

## ***Informe de Derechos Humanos***

Presentado como anexo a la reclamación interpuesta en virtud del artículo 24 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo por el Sindicato N°1 de Panificadores Mapuche de Santiago (Chile).

### **I. Introducción**

Nosotros César Rodríguez Garavito, Celeste Kauffman y Carlos Andrés Baquero Díaz, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia (Colombia), presentamos el siguiente *informe de derechos humanos* ante el Comité de Expertos de la OIT como anexo a la reclamación presentada en virtud del artículo 24 por el sindicato N°1 de Panificadores Mapuche de Santiago (Chile).

El Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia)<sup>1</sup> es un centro de investigaciones aplicadas que fue creado en 2003 por un grupo de profesores universitarios colombianos, con el propósito de intervenir en debates sobre el derecho, las instituciones y las políticas públicas con base en estudios rigurosos y acciones que promuevan la inclusión social, la democracia, el Estado social de derecho y los derechos humanos en Colombia y el Sur Global. Para lograr este objetivo, Dejusticia combina actividades de investigación, litigio estratégico, formación y difusión. Cabe aclarar que la presente intervención fue realizada como parte de un trabajo en red con organizaciones sociales, centros de investigación y defensores de derechos humanos.

Este documento tiene como objetivo presentar al Comité de Expertos de la OIT, en calidad de anexo de la reclamación presentada por el sindicato N°1 de Panificadores Mapuche de Santiago (Chile), una serie de argumentos que apoyan la solicitud del sindicato de que la OIT declare que el Estado chileno violó el Convenio 169 “*sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*” en el texto del Decreto Supremo 66 de 2013 (en adelante DS - 66) que reguló la implementación del derecho a la consulta previa, libre e informada (en adelante CPLI).

Desde el análisis del derecho internacional, argumentaremos que el DS - 66 es ilegal porque contiene un artículo que viola el derecho a la consulta previa de los pueblos

---

<sup>1</sup> Para conocer más del trabajo de Dejusticia, ver: <http://dejusticia.org>

indígenas. Como lo argumenta en la reclamación el sindicato N°1 de Panificadores Mapuche de Santiago, con la promulgación del DS-66, el Estado chileno violó el derecho a la CPLI específicamente con la redacción de los artículos 7 (sobre las medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas) y 8 (sobre las medidas que califican proyectos o actividades que ingresan al sistema de evaluación ambiental).

En este *informe de derechos humanos* nos concentraremos en presentar las razones por las cuales consideramos que el artículo 7 del DS-66 viola el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. El texto se encuentra dividido en cuatro grandes secciones. En la primera, presentamos un grupo de efectos que podrá generar el pronunciamiento del Comité de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo en el contexto nacional y regional. En esa misma sección, hacemos una breve presentación del sistema jurídico chileno que protege los derechos de los pueblos indígenas. En la segunda parte evaluamos, a la luz del derecho internacional, la obligación del Estado chileno de consultar las medidas administrativas y legislativas. En la tercera parte, abordamos el elemento de afectación directa de cara a dos componentes que trae el DS-66: (i) causa directa e (ii) impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas. En la última sección, cerramos la evaluación del artículo 7 con una discusión sobre la obligación de consultar los actos de implementación de las medidas.

### ***1.1. Impactos de la decisión del Comité de Expertos de la OIT.***

El examen de legalidad que se encuentra en manos del Comité de Expertos de la OIT es de gran importancia para el contexto chileno y latinoamericano. A nivel nacional la decisión tendrá por lo menos tres efectos. En primer lugar, la regulación del mecanismo de implementación del derecho a la consulta previa en Chile es fundamental porque es el resultado de un proceso de negociación legítimo que se llevó a cabo entre el gobierno nacional y las organizaciones representativas de los pueblos indígenas a finales del 2012 y comienzos del 2013.

La idea de regular la implementación del derecho a la consulta previa es un objetivo conjunto de las organizaciones de los pueblos indígenas y el gobierno nacional chileno. De esa forma, es recomendable que las partes lleguen a un acuerdo sobre los puntos centrales que definen la protección del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y la forma de implementarlo.

