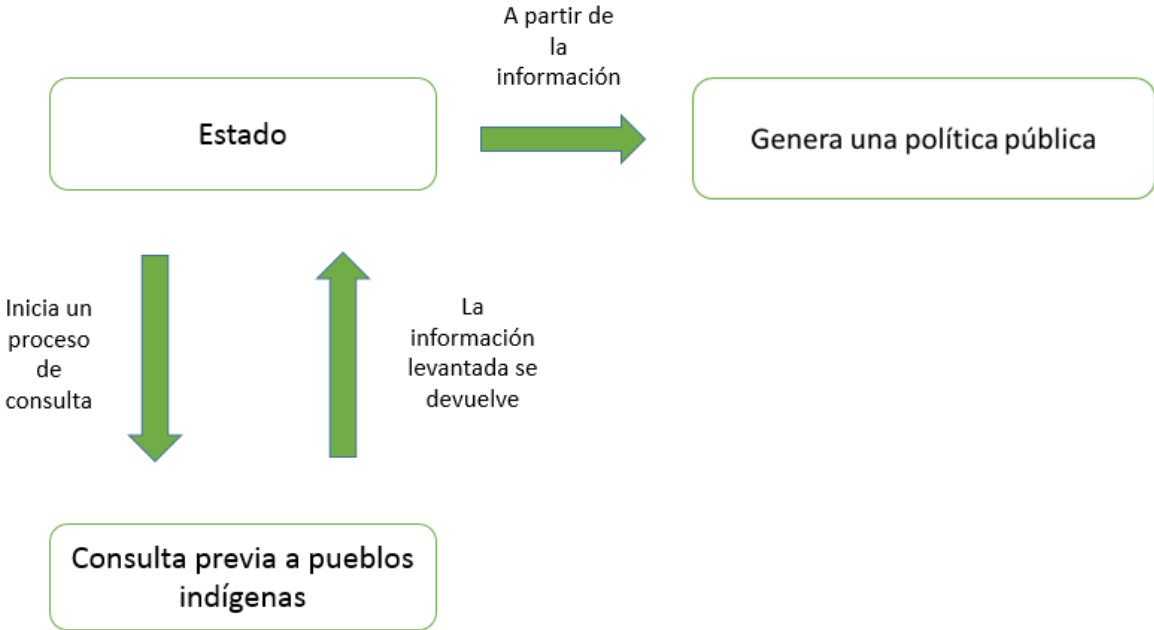
---

<sup>2</sup> Al respecto ver: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_345065.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf)

<sup>3</sup> Al respecto ver: [https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf)

En síntesis, lo que propone el derecho internacional es que el Estado sea el encargado de propiciar un proceso de consulta a los pueblos indígenas cada vez que existan medidas que les afecte, exigiendo que este proceso se realice de manera libre y de buena fe. Como muestra el gráfico a continuación, la dinámica de un proceso de consulta sería entonces, que el Estado inicie un proceso de consulta a los pueblos indígenas y que la información levantada a través de este proceso sea devuelta al Estado con el fin de conocer la opinión de los pueblos indígenas respecto a los temas específicos de la consulta, y que a partir de esta información el Estado pueda tomar decisiones respecto a las medidas que va a ejecutar. La creación de una política pública mediante una consulta previa sería entonces un proceso como el que muestra el cuadro 1:

**Cuadro 1:**



Fuente: elaboración propia.

Desde este punto de vista, la consulta a los pueblos indígenas resulta idónea para generar políticas públicas que sean favorables para las comunidades indígenas, pero el proceso de consulta y de la posterior creación de una política pública es mucho más complejo y considera una serie de etapas que van más allá de la consulta previa. A continuación se analizarán los mecanismos de consulta que existen en Chile para luego agregar otras dimensiones que requieren ser incorporadas al debate de política pública.

## **Normas y mecanismos de consulta en Chile**

Como ya se ha mencionado, en Chile el derecho a consulta está basado en acuerdos internacionales, principalmente en el Convenio N°169 de la OIT, vigente desde el año 2009. Es así como a partir de esto se han creado leyes y normativas que pretenden cumplir con los acuerdos tomados. Una de las normativas más importantes es la Ley 19.253 o también conocida como Ley Indígena, promulgada en 1993, y que está enfocada a promover iniciativas de desarrollo, educación y tierras de los pueblos indígenas y a la protección de sus derechos.

A partir de esta ley se crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), institución responsable de promover, coordinar y ejecutar la acción del Estado en favor de las comunidades indígenas, y de impulsar la participación de estos pueblos en la vida nacional (Ley 19.253, art:39). Es importante mencionar que la CONADI cuenta con un Consejo Nacional que es la instancia donde los representantes de las comunidades indígenas pueden participar en la formulación de políticas indígenas. Este Consejo está compuesto por 17 miembros, de los cuales 8 son representantes de los pueblos indígenas, los subsecretarios de 5 Ministerios, y 3 consejeros designados por el Presidente de la Republica y el Director Nacional de la CONADI (Ley 19.253, art: 41). El Consejo de CONADI fue bien valorado en un comienzo debido a la intención de integrar y darles participación a través de mecanismos formales a los pueblos indígenas en temas que les concierne, pero hoy ha sido criticado principalmente debido a la subrepresentación de varios de los pueblos reconocidos<sup>4</sup>, además se ha criticado el hecho que la participación de los pueblos solo se quede en esta instancia y no se extienda a otros órganos estatales, y por último existe una crítica a que el número de consejeros indígenas es bastante menor frente a los consejeros del gobierno, lo que no garantiza que las opiniones de los primeros se vean reflejadas en las resoluciones del Consejo.

