

**LA OMISIÓN DE CONSULTA INDÍGENA EN LOS PROCESOS CONSTITUYENTES
EN CHILE. 2019 – 2023*¹**

**THE OMISSION OF INDIGENOUS CONSULTATION IN THE CONSTITUYENT PROCESSES
IN CHILE. 2019 – 2023**



<https://doi.org/10.32735/S2735-61752023000203131>

Álvaro Barrientos Saldía²

alvaro.barrientos@ulagos.cl

<https://orcid.org/0000-0003-0396-6620>

Universidad de Los Lagos

Osorno, Chile

RESUMEN

Con ocasión de los movimientos sociales ocurridos en Chile durante el año 2019 y que evidenciaron una oposición al sistema político actual y, por tanto, hacia la legitimidad de la Constitución Política de la República del año 1980, permitió establecer procesos en pos de la redacción de una nueva Carta Fundamental. En tal contexto, con fecha 24 de diciembre de 2019 se publicó la Ley N°21.200 la cual modificó la Constitución Política y estableció un mecanismo concreto para la elaboración de una propuesta a un nuevo texto Constitucional. Una vez concluido el proceso y efectuado el referéndum de salida, este obtuvo como resultado un rechazo a su texto, lo que conllevó a que ahora con fecha 17 de enero de 2023 se publicara la Ley Nro. 21.533 y que estableció y sumó un nuevo proceso para la redacción de una nueva Constitución. Es en estos escenarios, que el presente ensayo busca visibilizar la participación de los Pueblos Indígenas y desde ahí, indagar si desde el Estado se cumplieron con las obligaciones hacia el reconocimiento de sus derechos, en especial acerca su derecho a Consulta, deber que contrajo al ratificar el Convenio OIT 169.

Palabras claves: Constitución; pueblos indígenas; consulta indígena.

ABSTRACT

On the occasion of the social movements that occurred in Chile during the year 2019 and that evidenced an opposition to the current political system and, therefore, towards the legitimacy of the Political Constitution of the Republic of the year 1980, allowed the establishment of processes in pursuit of the drafting of a new Fundamental Charter. In this context, on December 24, 2019, Law No. 21,200 was published, which modified the Political Constitution and established a specific mechanism for the preparation of a proposal for a new Constitutional text. Once the process was completed and the exit referendum was carried out, this resulted in a rejection of its text, which led to the publication of Law No. 21,533 on January 17, 2023 and which established and added a new process for the drafting of a new Constitution. It is in these scenarios, that the present essay seeks to make visible the participation of the Indigenous Peoples and from there, to investigate if the State complied with the obligations towards the

* Artículo recibido el 13 de abril de 2023; aceptado el 12 de junio de 2023.

¹ El presente ensayo surge como producto de los análisis del tema en el área de derecho indígena de la carrera de Derecho de la Universidad de Los Lagos.

² Abogado; Magíster en Derecho por la Universidad Autónoma de Chile. Docente de derecho indígena de la Universidad de Los Lagos (Chile).



recognition of their rights, especially regarding their right to Consultation, a duty that was contracted to the ratify OIT Convention 169.

Keywords: Constitution; indigenous people; indigenous consultation.

Introducción

Desde que Chile regresó a la democracia³, la sociedad civil se mantuvo al margen de protestas colectivas hacia el modelo político imperante; sin embargo, irrumpieron en el año 2019 distintos movimientos sociales de marcado rechazo hacia el origen y contenido dispuesto en la Constitución Política de la República del año 1980 (CPR), pero que, a la vez, permitieron generar acuerdos en el Poder Legislativo para establecer procesos que permitan la redacción de una nueva Carta Fundamental. Por esta razón, con fecha 24 de diciembre de 2019, se publicó en el Diario Oficial (D.O) la Ley N°21.200 que “Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República”⁴, permitiendo trazar un camino inicial para la elaboración de una propuesta para un nuevo texto Constitucional, instancia que, durante el transcurso de su funcionamiento denotó un debilitamiento del órgano redactor, y que derivó en que una vez entregada la propuesta para el examen de la ciudadanía, sometido a votación en un Plebiscito de Salida, por amplia mayoría se determinara rechazar la propuesta de nueva Carta Fundamental. Es así que, existiendo un difuso contexto social y político, pero ante la convicción de la sociedad de generar reformas profundas al texto constitucional, condujo a que el 17 de enero de 2023 se publicara en el D.O la Ley Nro. 21.533⁵, que permitió establecer un nuevo (segundo) proceso para la redacción de texto Constitucional.