Por último, la decisión que tome el Comité de Expertos sobre el articulado del DS-66 tiene un efecto jurídico central pues, aunque no existe una obligación en el derecho

internacional de regular la implementación del derecho a la consulta previa<sup>2</sup>, la decisión de los actores de clarificar el mecanismo de implementación es central para la protección del derecho. Si se mantiene la incertidumbre sobre cómo se implementa el derecho a la consulta previa se están desprotegiendo los derechos de los indígenas y por lo tanto el Estado está incumpliendo con sus obligaciones internacionales.

Paralelamente el resultado del proceso de regulación del derecho a la consulta previa en Chile tendrá efectos dentro del hemisferio, por lo menos, por tres razones. En primer lugar, gran parte de los países de la región (por ejemplo: Ecuador, Perú, Brasil y Colombia) se encuentran debatiendo si es necesario regular la implementación del derecho a la consulta previa. Para los países que decidan regularlo, los resultados del proceso en Chile dará luces sobre cuál es la metodología que se debe implementar para desarrollar el proceso de consulta del mecanismo.

A su vez, en ningún país de Latinoamérica se había desarrollado una metodología tan ambiciosa para construir la herramienta de implementación del derecho como la que se empleó en Chile. Por ese motivo, sería desestimulante para los demás países de la Región que el proceso no finalice respetando el derecho al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas sino con diferencias neurálgicas en los puntos centrales de la regulación<sup>3</sup>.

Por último, el caso de Chile puede tener repercusiones directas en la experiencia del Estado de Ecuador pues una de las órdenes que le dio la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en la última sentencia, fue adoptar todas las medidas necesarias para implementar el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> El derecho a la consulta previa, como lo ha establecido el Comité de Expertos de la OIT (2008), se deriva del directamente del Convenio 169 de la OIT. Por esa razón, su protección no depende de la existencia de un mecanismo nacional sino de la ratificación del Convenio por parte de los Estados.

<sup>3</sup> En el caso del mecanismo de regulación del derecho a la consulta previa, la obligación del Estado no se satisface con la realización del proceso de consulta previa sino que es necesario contar con el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas sobre el texto final. Esta interpretación es acorde con el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el pueblo de Saramaka. En ese caso, la Corte ordenó que se debía respetar el derecho al consentimiento en el caso que se establezcan medidas que afecten los territorios de los pueblos indígenas. Como el mecanismo de implementación del derecho a la consulta previa está ligado con los proyectos extractivos, es necesario que se respete al derecho al consentimiento de los pueblos indígenas. La Corte Constitucional colombiana, ha fallado que en los casos en que la medida "(iii) represente un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros" es necesario contar con el consentimiento. En el caso chileno, el Comité de Expertos debe aplicar el estándar del consentimiento porque una regulación errada e inconsulta del mecanismo de implementación del derecho a la consulta previa pone en riesgo de exterminio a los pueblos indígenas chilenos.

<sup>4</sup> El la orden número 4 de la sentencia del pueblo Sarayaku, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó que "el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que

De esa forma, el precedente chileno será útil para que el Estado ecuatoriano cumpla con la orden impartida por la CIDH y evalúe la posibilidad de implementar una medida que regule el derecho a la consulta previa.

## ***1.2. Sistema jurídico chileno en relación a los derechos de los pueblos indígenas***

El Estado chileno ha avanzado en la protección de los derechos de los pueblos indígenas por medio de la ratificación de varios instrumentos jurídicos nacionales e internacionales. En primer lugar, durante la vigencia de la Constitución Política de 1980 se han promulgado una serie de leyes y decretos que regulan la situación de los pueblos indígenas. Por ejemplo, en 1990, a través del decreto supremo No. 30 del 27 de mayo de 1990, se creó la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (Sylwin, 2005) y en 1991 se creó la Comisión de Educación y Cultura Indígena (Henríquez, 2005).

Por último, en el sistema nacional se encuentra la ley 19.253 conocida como la “Ley Indígena”. Esta Ley es la que más avances ha dado en el sistema jurídico chileno para proteger los derechos de los pueblos indígenas (Sanhueza, et. al., 2013), ya que instaura el procedimiento para proteger los territorios colectivos indígenas.