### **Decreto Supremo N°66**

Respecto al deber de consulta del Estado, existen dos normativas que intentan coordinar su implementación, y que han sido fuertemente cuestionadas por los pueblos indígenas. El Por una parte está el Decreto Supremo N°66 promulgado el año 2013 por el Ministerio de Desarrollo Social, y es la normativa nacional encargada de implementar la consulta a las comunidades indígenas tomando como base lo establecido en el Convenio N°169 de la OIT. El “Decreto Supremo 66 del Ministerio de Desarrollo Social y Decreto Supremo 40 del Ministerio de Medio Ambiente (...) fueron -desde su origen- rechazados por las organizaciones indígenas del país, solicitando formal e informalmente, su derogación y creación de un nuevo mecanismo que se ajuste no solo a los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de OIT, sino que además cumpla el requisito de la vinculatoriedad, es decir, el derecho

---

<sup>4</sup> Los pueblos indígenas Colla, Quechua, Diaguita, Yagan y Kawashkar no tienen un cupo en el Consejo Nacional de la CONADI.

a consentimiento libre, previo e informado propuesto por las Declaraciones de ONU 2007 y OEA 2017” (Peralta, 2019).

El Decreto N°66 establece principalmente que:

- El proceso de consulta respecto a medidas que vinculen a los pueblos indígenas es una obligación del Estado
- El Estado debe entregar los medios para que los pueblos indígenas participen del proceso de consulta
- Establece los mecanismos que se deben utilizar para implementar un proceso de consulta

El Decreto además establece que “La consulta es un deber de los órganos de la Administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente por la adopción de medidas legislativas o administrativas” (Decreto N°66, art: 2). Es decir, que el proceso de consulta se debe llevar a cabo cuando los pueblos indígenas se vean afectados directamente por medidas legislativas o administrativas.

Podemos ver también que el artículo 7 del Decreto se señala que las medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas son “los anteproyectos de ley y anteproyectos de reforma constitucional, ambos iniciados por el Presidente de la República, o la parte de éstos cuando sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas” (Decreto N°66, art: 7). De acuerdo a Gonzalo Parot (2014), este artículo ha generado bastantes conflictos y críticas, puesto que, si bien el Decreto N°66 está basado en lo que dicta el Convenio N°169, en su artículo 7 señala que la consulta se realizará cuando una medida sea causa directa de un impacto significativo a los pueblos indígenas. Esto es diferente a lo que decreta el Convenio N°169 en donde la consulta a las comunidades indígenas se debe realizar cuando una medida sea susceptible de afectar directamente a dichos pueblos. Es decir que según el Convenio N°169 lo determinante será la posibilidad de afectación a los pueblos y no la certeza de que exista una afectación directa. Por otro lado, el Decreto N°66 limita el ámbito de afectación solo a tradiciones y costumbres, dejando de lado lo que señala el Convenio N°169 que como afectación entiende a “toda medida que pueda afectar derechos o intereses de los pueblos indígenas”.

El artículo 7 además señala que para medidas legislativas deben ser consultados los anteproyectos de ley y anteproyectos de reforma constitucional que sean susceptibles de afectar a los pueblos, lo que implica que las modificaciones legislativas que se realicen al proyecto no serán consultadas a las comunidades.

## Decreto Supremo N°40.

La segunda normativa es el Decreto Supremo N°40 promulgado en el año 2012 por el Ministerio de Medio Ambiente, y hace alusión a la consulta indígena para proyectos de inversión. Para estos casos, es el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) el organismo a cargo de realizar la consulta previa ambiental cuando se trate de proyecto de inversión en territorio indígena.

En este caso el decreto determina que el Ministerio de Medio Ambiente es el encargado de mediar como autoridad ambiental en un proceso de consulta a los pueblos indígenas respecto a proyectos de inversión que puedan afectarlos. El Decreto N°40 “establece *las disposiciones por las cuales se regirá el sistema de evaluación de impacto ambiental y la participación de la comunidad en el proceso de evaluación de impacto ambiental,*” (Decreto N° 40, Art: 1) Además especifica las instancias en que la consulta a los pueblos indígenas debe ser obligatoria:

- Si el proyecto de inversión pueda provocar un reasentamiento de las comunidades o alteración de sus costumbres (Decreto N°40, art:7)
- Si el proyecto se encuentra cercano a zonas indígenas (Decreto N°40, art:8)
- Si el proyecto pueda generar alteración de lugares históricos o culturales incluyendo los lugares en donde habitualmente se manifiesten los pueblos indígenas (Decreto N°40, art:10)
- Si el proyecto de inversión pueda producir un riesgo para los recursos renovables de los pueblos indígenas (Decreto N°40, art:8)
- Si pueda generar un riesgo para la salud de los pueblos indígenas (Decreto N°40, art:5)
- Y si el proyecto altera el valor turístico o paisajístico del territorio indígena (Decreto N° 40, art:9)

Es preciso señalar que la consulta para proyectos de inversión se exige únicamente si es que se determina que el proyecto requiere de un estudio de impacto ambiental, si esto sucede, el proyecto inicial debe adaptarse a las distintas etapas. De hecho, es el SEIA a través del DS N°40 quien tiene como tarea implementar la consulta indígena dentro del reglamento que establece el decreto, el cual tiene algunas especificaciones en cuanto a si procede o no realizar una consulta. Estas especificaciones limitan el proceso de consulta a la idea de “*susceptibilidad de afectación*” determinada por las autoridades del SEIA, lo que implica que solo algunos proyectos pueden tener un proceso de consulta indígena. Cabe señalar que esta consulta solo estará referida a las medidas propuestas por el titular del proyecto. En el caso de que el proyecto no sea considerado para una consulta, deberán ser parte de un proceso de diálogo ciudadano. Es importante mencionar también que ninguno de los resultados ya sea de los procesos de diálogos, o de la consulta indígena son vinculantes.