Ahora bien, aun cuando hasta la fecha del presente ensayo (enero de 2023) se ha evidenciado como el Poder Ejecutivo y Legislativo han confluído en la necesidad de redactar un nuevo texto constitucional, también han demostrado un acercamiento histórico a la posibilidad de reconocer constitucionalmente a los pueblos indígenas (P.I.). En dicho camino y con el objetivo de responder a los conflictos identitarios, corresponde analizar si los citados procesos constituyentes han establecido mecanismos pertinentes de participación y diálogo desde el Estado para con los P.I. y si mediante su ejercicio se han cumplido los requisitos y estándares previstos en el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y su reglamento, pues, como se analizará, ambos instrumentos normativos han permitido establecer el diálogo desde un presupuesto indispensable para garantizar los derechos de los P.I. Dado lo anterior, se persigue explicar cómo el incumplimiento del proceso de Consulta Indígena (C.I.), ha debilitado un diálogo formal y normado en un tratado internacional ratificado por Chile, como lo es el Convenio OIT 169, y pese a que ha sido sustituido eventualmente con medidas de participación tal como son los escaños reservados, su ausencia permite vislumbrar consecuencias jurídicas que hacen cuestionable su legalidad (Carmona, 2013)

Procesos Constituyentes y Pueblos Indígenas

Procedimientos de modificación al texto Constitucional

³Gobierno de facto que se inició el 11 de septiembre de 1973 y que perduró hasta el plebiscito del 30 de Julio de 1989, restituyéndose al régimen democrático con fecha 11 de marzo de 1990.

⁴ Ley N°21.200 “Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República”. Publicada en el D.O el 24 de diciembre de 2019.

⁵ Ley N°21.533 que “Modifica la Constitución Política de la República con el objeto de establecer un procedimiento para la elaboración y aprobación de una nueva Constitución Política de la República”. Publicada en el D.O el 17 de enero de 2023. A la fecha de este ensayo (enero de 2023), el proceso constituyente y sus estamentos aún no se encuentran constituido.

La publicación de la Ley N° 21.200 de 2019 instauró un procedimiento para la redacción de una nueva Constitución de la República, siendo complementado por la ley N° 21.221 de 2020⁶, que dispuso el itinerario electoral. Este régimen normativo, permitió llevar a cabo el plebiscito nacional, del 25 de octubre de 2020, instancia que marcó un padrón electoral de histórica participación y en donde se impuso por sobre un 78,31% (Servicio Electoral de Chile, s.f.) la opción del Apruebo a la redacción de una nueva Constitución, radicando dicha misión en la denominada Convención Constituyente, estamento que registró una preferencia de un 79,18% (Servicio Electoral de Chile, s.f.). Esta Convención se integró por 155 miembros elegidos/as mediante sufragio del 15 y 16 de mayo del año 2021, iniciaron sus funciones durante el mes de mayo, por un periodo de 12 meses, plazo en el cual se entregó la propuesta para aprobación o rechazo de la ciudadanía. Siguiendo el cronograma electoral, el 04 de septiembre de 2022 se llevó a cabo el Plebiscito de Salida. Este referéndum tuvo como resultado que un 61.86 % de los votantes “Rechazara”⁷ el borrador de Carta Fundamental. En estas circunstancias, y según lo dispuesto en el propio artículo 142 inciso final, esta continuaba su vigencia.

Es así, que el electorado habiendo rechazado el texto planteado, y con el objetivo de mantener la discusión constituyente, es que por medio de la citada Ley N°21.533 se estableció un nuevo proceso para la redacción y propuesta de una CPR. En cuanto a su operatividad, se puede señalar que con el objeto de generar un amplio y transversal apoyo que persiga subsanar las deficiencias del proceso anterior, se delegó al Congreso la facultad de elegir a una Comisión de Expertos, para que asumieran la función de redactar un anteproyecto para su posterior análisis, aprobación o rechazo por parte de un Consejo Constitucional, el que debía estar compuesto por miembros elegidos/as popularmente, proceso que al momento de este ensayo aún no da inicio a sus funciones y por tanto, de inciertos resultados. A la luz de lo planteado y habiendo identificado ambos procesos constituyentes, corresponde analizar si el Estado ha subsanado las exclusiones históricas que han sufrido los P.I y que, con ello, se pueda actualizar el modelo de gobernanza en función a la normativa internacional de resguardo y garantía a los derechos de los P.I.