En el marco del derecho internacional, los avances más importantes en la protección de los derechos de los pueblos indígenas son la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas<sup>5</sup> (en adelante UNDRIP).

Después de una larga disputa jurídica en el sistema judicial chileno (Sanhueza et. al., 2013) el Convenio 169 de la OIT fue ratificado por el Estado chileno en abril de 2008 y entró en vigencia el 15 de septiembre de 2009<sup>6</sup>. El Estado chileno adoptó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el 2007. Con la inclusión de los dos instrumentos dentro del sistema jurídico chileno, el Estado avanzó en proteger los derechos de los pueblos indígenas.

Para James Anaya, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de la Organización de Naciones Unidas (ONU), el Convenio 169 y la Declaración establecen a los Estados “(...) el deber (...) de celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene por objeto poner fin al

---

impidan su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades, en los términos del párrafo 301 de esta Sentencia”.

<sup>5</sup> La Declaración sobre derechos de los pueblos indígenas fue adoptada por Chile en 2007, a través de G.A. Res. 61/295, U.N. Doc. A/RES/47/1 (2007).

<sup>6</sup> Como lo presenta Sanhueza, et. al., (2013) el Convenio 169 de la OIT fue ratificado por Chile en abril de 2008 y entró en vigencia en septiembre de 2009.

modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas”.

Así es como el Comité de Expertos debe tener en cuenta que la decisión sobre la legalidad del DS-66 tiene efectos directos en los pueblos indígenas chilenos. El proceso de consulta previa que realizaron los pueblos indígenas con el Estado chileno es una de las medidas especiales que se han empleado para salvaguardar a los pueblos de la extinción física y cultural. Por lo tanto, la decisión final no puede “ser contraria a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados” (núm. 2, art. 4, Convenio 169).

Como consecuencia el Comité de Expertos debe tener en cuenta que el sindicato N°1 de Panificadores Mapuche de Santiago, e incluso organizaciones indígenas en el ámbito nacional, han manifestado que la falta de consentimiento sobre algunos de los artículos del proyecto y de la redacción final del DS-66 violan su derecho a la CPLI.

## **II. El derecho a la consulta previa y la definición de las *medidas a ser consultadas*.**

El artículo 7 del Decreto Supremo 66 contraviene el derecho a la CPLI. De acuerdo al DS-66, serán sujetas a consulta aquellas medidas

“(…) legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas los anteproyectos de ley y anteproyectos de reforma constitucional, o la parte de éstos, cuando sean **causa directa de un impacto significativo y específico** sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras.

Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción; y, cuando tales **medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico** sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras.

Las medidas dictadas en **situaciones de excepción o emergencia**, incluyendo terremotos, maremotos, inundaciones y otras catástrofes naturales, no requerirán consulta por su carácter de urgente.

**Los actos de mero trámite y las medidas de ejecución material o jurídica se entenderán comprendidas en la consulta del acto terminal o decisorio al que han servido de fundamentos o que deban aplicar.**

Las medidas administrativas que no producen una afectación directa respecto de los pueblos indígenas no están sujetas a consulta, como sucede con aquellos actos que no producen un efecto material o jurídico respecto de terceros, como ocurre con los dictámenes, actos de juicio, constancia o conocimiento, así como los actos que dicen relación con la actividad interna de la Administración, como los nombramientos de las autoridades y del personal, el ejercicio de la potestad jerárquica o las medidas de gestión presupuestaria. " (...)" (negrilla por fuera del texto original).

Este artículo contraviene en tres formas el derecho internacional de protección del derecho a la CPLI que serán expuestas en esta sección y la siguiente del *informe de derechos humanos*. En primer lugar, para organizar este informe, recordamos que el Convenio 169 de la OIT determinó que se deben consultar<sup>7</sup> las medidas de carácter legislativo o administrativo (pár. A, núm. 1, art. 6, Convenio 169). La inclusión de los dos tipos de medidas que deben ser consultadas fue incluida por el gobierno chileno en el DS-66 por la propuesta presentada por los pueblos indígenas que participaron del proceso de consulta del mecanismo de implementación del derecho a la CPLI.