## Generación de una política pública

La consulta previa a pueblos indígenas es solo una parte de la formulación de una política pública. En esta sección analizamos el proceso de gestación de una política pública tradicional y que podría eventualmente afectar a los pueblos indígenas.

Una política pública es la respuesta del Estado a aquellas problemáticas que van surgiendo en la sociedad. Ella se define tradicionalmente como “el conjunto de decisiones y acciones que lleva a cabo un gobierno para solucionar determinados problemas” (Catalá-Pérez, 2015). Se entiende entonces que la creación de una política pública requiere de un proceso que comienza cuando el gobierno o algún parlamentario detecta la existencia de un problema, que por su relevancia merece atención y por lo tanto se deben emprender medidas para que el problema sea eliminado o disminuido, y termina con la evaluación de los resultados obtenidos.

Varios autores han señalado que la creación de una política pública requiere de diversas etapas, que podemos agrupar en 4 fases básicas<sup>5</sup>:

- 1. Etapa de formulación:** que está dividida en dos instancias que son, la fase de surgimiento e identificación del problema y la fase de incorporación del problema a la agenda política. En esta etapa se visibiliza una situación que ha generado una necesidad colectiva, una carencia o una insatisfacción en un grupo de personas. Luego de identificar la situación se incorpora a la agenda política y dependerá del tratamiento político que se le dé, la medida de su difusión, información y visibilidad de los afectados (Subirats, Knoepfel, Larrue, & Varonne, 2008).
- 2. Proceso político de aprobación:** que al igual que la etapa anterior está dividido en dos instancias, la primera es la fase de formulación de objetivos, en donde se pretende establecer las metas que se desean alcanzar, y a partir de estas metas y objetivos se determinan los procesos e instrumentos a utilizar. Es preciso señalar que en esta etapa suelen evaluarse las soluciones posibles y las consecuencias que cada alternativa política pueda generar. La segunda fase implica decidir la alternativa adecuada, lo que significa que ya se han comparado varias alternativas y se ha escogido la solución que tenga mayor alcance respecto de los objetivos.
- 3. Etapa de implementación:** esta etapa es la puesta en marcha de la alternativa escogida con anterioridad. De acuerdo a André-Noel Roth (2002), en general se observan dos modelos de implementación de una política pública:
  - La implementación con un modelo “*Bottom-up*” o de abajo hacia arriba, es una alternativa que reconoce a los actores que movilizaron la política pública desde la base, con esto se busca una conciliación con los involucrados

---

<sup>5</sup> Al respecto véase: <https://totaleval.wordpress.com/2015/02/11/las-politicas-publicas-y-su-ciclo/>



haciendo posible obtener soluciones partiendo desde el núcleo del problema.

- La implementación con un modelo “*Top-Down*” consiste en el clásico trabajo de la administración pública que se materializa de arriba hacia abajo. En estos modelos prima la jerarquía en donde los entes políticos y técnicos son los que dirigen todo el proceso (Roth, 2002).

**4. Evaluación de la política pública:** Esta etapa funciona como retroalimentación del proceso, puesto que la intervención pública no necesariamente termina con la evaluación de los resultados, sino que a partir de esta evaluación se pueden observar nuevos problemas, por lo que la evaluación determina los resultados de la intervención y también los efectos de esta.

Para el caso particular de las políticas públicas que afectan a los pueblos indígenas en Chile, la situación es algo más compleja dado que, como ya se indicó, cabe tener presente que una consulta debe realizarse de forma previa a la propuesta de un proyecto por lo que es indispensable que esta instancia se realice en la etapa de formulación: “el carácter previo de la consulta exige que la nueva medida legislativa objeto de la consulta a los pueblos indígenas sea consultadas en las fases previas a su tramitación parlamentaria” (Anaya, 2009). Teniendo los resultados de la consulta y la información necesaria para incorporar al proyecto, este debe pasar al proceso político de aprobación.

Como señala el artículo 65 de la Constitución, la tramitación de un proyecto de ley puede iniciarse tanto en la Cámara de Diputados como en la Cámara del Senado, la primera cámara en donde se estudia el proyecto se denomina la cámara de origen y la segunda se constituye como cámara revisora.

Durante el primer trámite en la cámara de origen puede ocurrir que el proyecto se envíe a una o más comisiones, si es que corresponde, para que sea analizado en sus aspectos generales por un grupo designado de parlamentarios, o puede ocurrir que por acuerdo unánime de la sala se omite este trámite. Es preciso señalar que para el caso de temáticas indígenas existe una comisión permanente en la Cámara de Diputados de “Derechos Humanos y Pueblos Originarios”. Esta comisión está compuesta por diputados, de los cuales actualmente solo uno de ellos pertenece a algún pueblo originario<sup>6</sup>, por lo que los pueblos indígenas no son partícipes directamente de las modificaciones y revisiones que contiene el proyecto una vez ingresado a la etapa de aprobación. Además no se trata de una comisión especializada en temáticas indígenas, sino que incluye un espectro más general de temas asociados a derechos humanos y temáticas indígenas.

En el caso de del Senado, no existe una comisión equivalente a la de la Cámara baja que aborde la temática de los pueblos indígenas.

---

<sup>6</sup> La Diputada por el Partido Socialista Emilia Nuyado Ancapichún, dirigente social Mapuche.