Intervención de los Pueblos Indígenas en el dialogo constituyente

Considerando que desde los albores de la Republica y, a pesar que en el derecho comparado han existido significativos avances, en Chile, a pesar del permanente debate parlamentario, hasta la fecha ha existido una deuda pendiente hacia el reconocimiento constitucional de los P.I. Es por ello, que con el objeto de dar respuesta a su legítima participación en el debate constituyente⁸, y a su vez dotarlos de representatividad, durante el primer proceso de reforma y con fecha 23 de diciembre de 2020 se publicó la Ley N° 21.298 que modificó la CPR e instauró escaños reservados para los/as representantes de los P.I., esta instancia aseguró su participación en la conformación del órgano denominado Convención Constitucional⁹, y de este

⁶Ley n°21.221 “Reforma Constitucional que establece un nuevo itinerario electoral para el Plebiscito Constituyente y otros eventos electorales que indica”. Publicada en el D.O el 26 de marzo de 2020.

⁷ Disponible en <https://historico.servel.cl/servel/app/index.php?r=EleccionesGenerico&id=237>

⁸ De las distintas CPR que han existido en Chile, ninguna de ellas ha reconocido la existencia de P.I. ni menos se les han reconocido derechos colectivos o individuales, a tal respecto, Namuncura et al. (2016) señala que entre 1810 y 1980, nunca se consultó a los P.I. en la construcción del ordenamiento jurídico nacional, situación, que vemos, cambio entre el año 1993 fecha que definitiva entra en vigencia la Ley Indígena. En este contexto, podemos entender que desde el Estado se ha convivido con existencia de un Estado homogéneo, que en general, desconoce a nivel Constitucional las diversidades culturales que han ocasionado una relación fraccionada entre el Estado y sus P.I.

⁹ Ley N° 21.298 “Modifica la Carta Fundamental para Reservar Escaños a Representantes de los Pueblos Indígenas en la Convención Constitucional y para Resguardar y Promover la Participación de las Personas con Discapacidad en la Elección de Convencionales Constituyentes”. Publicada en el D.O el 23 de diciembre de 2020.

modo estableció un total de 17 cupos o escaños entre los/as 155 Convencionales, distribuidos de los 10 P.I reconocidos en la Ley Indígena N° 19.253¹⁰: Mapuches (7 integrantes), Aymaras (2 integrantes), Rapa Nui o Pascuenses, Atacameños o Likan Antay, Quechuas, Collas, Diaguitas, Kawashkar o Alacalufe y Yáman o Yagán y también, al Pueblo Chango, reconocido este último el 17 de octubre del año 2020 en virtud de la Ley N° 21.273¹¹ (todos los restantes con un integrante).

Este procedimiento que buscó integrar a los P.I. al debate constitucional, evidenció un primer cuestionamiento y que tal vez haya sumado a los resultados hoy conocidos, y se suscitó por la composición de los escaños; ello, ya que en dicha instancia se omitió incluir al pueblo afrodescendiente, contraviniendo así los alcances de la Ley N° 21.151 que reconoció legalmente al pueblo tribal y afrodescendientes chilenos¹², y, por tanto, se apartó del objetivo buscado en el Convenio N°169, relegando a dicho pueblo de su eje de participación colectiva. En relación al texto propuesto, este reconocía al Estado de Chile como plurinacional, intercultural y compuesto por diversas naciones emplazadas en autonomías territoriales indígenas y territorios especiales, entre otros distintos derechos que el Estado debía garantizar en función al reconocimiento de derechos colectivos e individuales de los P.I. En definitiva, sus alcances y consecuencias generaron más debates que certezas y conllevaron al rechazo de su contenido. En relación al nuevo mecanismo para elaborar una CPR dispuesto en la Ley 21.533 que modificó la Constitución, con el objeto de limitar el contenido del nuevo texto constitucional, preestableció las bases institucionales y de derechos fundamentales, así como también, obligó al texto a reconocer a los P.I como parte de la nación chilena, pero que, a la vez, estableció que el Estado es uno e indivisible a objeto evitar discusiones sobre un Estado Plurinacional o Autonomías Territoriales.