El objetivo de realizar la consulta, establece el Convenio 169, es que las partes lleguen a un acuerdo o se logre el consentimiento previo, libre e informado (núm. 2, art. 6, Convenio 169). El Convenio 169 estableció que se deben consultar todas las medidas administrativas o legislativas que toma el Estado porque reconoce que en dichas instancias la participación de los pueblos indígenas debe ser reforzada dado que históricamente los pueblos indígenas han sido excluidos de estos espacios de toma de decisión. Frente a lo anterior la OIT (2009) determinó que la obligación de consulta de medidas legislativas y administrativas se sustenta en la necesidad de tener una "participación efectiva en todos los niveles de la toma de decisiones en los órganos políticos, legislativos y administrativos (...)" (OIT: 2009, pág. 60).

De acuerdo a la OIT (2009) la consulta previa debe realizarse en todos los casos en los que medidas administrativas o legislativas tengan la posibilidad de afectar de manera directa a los pueblos indígenas. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y

---

<sup>7</sup> A diferencia de la propuesta del gobierno de Chile, el Convenio 169 de la OIT ejemplifica, pero no restringe, el derecho a la consulta previa en los siguientes casos: (i) antes de la prospección o explotación de los minerales y los recursos del subsuelo (Artículo 15(2)); (ii) antes del traslado y la reubicación, los cuales sólo deberán efectuarse con consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa (Artículo 16); (iii) siempre que se considere la enajenación o la transmisión de las tierras de los pueblos indígenas fuera de su comunidad (Artículo 17); (iv) en relación con la organización y el funcionamiento de programas especiales de formación profesional (Artículo 22) y (v) en relación con la alfabetización y programas y servicios de educación (Artículos 27 y 28).

Recomendaciones (en adelante CEACR o Comisión) en el 2009 también estableció que los procesos de consulta previa se deben hacer previa a la aceptación de "(...) todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas y tribales" (citada en OIT, 2013). La obligación de realizar procesos de consulta previa en los casos de medidas administrativas y legislativas fue ratificada<sup>8</sup> por la CEACR en la Observación General sobre el Convenio 169 que se formuló en 2010 y se publicó en 2011.

En el caso de la reclamación por el artículo 24 que se presentó en contra de Argentina en el 2008 por violación del Convenio 169 de la OIT, El Comité<sup>9</sup> recordó que "la obligación a cargo de los gobiernos establecidos por el artículo 6.1, a), del Convenio, según el cual los gobiernos deberán consultar con los pueblos interesados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. En tanto que este artículo no establece exactamente el momento en que debe iniciarse la consulta, el Comité considera que deben establecerse mecanismos que aseguren la consulta de las medidas legislativas y administrativas a que se refiere el Convenio con la suficiente antelación para que dicha consulta resulte efectiva y significativa" (Comité, 2008: pár. 64).

La obligación de la consulta de medidas administrativas y legislativas ha sido ratificada por el Comité<sup>10</sup> que resolvió la reclamación en virtud del art. 24 en el caso de Colombia. En esa ocasión, el Comité argumentó que el "derecho de los pueblos indígenas a ser consultados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, así como la obligación del Gobierno de consultar previamente con los pueblos interesados, nace directamente del Convenio núm. 169 y no del reconocimiento de este derecho por la legislación nacional" (Comité, 2001, pár. 72).

Con la decisión en el caso de Colombia quedó claro que el derecho de los pueblos indígenas a que se les consulten las medidas administrativas y legislativas se deriva del Convenio 169 y no del derecho nacional. Por ese motivo, las disposiciones internas

---

<sup>8</sup> La Observación General determinó que "tienen que llevarse a cabo consultas a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales en relación con las medidas legislativas y administrativas".

<sup>9</sup> Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Argentina del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Unión de Trabajadores de la Educación de Río Negro (Un.T.E.R), gremio de base de la Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina (C.T.E.R.A.).

<sup>10</sup> En este caso, fue el Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT).

de implementación del derecho a la consulta no pueden contravenir lo que se estableció en el Convenio 169, ni disminuir el nivel de protección del derecho de los pueblos<sup>11</sup>.

La UNDRIP también consagra el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas por medidas administrativas o legislativas. El artículo 19 de la Declaración establece que “[l]os 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, UNDRIP). Incluso, la UNDRIP se refiere específicamente a la obligación que tienen los Estados de consultar las medidas legislativas<sup>12</sup> que impulsen para alcanzar lo establecido en la Declaración.

Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha fallado incluyendo el derecho de los pueblos a que se les consulten las medidas legislativas que los afectan. En el caso de Saramaka, la Corte ordenó que se le debían consultar al pueblo las medidas legislativas que fueran implementadas para por ejemplo proteger el territorio del pueblo o implementar las ordenes dadas por la CIDH (CIDH, 2007: pár. 191).

En el caso del pueblo indígena Sarayaku la CIDH reafirmó la obligación del Estado ecuatoriano de realizar procesos de consulta previa sobre medidas administrativas y legislativas que afecten al pueblo indígena. Por ejemplo, la Corte ordenó que se hiciera un proceso de consulta previa sobre la medida (administrativa o legislativa) que se impulse para garantizar la implementación del derecho a la CPLI (CIDH: 2012, pár. 221 y 301).

En la misma sentencia la CIDH ratificó que la obligación de consultar con los pueblos indígenas las medidas “administrativas o legislativas que afecten sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernen a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1)” (CIDH: 2012, pár. 166).

---

<sup>11</sup> En el caso de Colombia, el Comité enfatizó que el mecanismo de implementación nacional del derecho a la consulta previa deben expedirse conforme a lo establecido en el Convenio 169 (Comité, 2001: pár. 79).

<sup>12</sup> El artículo 38 establece que “[l]os Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración”.



Por lo anterior, se concluye que en el derecho internacional el derecho a la CPLI de los pueblos indígenas incluye su derecho a que se les consulten las medidas administrativas y legislativas que los afecten de manera directa.

### **III. Violación al derecho a la consulta previa por definición del elemento de *afectación directa***

La definición del elemento *afectación directa* que tiene el Decreto Supremos-66, contraviene el derecho a la CPLI de los pueblos indígenas porque restringe su aplicación. Lo anterior porque el artículo 7 del Decreto Supremo 66 establece dos criterios extras a los que fueron establecidos por el Convenio 169 para definir si una medida debe o no ser consultada, estos son: (i) causa directa y (ii) que el impacto generado sea significativo y específico sobre los pueblos indígenas (art. 7, Decreto Supremo 66 de 2013).

Como se demostró en la sección anterior, no existe en el derecho internacional una restricción sobre el tipo de medida que debe ser sujeta al proceso de consulta previa con los pueblos indígenas. En esta sección se mostrará que en el derecho internacional sólo se hace referencia a que deben ser consultadas todas las medidas que sean susceptibles de afectar de manera directa a los pueblos indígenas.

Según el Convenio 169 la obligación de realizar un proceso de consulta previa se activa por el tipo de efecto que genera la medida. En los términos del Convenio se realizará consulta previa “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente [a los pueblos indígenas]” (lit. a, núm. 1; art. 6, Convenio 169).

En ese sentido, el Convenio sólo establece como requisito la susceptibilidad de la medida de generar efectos directos sobre los pueblos indígenas. En ninguna parte, el Convenio se refiere a impactos significativos y específicos sobre los pueblos indígenas como sí lo establece el Decreto Supremo 66<sup>13</sup>.

Incluso, la disposición que consagra la UNDRIP es más proteccionista para los pueblos indígenas porque no se refiere al tipo de efecto que puede generar la medida

---

<sup>13</sup> El Consejo de Administración de la OIT ha establecido que la obligación de consultar con los pueblos indígenas las medidas administrativas y legislativas que los afectan directamente “nace directamente del Convenio núm. 169 y no del reconocimiento de este derecho por la legislación nacional”. Por ese motivo, no se necesita de una regulación nacional para que el derecho sea exigible, por lo que si se va a establecer una se debe hacerlo aplicando el principio general de derecho de internacional de armonización del sistema jurídico nacional con el internacional.

administrativa o legislativa para que sea consultada. El artículo 19 estableció como criterio 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”. En este artículo sólo se establece que deberán ser consultadas las medidas que los afecten, por lo que los pueblos indígenas -a diferencia de la norma del Convenio- no tienen que probar la afectación directa sino solamente la afectación para que tengan derecho a la consulta previa.

