Consulta previa indígena y el proyecto de ley qeu reforma el Código de Aguas

Boletín N° 7543-12

Por Matías Meza-Lopehandía

Biblioteca del Congreso
Nacional de Chile / BCN

Sinopsis

- ¿Qué es la consulta previa indígena?
- Consulta previa indígena y medidas legislativas
- Práctica legislativa

Consulta previa indígena

Norma matriz:

Artículo 6 Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; [...]

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

Consulta previa indígena

- Mecanismo de diálogo intercultural entre el Estado y la organizaciones indígenas representativas
- Orientado a alcanzar un acuerdo
- Novedad en el ordenamiento jurídico chileno (C169):
  - Ley de Desarrollo Indígena: recabar opinión, Consejos Indígnas
  - Tribunal Constitucional: "diferencia esencial" por su finalidad

Consulta previa indígena

Objetivos

- Garantizar participación indígena
- Proteger derechos e intereses indígenas en un contexto de diversidad cultural

Características

- Es previa
- De buena fe
- Proceso continuo
- Bidireccional
- Orientado al acuerdo

Consulta previa indígena

Susceptibilidad de afectación directa

Afectación eventual

- Posibilidad de afectación, no certeza (Relator, ministros TC, doctrina)
- Causa directa de un impacto: Decreto 66

Afectación directa y específica

- Especificidad de afectación ≠ exclusividad de afectación
- Ejemplos del C169: autorización de explotación o exploración en subsuelo; regulación del dominio de la tierra; programas de educación bilingüe

Consulta previa indígena

<u>Susceptibilidad de afectación directa</u>

"La consulta se aplica incluso a medidas [...] legislativas de aplicación general, por ejemplo, con respecto a una nueva ley de pesca o de fomento forestal, cuando dichas medidasde algún modo *afecten de manera diferenciada a los pueblos indígenas* dadas sus condiciones y derechos específicos"

-Relator Anaya-

Consulta previa indígena

Recursos naturales y afectación directa

Tierras indígenas = territorio (totalidad del hábitat)

"La utilización del término "tierras" en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera."

- Art. 13.2 C169 -

Consulta previa indígena

Recursos naturales y afectación directa

Territorio = derechos sobre recursos naturales

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

- Art. 15.1 C169 -

Consulta previa indígena

Medidas favorables

- No deben ser contrarias a los deseos libremente expresados por los pueblos indígenas (art. 4.2)
- ¿Requieren consulta?
  - Reconocimiento constitucional y nueva institucionalidad indígena han sido consultadas
  - Ley N° 21.151 que reconoce a los afrodescendientes chilenos como pueblos tribal no fue sometida a consulta (sí a audiencias públicas)

Medidas legislativas

- **Previa:**
  - ante-proyecto
  - proyecto de ley
  - indicaciones: Of. Subsecretaría Servicios Sociales
- **Continuo**:
  - "En todas las fases del proceso de producción normativa" (Relator Anaya)
  - Consulta del Ejecutivo no descarga deber del Legislativo (Relator Anaya)

Medidas legislativas

Sujeto obligado a consultar

- Gobiernos, no los privados
- ¿Poder legislativo?
  - Relator: carácter continuo de la consulta
  - TC: C169 modificó la LOC del Congreso; Congreso debe regular su propio procedimiento
  - OIT: no bastan las audiencias en Comisión

Práctica legislativa

<u>Criterios</u>

1. Proyectos dirigidos específicamente a indígenas

2. Proyectos generales que contienen disposiciones específicas dirigidas a indígenas

3. Proyectos generales que pueden afectar elementos esenciales para los indígenas

Proyectos dirigidos a indígenas

Proyecto	Texto consultado	Materias tratadas
Reforma constituiconal 2007	Texto aprobado en general	Reconocimiento constitucional
Nueva institucionalidad indígena	Ante-proyectos	Creación de Ministerio Creción de Consejos de Pueblso Indígenas (organización interna, atribucione0s, etc)
Modificación Ley N° 19.253	Propuestas de modificación	Modificaciones al estatuto de las tierras indígenas, persona indígena y comunidades y asociaciones indígenas

Proyectos generales con disposiciones específicas

Proyecto	Texto consultado	Materias tratadas
Reforma Código de Aguas	No consultado [en tramitación]	DGA: transferencia y gravanen entre comunidades indígenas, regularizacion de aguas indígenas, excención de pago patentes a indígenas
Nueva Constitución	Temas emanados del proceso constituyente indígena	Reconocimiento constitucional, derechos lingüísticos, derechos territoriales, participación política y representación diferenciada

Proyectos generales sin disposiciones específicas

Sin consulta previa

Proyecto	Materias tratadas	Criterios en discusión
UPOV 91	Plazos de protección de nuevas variedades Protección frente a uso ilegal de nuevas variedades Protección provisional y excepciones	Relación especial con tierras y cultivo (organizaciones, discidencia TC) Carácter general de las disposiciones (TC)
Ley general de Pesca	Regulación del acceso al recurso pesquero	Regulación de acceso a recurso esencial para pueblos indígenas (organizaciones) Carácter general de disposiciones (Ejecutivo)
Servicio Nacional Forestal	Creación del servicio y sus atribuciones y competencias	ASAP pueden superponerse a territoio indígena Carácter general de disposiciones (Ejecutivo) Organización de la administración no afecta directamente (Ejecutivo)

Proyectos generales sin disposiciones específicas

Con consulta previa

Proyecto	Texto consultado y materias	Criterios
Ministerio de las Culturas	Indicación sustituiva Materias: creación de nueva institucionalidad	Configuración de la administración pública puede afectar directamente (participación indígena)
Servicio de Biodiversidad	Borrador indicación sustitutiva Materias: sitios priotarios, instrumentos de conservación, instrumentos económicos de conservación	ASAP pueden superponerse a territorio indígena (Ejecutivo) Prácticas indígenas relevantes para conservación biodiversidad (Ejecutivo) Se incorporó participación indígena (no estaba entre materias consultadas)
Reforma constitucional territorios especiales	Ante proyecto Materias: Isla de pascuay Juan Fernández como territorios especiales Restricción de derecho a la residencia	Afectación de territorio pueblo maori rapa nui

Práctica legislativa

- Proyectos dirigidos a indígenas se consultan, incluidos favorables (excepción pueblo afrochileno)
- Disposiciones dirigidas a indígenas se consultan
- Disposiciones generales que pueden afectar a pueblos indíngenas: criterios dispares

Fin presentación