En cuanto a la composición de los órganos redactores, a diferencia del primero proceso, en este último se omitieron los Escaños Reservados, aun cuando se proveyó la posibilidad de que los miembros de los P.I puedan participar en la conformación del Consejo Constitucional evidenció, por el contrario, que los P.I no contarían con cupos asegurados en el órgano redactor sino que su participación presencia se encontraría sujeta a la condicionantes de las votaciones en el padrón especial, siempre y cuando obtengan las mayorías, acorde el Padrón utilizado para la elección de Convencionales Constituyentes (proceso anterior). De lo dicho, se observa que, si bien este nuevo engranaje normativo posibilitó la participación indígena, dista de la real intervención asegurada para el primer proceso constituyente por lo que se alejó de posicionar una participación equitativa de los P.I. Entonces, una vez analizadas las disposiciones que implicaron modificar el Capítulo XV de la CPR, en donde se incorporaron los artículos 127 al 160 y que, en definitiva, establecieron dos procesos distintos para la redacción a una propuesta Constitucional, si bien se forjó un avance significativo hacia el reconocimiento y dialogo intercultural, resta aun aclarar las consecuencias jurídicas de tales escenarios.

El Convenio OIT 169 y su aplicabilidad en la normativa chilena

Contexto del Convenio OIT 169

Para comprender el cuadro normativo, es necesario precisar que la OIT (1989) en su septuagésima sexta reunión de fecha 27 de junio de 1989 suscribió el Convenio N°169 sobre

¹⁰ Ley N° “Establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena”. Publicada D.O., 05 de octubre de 1993.

¹¹ Ley n°21273 “Modifica la Ley N° 19.253, que establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional De Desarrollo Indígena, para Reconocer al Pueblo Chango como etnia indígena de Chile, entre otras materias”. Publicada en D.O el 17 de octubre de 2020.

¹² Ley N° 21.151 que “Otorgó el Reconocimiento Legal al Pueblo Tribal Afrodescendientes Chileno”. Publicada en el Diario Oficial el 16 de abril de 2019. Publicada en el Diario Oficial el 17 de octubre de 2020.

pueblos indígenas y tribales en países independientes. Este instrumento fue ratificado en Chile y publicado en octubre de 2008 por medio del Decreto Supremo N° 236¹³, el cual permitió incorporar al ordenamiento jurídico las bases normativas que regularizaran las relaciones del Estado con los pueblos indígenas y tribales, confluyendo así, al reconocimiento a sus derechos colectivos. En este sentido, el Convenio encomendó al Estado el deber de proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales garantizando el respeto a su integridad, salvaguardando sus bienes, culturas y medio ambiente; además de reconocer sus derechos políticos, económicos, sociales y culturales y, principalmente, establecer instancias de participación y autodeterminación. Es este objetivo de interpelación en que se sitúa como su piedra angular la denominada Consulta Indígena, la que es descrita como un instrumento de participación previo a la aplicación de medidas estatales, sean administrativas o legislativas, cuyos alcances afectaren sus vidas, costumbres o territorios.

Según se plantea, al ratificar Chile el Convenio N°169, el país se obligó a los alcances de su contenido, pero para jerarquizarlo en el ordenamiento jurídico nacional, implicó relacionar el artículo 5° inc. 2° del actual texto Constitucional¹⁴ con sus artículos 1 y 4, lo que les da el carácter de vinculante a su contenido y objetivos; tal como se concluye, esto, ya que el Convenio y sus normas sobre derechos fundamentales ingresan al bloque de constitucionalidad (Aylwin et al., 2013, p. 351). El deber del Estado al respeto y promoción de los derechos garantizados en este Convenio "genera un deber que pesa sobre el órgano jurisdiccional en cuanto poder del Estado obligado a dar cumplimiento al tratado generando un efecto derogatorio tácito que se predica de manera general respecto de los actos normativos internos que emanan de una misma fuente" (Aldunate, 2010). Consecuente al contenido del Convenio podríamos entender que los tratados internacionales tienen un rango supra legal, lo que implicaría que el Estado reconozca y ampare los distintos derechos de los P.I. establecidos en el Convenio, tales como el derecho a la autodeterminación, derechos territoriales, recursos naturales y, en especial, el derecho a Consulta Indígena, los que deberían ser siempre ejecutados.