Luego de estudiar el proyecto la comisión informa sus conclusiones a la Cámara de origen la cual aprueba o rechaza la idea de legislar sobre el proyecto. En el caso de que en esta discusión se hayan presentado indicaciones ya sea por el Presidente de la República o por los parlamentarios, el proyecto vuelve a la comisión correspondiente para estudiar las indicaciones mencionadas, la comisión evalúa las indicaciones y realiza un segundo informe al respecto. Si no existen indicaciones se aprueba al proyecto y pasa al segundo trámite legislativo. Cabe destacar que la información recogida desde los pueblos indígenas en esta instancia es evaluada y ajustada a las metas y objetivos que inicialmente se proponen en el proyecto consultado a las comunidades, por lo que la comisión solo puede hacer referencia a los temas contenidos en el proyecto.

El segundo trámite constitucional, corresponde a la tramitación en la segunda Cámara o Cámara revisora una vez aprobado el proyecto en la Cámara de origen. En esta instancia se procede de la misma forma que en el primer trámite constitucional, es decir, la cámara estudia el proyecto en comisiones y se vota en la sala. La Cámara revisora puede modificar, rechazar o aprobar el proyecto. En caso de que se apruebe, se envía al presidente de la República, quien si también lo aprueba firmará para que el proyecto se convierta en ley. Si el proyecto es modificado por la Cámara revisora debe volver a la Cámara de origen para considerar las modificaciones sugeridas. Por último si el proyecto es rechazado en esta segunda instancia debe ser asignado a una comisión mixta de ambas cámaras, la cual deberá adecuar el proyecto con la finalidad de resolver los desacuerdos encontrados. Cabe destacar que durante el trámite de aprobación del proyecto lo que se negocia y discute son principios atingentes al proyecto y no su articulado.

Luego de la aprobación del proyecto en ambas Cámaras, la propuesta se envía al Presidente de la República quien puede aprobar o rechazar el proyecto. Para esto tiene un plazo de 30 días, además puede formular vetos u observaciones al proyecto durante este plazo. Si existen vetos u observación el proyecto debe volver a la Cámara de origen, si ambas cámaras aprueban estas observaciones, el proyecto vuelve al Presidente para su aprobación y promulgación. En el caso de que las dos Cámaras rechazaran las observaciones del Presidente, *“e insistieren, por los dos tercios de sus miembros presentes, en la totalidad o parte del proyecto aprobado por ellas, se devolverá el proyecto al Ejecutivo, el que debe promulgarlo como ley”* (BCN, 2018).

Un paso importante y adicional en este proceso es la evaluación del Tribunal Constitucional, el cual tiene como atribución el control de manera obligatoria o a requerimiento de la constitucionalidad de cada proyecto de ley. Este trámite debe realizarse de manera previa a que un proyecto de convierta en una ley de la República. Por lo anterior es que la cámara de origen envía el proyecto al Tribunal Constitucional luego de que este es aprobado en ambas cámaras, con la finalidad de revisar si dentro del proyecto hay normas contrarias a la Constitución, si esto sucede estas normas deben ser eliminadas del texto, y luego el proyecto se envía a promulgación y publicación.

Como se puede apreciar durante el proceso de aprobación de un proyecto de ley en Chile, no existen instancias en donde los pueblos indígenas puedan involucrarse u opinar en tanto colectivos de modo directo. Si bien la ley estipula la obligatoriedad de una consulta previa en un proyecto, siempre que afecte directamente a los pueblos originarios, esta consulta es inicial y anterior a un proyecto de ley, por lo que todas las votaciones en ambas cámaras, las sugerencias y vetos a principios específicos del proyecto, así como las evaluaciones tanto de las comisiones como del Tribunal Constitucional no consideran las opiniones de los afectados directamente por el proyecto. Finalmente, el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados queda debilitado, debido a que eventuales acuerdos establecidos en la consulta previa podría ser modificada a lo largo del proceso de aprobación de la ley, sin considerar la posición de las comunidades frente a potenciales cambios realizados.

De este modo, se advierte que no existe ninguna instancia formal que monitoree el trabajo legislativo de modo de observar la consistencia que existe entre lo acordado en una consulta previa con los pueblos y lo acordado en las diferentes fases del proceso legislativo a nivel de comisiones y de la aprobación/rechazo en la Sala.

Eventualmente, los congresistas pueden invitar a representantes de comunidades a debatir ciertos proyectos de ley en cada una de las comisiones, pero se trata de invitaciones particulares a determinadas personas y que están mediadas políticamente toda vez que se discute en las Comisiones respectivas los nombres de las personas que podrían ser invitadas a exponer. Aquí no se da una representación “institucional” de los pueblos indígenas. Tampoco existe la práctica de las Comisiones del Congreso de establecer reuniones de trabajo *in situ* en zonas o regiones que podrían ser afectadas por una legislación. Lo anterior impone restricciones para la asistencia de indígenas a comisiones del Congreso por cuanto el costo de traslado hasta la ciudad de Valparaíso suele ser alto. Ejemplo de esto fue la sesión especial que realizó la Comisión de Derechos Humanos del Congreso, en junio de este año, a la cual fueron invitados al Congreso, 250 miembros de las comunidades mapuches de la Región de la Araucanía, entre ellos 12 loncos y 8 machis, además de algunos miembros de las comisiones de Desarrollo Social, Medio Ambiente, Cultura y Ciencia y Tecnología. En esta instancia se invitó a las comunidades a dar sus impresiones respecto a la consulta indígena implementada por el gobierno. También en esta instancia las comunidades pidieron a los parlamentarios ser intermediarios con el gobierno para pedir la desmilitarización de la región, y respecto por lo acuerdos y tratados que Chile ha firmado con las comunidades indígenas, “que se aplique la Ley Indígena y el Convenio 169, se permita la libre determinación de los pueblos y se termine con los genocidios” (Aucan Huilcaman, Diario digital Emol, 12 de junio del 2019<sup>7</sup>) esta sesión histórica resultó ser principalmente simbólica, puesto que no existen espacios regulares y formales de trabajo entre las comunidades indígenas y el Congreso Nacional.