La OIT ha determinado que la consulta de las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas tiene como objetivo garantizar la “participación efectiva en todos los niveles de la toma de decisiones en los órganos políticos, legislativos y administrativos y en los procesos que puedan afectarles directamente” (OIT, 2009: 60)<sup>14</sup>. Este mismo organismo internacional cuando analizó el elemento de *efectos directos* formuló que aunque los pueblos indígenas tienen los mismos derechos que el resto de los ciudadanos, los Estados “tienen la obligación de realizar consultas específicas y de garantizar la participación de los pueblos indígenas, siempre que se consideren medidas que los afecten directamente. Esto no quiere decir que los pueblos indígenas tengan derechos especiales, sino que, dada su situación, se requieren medidas especiales de consulta y participación para salvaguardar sus derechos en el marco de un Estado democrático” (OIT, 2013: 14).

El Comité de Expertos de la OIT (2008) determinó que la participación de los pueblos indígenas en las medidas que los afectan directamente es un elemento esencial para lograr la paz social a través del diálogo y la inclusión de los que han sido históricamente excluidos (Observación General sobre Convenio 169, sesión 79).

En el caso del pueblo indígena Sarayaku, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, condenó al Estado ecuatoriano porque violó el derecho a la consulta previa del pueblo indígena. La Corte demostró que aunque la decisión de explorar y explotar petróleo en el territorio del pueblo indígena era una medida que los afectaba directamente no les fue consultada<sup>15</sup> (CIDH, 2012).

---

<sup>14</sup> La OIT, interpretando el Convenio 169, determinó que el derecho a la consulta previa es “una forma clave de diálogo que sirve para armonizar los intereses contrapuestos y evitar, así como también resolver, conflictos. Al interrelacionar los principios de consulta y participación, la consulta no implica sólo el derecho de reaccionar sino, también el derecho de proponer” (OIT, 2009: 60).

<sup>15</sup> La Corte argumentó que en relación con el artículo 23 de la Convención, el hecho de que el Estado no haya consultado con el pueblo Sarayaku el proyecto que impactaría directamente su territorio, genera

Contrario a lo establecido en el derecho internacional, las condiciones previstas por el DS - 66 excluyen muchas medidas que podrían ser sujetas a consulta previa. En primer lugar, el artículo 6<sup>16</sup>, hace una diferenciación de las organizaciones que pueden participar en un proceso de consulta, dependiendo del alcance de la afectación. Así, una medida que tiene impactos locales sólo sería consultada con la organización legítima de representación local. Sin embargo, esto excluye la participación de organizaciones de otros niveles que son susceptibles de ser afectadas directamente por la misma medida.

Más aún, aunque el derecho a la CPLI es un derecho colectivo, las afectaciones recaen sobre el pueblo pero también sobre los individuos que hacen parte de él. Por tanto, la restricción de la participación, que hace el artículo 6 a las organizaciones, representa para los individuos que conforman el pueblo una limitación injustificada de su derecho a la CPLI. En consecuencia, el artículo 6 del Decreto Supremo 66 va en contravía de la protección comunitaria y colectiva que tienen los artículos 6 y 7 del Convenio 169.

En efecto, el Convenio 169 entiende a los pueblos indígenas como un sujeto colectivo de protección. Si una medida afecta a una comunidad o a un miembro, la primera debe ser consultada con todo el pueblo, incluso si este tiene autoridades de representación en el ámbito local, regional y nacional. No obstante, el criterio del Decreto Supremo 66 contraviene esta disposición y por lo tanto viola el derecho a la CPLI, ya que, hace que dependa la participación de las autoridades de representación según el grado de afectación de la medida. Por lo tanto, si una medida tiene efectos particulares, entendidos como los que se generan sobre un miembro o una comunidad, pueden quedar por fuera organismos de representación legítimos que deben participar en el proceso de consulta previa al valorar el alcance de la afectación.

Específicamente el artículo 5 del Convenio 169 definió que “deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente” a los pueblos indígenas para realizar los procesos de consulta previa. La protección que da el Convenio 169 se refiere al sujeto colectivo (pueblo indígena) y a cada uno de los sujetos que se autorreconocen como tal (art. 1,

---

un incumplimiento de sus obligaciones conforme a los principios del derecho internacional y del derecho nacional ecuatoriano.