Como se ha evidenciado, este razonamiento no ha sido uniforme porque si se observa lo resuelto por el Tribunal Constitucional en sus fallos Rol N° 2387/2012 y 2388/12 quien asignó a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos un rango simplemente legal o infra constitucional. Sin perjuicio de lo dicho y esta eventual ambivalencia interpretativa, el máximo tribunal chileno (Corte Suprema), ha transmutado desde la inconsistencia interpretativa a un reconocimiento y aplicabilidad del Convenio, permitiendo cierto estándar de resguardo y salvaguarda hacia los P.I., reestableciendo su rango constitucional y reconociendo su preeminencia por sobre la normativa interna¹⁵.

Consulta indígena y el ordenamiento jurídico nacional

¹³Decreto N°236 del Ministerio del Exterior "Promulga El Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional Del Trabajo". Publicado en el D.O el 14 de octubre de 2008.

¹⁴ En cuanto a los Tratados Internacionales ratificados por Chile, si bien no existe disposición expresa sobre su jerarquía normativa, en atención a lo previsto en el artículo 5° inc. 2 del texto Constitucional, tanto la doctrina como jurisprudencia han mayoritariamente interpretado que los tratados que versen sobre Derechos Humanos, mantienen una jerarquía supra legal en las fuentes formales del ordenamiento jurídico chileno.

¹⁵ Criterio que mantiene estricta relación a lo dispuesto en la Convención de Viena que en su artículo 26° consagra el principio de "pacta sunt servanda" o de lo pactado obliga y que complementa con su artículo 27° donde dispone que la normativa interna no puede ser invocada para incumplir un tratado internacional.

Una vez que el Estado Chileno ratificó el Convenio OIT 169 asumió la obligatoriedad de su aplicación, y el deber de orientar sus acciones a su cumplimiento, encontrando así en la Consulta Indígena un pilar de interpelación y principal herramienta de aplicabilidad. Este ejercicio que se ha sido obviado en distintos procesos de toma de decisiones estatales, principalmente ambientales, ha encontrado una dispar jurisprudencia en los tribunales nacionales, pero si ha logrado implementarse con el transcurso del tiempo, adecuando el accionar de las instituciones públicas en dirección de su ejercicio y aplicación. En referencia a la consulta a pueblos indígenas y tribales, el derecho de interlocución tiene su sustento en los principios consagrados en el artículo 6° del Convenio, en el cual prima la libre determinación ante la existencia de medidas que pudieren afectarles, generando en tal evento un proceso sustentado en acciones a seguir por medio de procedimientos apropiados, por medio de sus instituciones representativas e imponiendo al Estado su ejecución de buena fe; ello, al consagrar que su ejercicio más que un simple procedimiento protocolar, exige su realización de forma previa y con el objetivo cierto de lograr acuerdos. Señalar, que lo resuelto no implica un derecho a veto que impida la ejecución de las medidas administrativas o legislativas consultadas.

En efecto, al ratificar el Convenio, el Estado y sus instituciones, asumieron la obligación de respetar y promover su ejecutabilidad, debiendo restablecer el derecho y protección de las/os afectados/as ante (un eventual) un incumplimiento, pues los derechos ahí contenidos, del tenor del artículo N° 5 inc. 2 CPR, representan un límite a la soberanía nacional. Ahora centrándonos en el objeto a discutir, el Convenio en su artículo 6 N° 1 letras a), b) y c) y N° 2, dispone que los Estados deben consultar a los pueblos indígenas y tribales; "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", por lo que aun sin establecer un catálogo taxativo de materias a consultar, establece un estándar general de impacto hacia los P.I. Entonces, impone al Estado el deber consultar mediante procedimientos apropiados (principio de buena fe) y a través de las instituciones representativas de los interesados (principio de representatividad), cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles que les afecte directamente (Aylwin et al., 2009).

Conforme ello, para aclarar la citada susceptibilidad de afectación, la Corte Suprema de Chile unificando sus criterios, han interpretado sus alcances señalando; "se produce cuando se ven modificadas sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y la posibilidad de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural" (CS Rol 16.817-2013, considerando Décimo Segundo. En el mismo sentido, sus Roles 817-2016, 138.439-2020 o Rol 8.507-2022). También se ha referido la doctrina indicando que; "lo que se requiere es que sea posible que la medida que se piensa adoptar tenga impactos en los derechos reconocidos a los P.I., particularmente su integridad y supervivencia cultural y autonomía (...) si bien una interpretación literal de la norma conduciría a pensar que toda decisión pública debe ser consultada, pues de una u otra manera afectará a los P.I., de lo que se trata es de garantizar los derechos de estos pueblos frente a cualquier 'decisión del Estado que pueda afectar a los P.I. en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad', pues la consulta previa es un mecanismo de visibilización de impactos en un contexto de interculturalidad" (Meza-Lopehandía, 2015).