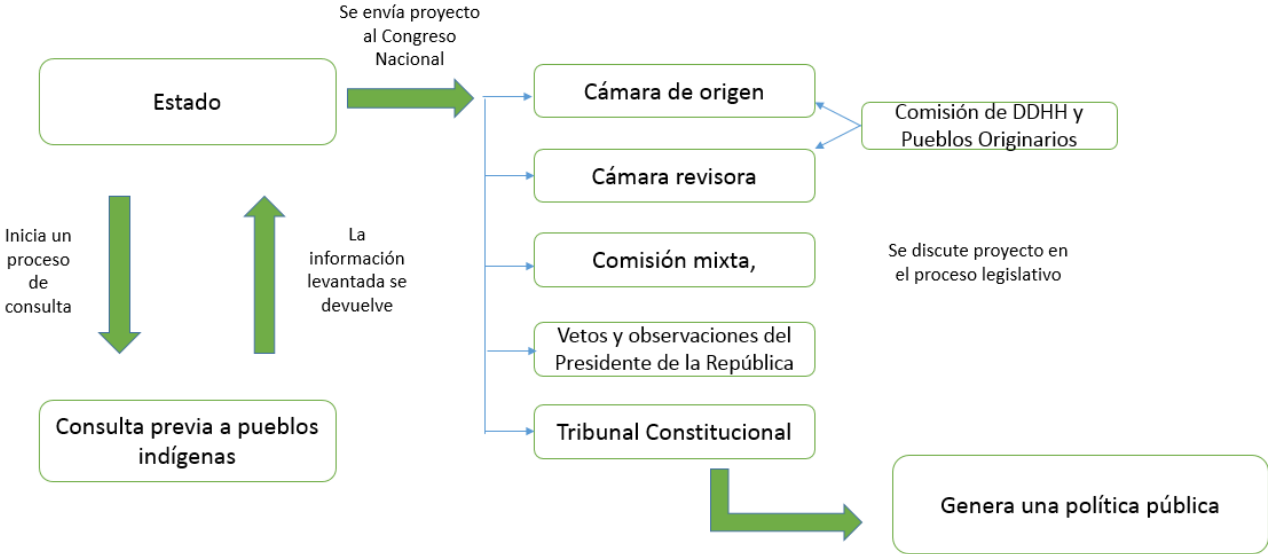
---

<sup>7</sup> Fuente: Emol.com - <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2019/06/12/951114/Dirigentes-mapuche-anuncian-la-creacion-de-un-gobierno-autonomo-en-historico-encuentro-con-diputados.html>

Tampoco en el Tribunal Constitucional que vela por analizar la constitucionalidad de las normas se ha incorporado una dimensión de análisis que incorpore a los pueblos indígenas, o que se preocupe por atender las inquietudes que eventualmente podrían surgir desde las propias comunidades.

En lo mencionado anteriormente se puede apreciar que el proceso de creación de una política pública para pueblos indígenas en Chile es mucho más complejo que simplemente hacer una consulta previa y que el Estado genere una política tal como propone el derecho internacional. El esquema de aprobación legislativa incorpora una serie de procedimientos que podrían alterar acuerdos iniciales alcanzados con ciertas comunidades por lo que la cuestión de la “consulta previa” está mediatizada por un proceso de negociación legislativa (cuadro:1):

**Cuadro 2: Proceso de formulación de una política pública en Chile.**



Fuente: Elaboración propia.

Es preciso mencionar que el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ha señalado “que 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” (Meza-Lopehandía, 2018) además sugiere que las consultas no deben estar restringidas a las temáticas iniciales de un proyecto, sino que deben ser consultadas a medida que surgen durante su discusión.

**Proyecto de Ley Ministerio de los Pueblos Indígenas**

La creación de una nueva institucionalidad en materia indígena es materia de discusión al crearse un Ministerio de Pueblos Indígenas y Consejos de Pueblos Indígenas, que actualmente se encuentran como proyectos de ley en el Congreso. Pero tal solución

institucional hasta el momento no contempla mecanismos que posibiliten una constante retroalimentación entre estas instancias y los formuladores de políticas públicas. Como veremos a continuación se trata de instancias pensadas como consultivas pero que no incluyen funciones específicas de retroalimentación en el diseño y elaboración de las políticas de Estado.

En efecto, con el fin de avanzar en materia de Derechos Indígenas se ha propuesto un proyecto de ley que crea el Ministerio de los Pueblos Indígenas, el cual sería el organismo encargado de “colaborar con el Presidente de la Republica en el diseño coordinación, seguimiento y evaluación de la políticas y programas destinados a fortalecer los derechos de los pueblos indígenas” (Boletín N° 10.687-06, art: 1). Esto con la finalidad de impulsar el respeto a los derechos económicos, sociales y culturales de las comunidades. Para cumplir con estas funciones el Ministerio debe tomar en consideración las tradiciones y la cosmovisión de cada pueblo (Boletín N° 10.687-06, art: 2).

Es preciso mencionar que el proyecto de ley contempla que el Ministerio de los Pueblos Indígenas sea el encargado de analizar las solicitudes de procedencia de consulta, esto a través de la creación de dos instancias de participación directa de los pueblos indígenas, los cuales son: los Consejos de Pueblos indígenas y el Consejo Nacional de los Pueblos indígenas.