<sup>16</sup> Artículo 6º.- Sujetos e instituciones representativas. La consulta se realizará a los pueblos indígenas que correspondan a través de sus instituciones representativas nacionales, regionales o locales, según el alcance de la afectación de la medida que sea susceptible de afectarles directamente.

Convenio 169), sin excluir organismos de representación legítima a partir de la valoración del grado de afectación que plantea el Decreto Supremo 66.

Al mismo tiempo, existe otra restricción del derecho a la CPLI por el criterio de impacto “significativo y específico”. Este criterio desprotege a los pueblos indígenas porque excluye las medidas que impactan simultáneamente a diferentes grupos poblacionales, incluidos los indígenas. Por ejemplo, una interpretación del DS-66 sería que los programas nacionales de educación no deberán ser consultados, al no tener efectos significativos y específicos sobre población indígena sino sobre toda la población chilena. Esta lectura iría en contravía del Convenio, que no restringe la participación de los pueblos indígenas a las medidas con impactos significativos y específicos, sino que garantiza el derecho a la CPLI frente a todas las medidas que puedan afectarlos susceptiblemente.

#### **IV. Violación al derecho a la consulta previa por otras disposiciones incluidas en el artículo 7 del DS-66.**

El DS-66 también viola el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas pues establece en el artículo 7 que “[l]os actos de mero trámite y las medidas de ejecución material o jurídica se entenderán comprendidas en la consulta del acto terminal o decisorio a los que han servido de fundamentos o que deban aplicar”. Esta medida viola los preceptos del Convenio 169 de la OIT porque no existe ninguna razón dentro del Convenio que permita excluir los actos de mero trámite y las medidas de ejecución material o jurídica del deber de consulta.

En esta instancia es necesario realizar una precisión que es al mismo tiempo conceptual y metodológica. En primer lugar, se mantiene la regla de consultar las medidas susceptibles de afectar de manera directa a los pueblos indígenas incluidas aquellas que sean para implementar una norma general ya consultada anteriormente. Por lo tanto, el primer proceso de consulta sólo es aplicable y tiene validez para la primera medida y no para sus formas de aplicación (ej. medidas de ejecución material o jurídica).

De manera paralela, hay que realizar una diferencia en términos de la metodología empleada para garantizar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Por tanto, el gobierno está en la obligación de realizar un proceso de consulta previa sobre el acto administrativo y/o legislativo que quiere impulsar y también deberá realizar un segundo proceso de consulta de los mecanismos necesarios para su implementación. Una de las justificaciones es que la evaluación de los impactos de cada una de las medidas es diferente. Los pueblos indígenas pueden verse afectados de una forma por

la medida general y eso se evaluará en el primer proceso de consulta y las afectaciones generadas por los mecanismos de implementación deberán ser evaluadas en el proceso de consulta de estas medidas administrativas o legislativas.

Frente a un caso similar, en Argentina, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) recomendó que para proteger el derecho a la consulta previa se debía consultar el mecanismo de implementación de la Ley 26.160 incluyendo todas las comunidades e instituciones representativas de los pueblos indígenas que se vean susceptiblemente afectadas por la norma (Observación, CEACR 2009/80<sup>a</sup>).

En otro caso en Brasil, la CEACR recomendó que se debían consultar con los pueblos indígenas los estudios realizados para emprender la implementación y ejecución del Convenio 169 y el mecanismo de titulación de territorios colectivos a las comunidades quilombolas. Lo que demuestran las recomendación de la CEACR es que el deber de consulta previa de los Estados no se agota con la consulta de la norma marco, sino que es necesario realizar otros procesos de consulta de las medidas que se adopten para implementarla.

## **V. Conclusión**

Los mecanismos de implementación establecidos en el derecho nacional no pueden ir en contravía de la protección otorgada por el derecho internacional. Como en este caso, el artículo 7 del Decreto Supremo viola el derecho a la CPLI, recomendamos al Comité de Expertos pronunciarse sobre el articulado, que en criterio del del sindicato N°1 de Panificadores Mapuche de Santiago viola el derecho a la CPLI de los pueblos indígenas chilenos.