La Consulta Indígena y el Reglamento que le da operatividad

En el entendido que el Convenio se emplaza como el principal instrumento internacional tendiente a tutelar los derechos de los P.I. y que encuentra su base de aplicabilidad en la denominada Consulta Indígena; por ser entendida como una herramienta de diálogo y participación desde los pueblos originarios con/en relación con el Estado, se posiciona como el medio para conocer y resguardar sus manifestaciones de vida (tradiciones, cultura y leyes) promoviendo con ello la participación de los pueblos en la toma de decisiones en los países

donde viven (Herrera, 2014), lo cual evidencia el sustento a su obligatoriedad, describiéndose como una norma fundamental para la aplicación del Convenio pues sobre ella descansa su vigencia y efectividad (Aylwin et al., 2009). En la práctica, este derecho procedimental conllevó a que con fecha 4 de marzo de 2014 se publicara el Decreto N° 66, que establece el reglamento que sistematiza el procedimiento para llevar a cabo la Consulta Indígena descrita en el artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio N° 169. Este Reglamento y su contenido, tiene por objeto dar aplicabilidad al ejercicio de la Consulta, restringiendo a los destinatarios, procedimientos, etapas y plazos a los cuales está sujeta cada una de las instancias de diálogo, especificando entre ellas a la planificación, la entrega de información, la difusión del proceso, para posteriormente promover los espacios para una deliberación interna, diálogo y ulterior sistematización (Astudillo, 2017).

Entonces, el artículo 6° del Convenio describe que nos encontramos ante la pertinencia de la Consulta, cada vez que desde el Estado se dicten evacuen medidas legislativas o administrativas que puedan ser susceptibles de afectar a los P.I., pero ahora, ya teniendo los supuestos para entender la susceptibilidad de afectación, restaría precisar a qué nos referimos con medidas administrativas o legislativas. La respuesta la encontramos en el propio Reglamento, el cual en su artículo 7° plantea que provocan afectación a los P.I., en materia legislativa, los anteproyectos de ley o anteproyectos de reforma constitucional pero siempre y cuando dichos proyectos pudieran generar un impacto significativo y específico sobre los P. I. Concluyendo que la susceptibilidad que se explica ante la existencia de medidas legislativas, es irrefutable señalar que cada vez que se intenta modificar la Constitución y, más aún, cuando se busca establecer un nuevo texto Constitucional, impone al Estado realizar una Consulta Indígena como ejercicio previo a determinados procesos constituyentes. Lo planteado no admite otra interpretación, restando determinar los alcances de su contravención, pues se denota que la lógica infracción en que incurrió el Estado Chileno, más aún cuando las modificaciones al texto Constitucional en distintos preceptos abordaron temas de reconocimiento hacia los P.I., bien puede generar responsabilidad al Estado en el escenario internacional.

Escenarios del ejercicio a la Consulta Indígena

Considerando las distintas causas que dieron lugar al movimiento social, un antecedente que pareció reflejar y materializar un sentimiento común fue la necesidad de establecer el reconocimiento constitucional de los P.I, circunstancias que materializadas, demostraron una disociación entre el discurso y la práctica, por lo que sin referirnos a los contenidos de las propuestas Constitucionales, al menos se logra reconocer que mediante los Escaños Reservados, por primera vez en la historia republicana se generó un espacio de representatividad en la discusión constitucional. Entonces, al preguntarnos por qué los citados procesos constituyente no han abordado ni siquiera la planificación de una Consulta Indígena, parece ser una pregunta que merece varias respuestas, pero todas en gran parte refrendadas por la participación y cupos asegurados de los P.I. en los ya mencionados Escaños Reservados, suponiendo así, la supletoriedad a la obligación de impetrar una medida real de participación como la descrita en el Convenio.