Los Consejos de Pueblos Indígenas, están definidos como una “corporación de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio, autónomos, representativos, participativos y de consulta con facultad de adoptar decisiones sobre su propia orgánica con carácter resolutivo, facultativo y vinculante” (Ministerio de Desarrollo Social, 2016). Estos Consejos serán 9 en total, correspondientes a cada pueblo indígena reconocido por ley. Estarán compuestos exclusivamente por representantes indígenas y se regirán de acuerdo a sus propios reglamentos internos. Además cada Consejo estará compuesto por una cantidad diferente de integrantes de acuerdo al tamaño de su población, por lo que el Consejo del pueblo Mapuche tendrá 35 integrantes, el Consejo Aymara tendrá 9 miembros, el Consejo Atacameño o Likanantay 5 miembros, el Consejo Diaguita 5 miembros, y los Consejos de los pueblos Quechua, Colla, Rapa Nui, Kawashkar y Yagán, tendrán 3 miembros cada uno. (Boletín 10.526-06, Párrafo II). Las principales funciones de los Consejos de los Pueblos son: formular propuestas y recomendaciones al Ministerios de los Pueblos Indígenas respecto a políticas nacionales indígenas, Colaborar con el Consejo Nacional de Pueblos Indígenas y emitir opinión respecto al desarrollo de procesos de consulta.

El Consejo Nacional Indígena el cual de acuerdo al programa de gobierno de Sebastián Piñera<sup>8</sup>, tendría como función asesorar al gobierno en el desarrollo de la política indígena, siendo así un órgano consultivo de los pueblos indígenas, compuesto por representantes escogidos por cada una de las etnias reconocidas por la ley. Estará compuesto por 15 consejeros los cuales debe representar a los 9 pueblos indígenas reconocidos por la ley,

---

<sup>8</sup> (Programa de Gobierno Sebastián Piñera, pág. 103, 2010 – 2013)

estos consejeros deben ser designados por cada pueblo según sus propias reglas. La composición de este Consejo será: 2 consejeros aymaras, 1 consejero quechua, 1 consejero atacameño, 2 consejeros diaguitas, 1 consejero colla, 1 consejero rapa nui, 1 consejero kawashkar, 1 consejero yagán y 5 consejeros mapuche (Boletín 10.526-06, art.17).

Entre sus facultades deberá colaborar con el Ministerio de Pueblos Indígenas en la elaboración de política indígena nacional, proponer la dictación o modificación de normas legales referidas a los pueblos indígenas, actuar como institución representativa de los pueblos indígenas cada vez que alguna medida legislativa o administrativa sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. Por último el reglamento interno de este consejo será determinado por sus miembros al momento de su creación. (Boletín 10.526-06, art.20). Es preciso señalar que ambos consejos solo son consultivos respecto a políticas indígenas, por lo tanto sus acuerdos de acuerdo a esta propuesta, no serían vinculantes.

### **La consulta permanente: mecanismos de interacción en la formulación de políticas**

Analizando las falencias que presenta hoy en día la implementación de la consulta previa y el tratamiento de la información obtenida a través de esta para la creación de políticas públicas, parece relevante proponer algunas soluciones desde la experiencia comparada:

1. La primera solución que surge a este dilema podría ser que dentro del sistema legislativo actual, exista un comité o comisión permanente exclusivo de pueblos indígenas, por el cual deban pasar de forma obligatoria, todos los proyectos de ley que involucren de alguna manera a los pueblos originarios. Además sería necesario que este comité tenga la facultad de proponer de manera independiente proyectos de ley que considere necesario para el bienestar de los pueblos originarios. Un ejemplo de esta propuesta es el caso de Canadá, país que cuenta con la “Assembly of First Nations” o “Asamblea de Primeras Naciones”, la cual es una instancia política compuesta por miembros de comunidades indígenas, y creada para representar a los pueblos originarios de Canadá en situaciones donde puedan tener desventaja, principalmente se involucra en temas como tratados, derechos indígenas, tierras y recursos. La Asamblea está dirigida por un jefe nacional elegido por votación entre las comunidades, y un comité asesor del jefe nacional compuesto por 10 jefes representantes de cada región del país. Lo relevante respecto a la Asamblea de Primeras Naciones es su principal objetivo, que consiste en presionar a los parlamentarios, a los ministros del gabinete y a los altos funcionarios del gobierno canadiense para asegurarse de que la visión y posición de la Asamblea sea considerada en la formulación de políticas públicas.

Es importante mencionar que esta intervención de la Asamblea de las Primeras Naciones se realiza constantemente en el desarrollo y discusión de leyes atinentes a los pueblos originarios en algunas legislaciones específicas (Green, 2014), como

son educación, salud, desarrollo económico y servicios sociales<sup>9</sup>. Es el caso por ejemplo de la “Canadian Environmental Protection Act” que ha incorporado algunos representantes de pueblos originarios al Comité Consultivo Nacional Ambiental, además de establecer la consulta previa como proceso fundamental en la toma de sus decisiones.

2. Una segunda solución, no excluyente con la anterior, podría ser la conformación de un consejo o parlamento de pueblos indígenas autónomo, que funcione como contraparte luego de la aprobación de una ley que implique a los pueblos originarios, es decir que posterior a la aprobación de un proyecto de ley. Este consejo podría tener la facultad de opinar respecto a los puntos aprobados en el parlamento antes de su promulgación, para así poder cambiar y mejorar el proyecto. Este rol podría cumplirlo el anunciado Consejo de los Pueblos Indígenas.

Un ejemplo de esta propuesta es el caso de Noruega, país que cuenta con un parlamento indígena (Parlamento Sami), el cual es una institucionalidad autónoma compuesta solo por indígenas, este parlamento es un organismo político independiente creado para representar a los sami de este país. Se compone de 39 representantes electos a partir de un registro electoral sami, los cuales son elegidos en las mismas elecciones que el Parlamento Nacional (Ley Sami, 1987: art.2-3). Lo relevante de este parlamento es que puede tratar cualquier materia que considere que puede afectar de alguna manera al pueblo Sami. Una de sus principales atribuciones es tratar por iniciativa propia los asuntos que considere relevantes y hacer declaraciones respecto a cualquier ámbito dentro de su área, además puede plantear sus declaraciones a autoridades públicas y a instituciones privadas. También es el órgano encargado de coordinar la consulta a los pueblos indígenas, y este proceso de consulta no termina hasta que el Parlamento Sami y el gobierno de Noruega consideren que es posible llegar a un acuerdo sobre la materia consultada. (Greene & Meza-Lopehandía, 2016). Cabe hacer notar que el rol de “consulta” aquí, va más allá que simplemente organizar reuniones o representar puntos de vista frente a las autoridades de Noruega. El objetivo de estos procesos de consulta en temas atinentes al pueblo Sami es que se obtengan compromisos y acuerdos duraderos y vinculantes. Las autoridades noruegas tienen la obligación de obtener un consentimiento previo, libre e informado. Ello ha sido posible en la mayoría de los casos, aunque los más controversiales han sido los asociados con la administración y uso de recursos naturales (Balto 2012: 47).

Lo relevante de esta propuesta es la constante intervención parlamento en las distintas etapas de discusión, aprobación e implementación de políticas públicas que puedan afectar a los pueblos originarios.

---

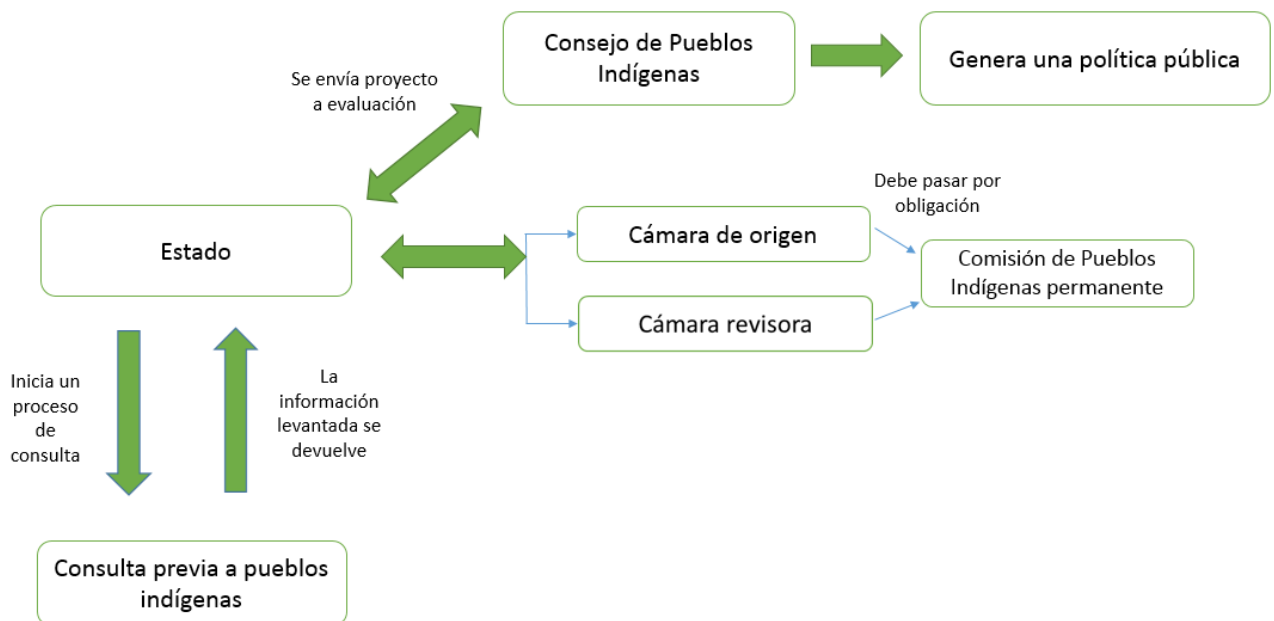
<sup>9</sup> Al respecto véase:

<https://translate.google.com/translate?hl=es&sl=en&u=https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/assembly-of-first-nations&prev=search>

- Por último, es preciso que exista una instancia en donde una vez implementada una política pública, se propongan cambio y mejoras a esta, debido a que no cumple o cumple parcialmente con los objetivos esperados. Un buen ejemplo de esta instancia es el caso de Australia, en donde se crean comités de evaluación para diferentes temáticas, los cuales realizan reportes especiales con recomendaciones para realizar cambios a las políticas existentes. Los informes de la comisión son presentados al parlamento en donde se discuten los puntos a evaluar y se deciden los cambios, es importante mencionar que en este caso las recomendaciones de la comisión se evalúan individualmente y su implementación se realiza de manera paulatina de acuerdo a la discusión y aprobación de cada punto en el informe<sup>10</sup>.

De acuerdo a lo propuesto anteriormente, la creación de una política pública que implique a pueblos indígenas, y que respete el derecho de los pueblos originarios a ser consultados, debiera tener un esquema como el siguiente:

**Cuadro 3: Propuesta de consulta permanente en la formulación de políticas públicas.**



Fuente: Elaboración propia.

<sup>10</sup> Al respecto véase: Sebastián Donoso & Camila Palacios “Pueblos indígenas y reconocimiento constitucional: aportes para un debate”



## Conclusiones y recomendaciones

En Chile el proceso de consulta a los pueblos indígenas tiene su base en el Convenio N° 169 de la OIT, por lo que existen normativas que pretenden regular su cumplimiento, tales como:

- Decreto Supremo N°66 (2013) del Ministerio de Desarrollo Social.
- Decreto Supremo N°40 (2012) del Ministerios del Medio Ambiente.