Continuando en la búsqueda de respuestas a la interrogante trazada, uno de los planteamientos o justificaciones a la omisión de una/la Consulta, tal vez, podemos encontrarla en el artículo 17° del Reglamento, norma que regula los plazos asociados a este proceso, y que asigna un periodo considerable para su ejecución, los que además permiten ser flexibilizados, por lo que, dada la premura establecida en los itinerarios electorales y consigo el requerimiento a la operatividad del constituyente, permitiría justificar su ausencia a razones de oportunidad, pues su ejercicio bien pudo dilatar o burocratizar el camino constituyente. Sin embargo, aun cuando podríamos entender que somos un mal ejemplo en la región, cabe mencionar que, en el mes de abril de 2022, fue la propia Corte Interamericana de Derechos (CIDH) que manifestó su

preocupación por la sentencia emanada desde el Tribunal Constitucional Peruano (OEA, 2022). Esta magistratura en Pleno, en su Sentencia 27/2022, EXP. N° 03066-2019-PA/TC “Puno Comunidades Campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará” (Tribunal Constitucional República de Perú, 2022), y pronunciándose ante un requerimiento de las Comunidades de la Provincia de Puno, por al haberse omitido el proceso de Consulta ante actividades autorizadas en territorio indígena, conllevó a que la Corte explicara y recordara que al tener la Consulta un rango Constitucional es un principio general del derecho internacional y que por tanto, imponía al Estado Peruano su aplicabilidad por haberse obligado internacionalmente.

Un escenario similar, se suscitó ante la publicación (2019) del Decreto N° 204 que reformó el artículo 5° de la Constitución Política del Estado de Hidalgo (México) el cual omitió el proceso de Consulta previa, aun cuando demostraba una afectación a los P.I. Lo accionado, provocó que el 12 de marzo de 2020 mediante comunicado N° 055/2020 la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolviera la Invalidez del citado Decreto N° 204, reiterando lo descrito, en el sentido que dicha norma se publicó sin antes haber efectuado la Consulta Previa a pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes mexicanas, situación que admitía su invalidez. Reconociendo la omisión de consulta en los procesos constituyentes antes mencionados, tal como ha señalado Meza-Lopehandía (2015), el Estado de Chile tampoco ha dado ejecución a la Consulta ante distintas propuestas normativas que de su contenido, provocaban una afectación directa a los P.I., entre los que podemos señalar; proyecto de acuerdo Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales, proyecto de modificación del Código de Aguas, proyecto que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas o proyecto que modifica la Ley de Pesca entre otros, todos proyectos que no fueron antecedidos en su tramitación legislativa por la citada consulta.

Conclusión

Encaminados hacia la redacción de un nuevo texto constitucional, en algunos sectores de la sociedad chilena se ha arraigado un sentimiento refundacional que ha permitido encontrar avances sociales integradores, pero, a la vez, al abordar su proyección y contenido se han generado distintas incertidumbres. Una de ellas, se sustenta en una pregunta de no fácil respuesta y que consiste en determinar los alcances del incumplimiento u omisión al proceso de Consulta Indígena establecido en el Convenio OIT N° 169. En este sentido, parece lógico que Chile al haber ratificado el Convenio OIT se ha obligado a la ejecutabilidad de su contenido, razón por la que, al encontrarnos ante procesos constituyentes, se debió antes haber consultado a los P.I. Intentando responder al por qué de la omisión a la Consulta Indígena, y por qué el Estado incumplió una obligación a la que voluntariamente se sometió, nos permite encontrar distintos argumentos, los que pueden ser encausados principalmente por los plazos asociados, recursos destinados o bien, el desgaste o burocracia del proceso entre otras justificaciones, pero sin encontrar en ninguna de ellas o en su cúmulo, una respuesta de sustento jurídico al tema en discusión.

Es así, que habiendo profundizado acerca la obligatoriedad del Convenio OIT, y con ello, el deber del Estado de consultar de forma previa ante la adopción de "medidas legislativas" que ocasionaren un impacto directo y significativo, es el propio Reglamento que se hace parte de su contenido e interpreta sus alcances señalando acerca de su procedencia; “anteproyectos de ley y ante proyectos de reforma constitucional”, por lo que explica cuando se incumple el imperativo jurídico contenido en el citado tratado internacional. A la luz de lo planteado, si bien el ordenamiento jurídico chileno no contiene un procedimiento reglado para recurrir ante el incumplimiento de obligaciones internacionales, permite considerar distintas alternativas ya sea en el ámbito nacional como internacional. En tal sentido, primero, explicar que tanto la doctrina como la jurisprudencia no concilian en una posición unívoca sobre la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno, y segundo, al no existir un mecanismo para

obtener su exigibilidad, a la luz del artículo 54° de la Constitución, se establece que las disposiciones de un tratado no pueden ser alteradas sino se refiere en el propio tratado, razón por la que sin existir norma expresa en el Convenio, se desprende que éste encomienda a la Comisión de Expertos de la OIT la posibilidad de evaluar y efectuar observaciones hacia los Estados miembros, quienes incluso, pueden derivar los antecedentes a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ahora, en el fuero nacional, al no existir un procedimiento específico, bien se pueden someter los antecedentes a conocimiento y resolución del Tribunal Constitucional o bien ante la judicatura mediante el ejercicio de la acción de protección¹⁶.

En atención a lo señalado, encontrándonos ante un proceso histórico e integrador que busca la redacción de una nueva Constitución, queda también de manifiesto como el Estado no ejecuto un mecanismo concreto de participación para los P.I., y que habría permitido un dialogo en igualdad de condiciones. Ahora bien, aun cuando el legislativo instaura la participación de los P. I. por medio de los ya citados Escaños Reservados (solo el primer proceso), dicha medida dista de satisfacer las características consagradas y asociadas a la consulta de los pueblos indígenas y tribales, y que, en definitiva, permiten concluir que desde el Estado se lesiona la garantía de igualdad ante la ley, carencia que conlleva a cuestionar la legitimidad del proceso constituyente del Estado de Chile.

Referencias Bibliográficas

- Aldunate, E. (2010). La posición de los Tratados Internacionales en el sistema de fuentes del Ordenamiento Jurídico Chileno a la luz del derecho positivo. *Ius et Praxis*, 16 (2), 185–210. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122010000200007>
- Astudillo, L. (2017). ¿Cumple Chile los estándares internacionales en materia de consulta a los pueblos indígenas? (Una breve revisión a los D.S. N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social y N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente). *Estudios Constitucionales* 15 (1), 129 – 152. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000100005>
- Aylwin J., Carmona C., Meza-Lopehandía M., Silva H., Yáñez N. (2009). *Las Implicancias de la Ratificación del Convenio N.° 169 de la OIT en Chile*. Santiago: Observatorio Ciudadano. Disponible en: https://drive.google.com/file/d/1BR0EDfpGohNsLWCIEPkvDBC_j3j3NDF/view
- Carmona Caldera, C. (2013). Tomando los Derechos Colectivos en serio: El Derecho a Consulta Previa del Convenio 169 De la OIT y las Instituciones Representativas de los Pueblos Indígenas. *Ius et Praxis*, 19 (2), 301–334.
- Herrera, J. (2014). La Sustancia de la Consulta Indígena del Convenio N.°169 de la OIT. *Revista de Estudios Ius Novum* (7), 209 – 244.
- Namuncura D., Pinto J., Pairicán F., Loncón E., Cortés L., Provoste Y., Condori D., Hucke P., Licanqueo E., Cuminao C., Calfío M., Huinao G., Loncón L. (2016). *Nueva Constitución y Pueblos Indígenas*. Santiago: Pehuén Editores.
- Meza-Lopehandía, M. (2015). Consulta previa indígena en Chile: marco jurídico e implementación. Departamento de estudios, extensión y publicaciones. Valparaíso: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/22363/1/FINAL%20-%20Consulta%20previa%20ind%20C3%ADgena%20en%20Chile%20-%20marco%20jur%20C3%ADdico%20e%20implementaci%20B3n.pdf>
- Organización de Estados Americanos (OEA). (6 de abril de 2022). Comunicado de prensa. La CIDH expresa su preocupación por sentencia del Tribunal Constitucional de Perú que afecta los derechos de los pueblos indígenas. <https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2022/071.asp>
- Servicio Electoral de Chile (SERVEL). (15 diciembre de 2022) Plebiscito 2022. Votación total por opción. <https://historico.servel.cl/servel/app/index.php?r=EleccionesGenerico&id=237>

¹⁶ Artículo 20° CPR.

Tribunal Constitucional República de Perú (2022). Pleno. Sentencia 27/2022 Exp. N° 03066-2019-PA/TC Puno comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/03066-2019-AA.pdf>

Normas nacionales e internacionales

Ley 19.253 Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

Decreto 66 Aprueba Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena en Virtud del Artículo 6 N° 1 Letra A) y N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y Deroga Normativa que Indica.

Decreto 236 Promulga el Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional Del Trabajo.

Constitución de la República de Chile, 1890

Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Organización Internacional del Trabajo (OIT).