La consulta previa indígena es un deber del Estado, por lo que este debe ser el responsable de propiciarla en cuanto a medidas o proyectos propuestos que puedan afectar de alguna manera a los pueblos indígenas.

Los convenios internacionales no establecen explícitamente los casos en que debe aplicarse una consulta, pero hacen especial alusión a la relación de los indígenas con sus tierras y su territorio, por lo que los proyectos o medidas que puedan significar algún grado de afectación a las comunidades indígenas deben ser consultadas de forma previa a su implementación, y debe ser libre y de buena fe, por lo que debieran respetarse las condiciones sugeridas por las comunidades en la consulta durante todo el proceso de aprobación del proyecto consultado.

La creación de una política pública teóricamente cuenta con 4 etapas, que son: formulación, aprobación, implementación y evaluación. En el caso de Chile este proceso es un poco más complejo que las definiciones de cada etapa de creación mencionada, principalmente porque el proceso de discusión y aprobación de una ley en el Congreso Nacional cuenta con algunas etapas adicionales. Estas etapas muchas veces son espacios relevantes que alteran las ideas originales por lo que resulta central incorporar mecanismos permanentes de consulta cuando se tratan temas que afectan a comunidades indígenas.

Si bien hoy en día existen instancias de participación de representantes indígenas en el Congreso, a través de comisiones creadas para temáticas específicas, es necesario establecer un vínculo permanente entre los pueblos indígenas y esta institución. La creación de una comisión indígena permanente en el Congreso como sucede en el caso de Canadá, sería dar un paso importante para abrir el diálogo y fomentar la plena participación de los pueblos indígenas en instancias legislativas, así cada proyecto o medida vinculada a los pueblos indígenas que pasara por el Congreso, sería discutida por sus propios representantes.

El proyecto de creación del Ministerio de Pueblos Indígenas parece dar solución a la poca participación que tienen estos pueblos en el país, a pesar de que la propuesta considera al Ministerio solo como un organismo asesor del Presidente de la República en materia indígena, su creación implica un avance en el reconocimiento y participación de las comunidades indígenas. Sería entonces indispensable que el Consejo Nacional Indígena perteneciente a dicho Ministerio, tenga algún grado de autonomía que le permita funcionar como contraparte al Congreso Nacional en los casos en que se dispongan proyecto de ley

con afectación a los pueblos originarios y donde se requiere evaluar el avance legislativo y el modo en que se van materializando los acuerdos originales de consultas previas en el proceso legislativo propiamente tal. Lo ideal sería que el Consejo Nacional Indígena pudiera dialogar directamente con el Congreso Nacional, imitando la experiencia de países como Nueva Zelandia con el Parlamento Sami, puesto que una instancia de esta magnitud otorgaría por fin la representación por la que los pueblos indígenas en nuestro país siempre han luchado.

Es preciso que la instancia de la consulta a los pueblos indígenas sea vista como un proceso paralelo a la aprobación de políticas públicas que los vinculen, y no como una etapa inicial la cual se puede modificar durante el proceso de aprobación del proyecto, dejando de lado los principios iniciales observados por las propias comunidades. Por último es importante resaltar que actualmente el Convenio Nº169 de la OIT es una ley de la República de Chile, por lo tanto el Estado tiene el deber de garantizar el cumplimiento de éste.

Una retroalimentación permanente, en diferentes etapas del proceso de formulación de una política pública contribuiría a legitimar tales políticas, otorgando mayor estabilidad a la materialización de ellas en el mediano y largo plazo.

## Referencias

Anaya, J. (2009). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Adición: La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial.

Anaya, J. (17 de enero de 2019). <http://unsr.jamesanaya.org>. Obtenido de <http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>

Balto, Marianne. The role of the Norwegian Sami Parliament in Salmon Management. *RCC perspectives* 4: 46-51.

Biblioteca del Congreso Nacional. (2018). Guía de Formación Cívica.

Catalá-Pérez, D. (17 de enero de 2018). [totaleval.wordpress.com](https://totaleval.wordpress.com). Obtenido de <https://totaleval.wordpress.com/2015/02/11/las-politicas-publicas-y-su-ciclo/>

Decreto Supremo N° 40 (2012). Del Ministerio del Medio Ambiente.

Decreto Supremo N°66 (2013). Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena.

Donoso, S., & Palacios, C. (2018). Pueblos indígenas y reconocimiento constitucional: aportes para un debate. Centro de Políticas Públicas UC.

Green, F. (2014). Institucionalidad y mecanismos de participación política indígena en Canadá, Nueva Zelanda, Australia, Finlandia, Noruega y Suecia. BCN.

Greene, F. & Meza-Lopehandía, M., 2016. *Organos de representación indígena en la experiencia comparada*, s.l.: s.n.

Ministerio de los Pueblos Indígenas (2017). Boletín N° 10.687-06.

Ley 19.253. (1993) Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

Ley Sami - Act of 12 June 1987 No. 56 concerning the Sameting (the Sami parliament) and other Sami legal matters. recuperado a partir de: <https://www.regjeringen.no/en/dokumenter/the-sami-act-/id449701/>

Meza-Lopehandía, M. (2018). Consulta Previa Indígena y Congreso Nacional.

OIT, (1989). Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual. Ginebra.

ONU, (2007). Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones UNIDAS.

Parot, G. (2014). La procedencia de la Consulta Indígena.

Programa de Gobierno Sebastián Piñera, pág. 103, 2010 – 2013.

Roth, A.-N. (2002). Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación. Bogotá: Aurora.

Social, M. d. (2016). Proyecto de Ley Consejo Nacional y Consejo de Pueblos Indígenas. Boletín 10526-06.

Subirats, J., Knoepfel, P., Larrue, C., & Varonne, F. (2008). Análisis y gestión de políticas públicas.