

SOBRE LA LEGALIDAD DE ESTABLECER UNA CONSULTA INDIGENA VINCULANTE A NIVEL COMUNAL

La presente perspectiva aborda el Dictamen E334668N23 de la Contraloría General de la República (CGR) que responde al resultado de una consulta indígena, señalando que no es vinculante para la municipalidad, sin perjuicio de que los acuerdos que adopte la entidad edilicia con las organizaciones de los pueblos participantes que si serán obligatorios.

La obligación para los órganos de la administración del Estado de realizar una gestión pública participativa, se traduce principalmente en implementar al menos cuatro mecanismos: de información relevante; Cuentas Públicas participativas; consultas ciudadana y consejos de la sociedad civil. Dentro de los mecanismos de consulta existente, en lo que refiere a pueblos indígenas encontramos la consulta indígena.

Primero: Sobre el referido Dictamen la Municipalidad de Valparaíso estableció una ordenanza señalando la obligatoriedad de los acuerdos derivados del procedimiento de consulta indígena, es decir los declara vinculantes.

Segundo: Referido a lo anterior es menester señalar que, de acuerdo con el artículo 12 de la ley N° 18.695, los municipios cuentan con la facultad para dictar ordenanzas que fijen normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad, en el ámbito local y respecto de materias que se encuentran en la esfera de sus atribuciones (Ley No 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, 2006).

Tercero: El artículo 34 de la ley N° 19.253 - que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena-, refiere que los servicios de la Administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando Administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de tales organizaciones que reconoce esta ley (Ministerio de Planificación y Cooperación Social, 1993).

Cuarto: mediante el decreto N° 236, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores, se promulgó el Convenio N° 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de la Organización Internacional del Trabajo, cuyo artículo 6°, N° 1, letra a), prescribe que, al aplicar sus disposiciones, los gobiernos deberán 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. Agrega su N° 2 que las consultas llevadas a cabo en aplicación de ese convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Quinto: el decreto N° 66, de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social - 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 OIT-, dispone en su artículo 2°, 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, que se materializa a través de un procedimiento apropiado y de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas susceptibles de afectarlos directamente y que debe realizarse de conformidad con los principios recogidos en su Título II.

Su artículo 3°, referido al “Cumplimiento del deber de Consulta”, señala que el órgano responsable deberá realizar los esfuerzos necesarios para alcanzar el acuerdo o el consentimiento de los pueblos afectados, dando cumplimiento a los principios de la consulta a través del procedimiento establecido en este reglamento. Bajo estas condiciones, se tendrá por cumplido el deber de consulta, aun cuando no resulte posible alcanzar dicho objetivo.

Sexto: En tanto, el inciso primero del artículo 4° del anotado texto establece que el reglamento se aplica a los ministerios, las intendencias, los gobiernos regionales, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. Su inciso segundo agrega que, para los efectos de cumplir con la obligación de consulta, los órganos constitucionalmente autónomos podrán sujetarse a las disposiciones del presente reglamento, sin embargo, no se entenderán exentos del deber de consultar a los pueblos indígenas, cuando ello sea procedente en conformidad a la legislación vigente. Finalmente, su inciso tercero precisa que las referencias que el reglamento haga a los órganos de la Administración, órgano responsable, Administración, Administración del Estado o Estado, se entenderán efectuadas a los órganos y organismos indicados en el inciso 1° de ese artículo.

Respecto de esta última disposición reglamentaria, es menester precisar que las municipalidades, en cuanto órganos constitucionalmente autónomos, pueden ceñirse al procedimiento de consulta indígena previsto en el aludido cuerpo reglamentario o establecer un procedimiento especial, pero respetando cabalmente los principios y normas sustantivas consagrados en el convenio internacional ya mencionado y las disposiciones del ordenamiento jurídico interno.

el artículo 7° del citado decreto N° 66, de 2013, prescribe que los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 4° de ese reglamento, deberán consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente. Son tales medidas administrativas, aquellos actos formales dictados por esos órganos y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada les permita el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de dichos pueblos en su adopción, y cuando esas 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 indígenas (Contraloría General de la República, 2023)

A continuación, su artículo 8° preceptúa que la Resolución de Calificación Ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley N° 19.300 - esto es, los susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases-, y que requieran un proceso de consulta indígena, según tal normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la regulación de dicho sistema, en los términos que indica.

Séptimo: Por otra parte, el artículo 85 del reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental -decreto N° 40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente- señala que en el caso de que un proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7°, 8° y 10 de ese reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) deberá diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, para que participen de modo informado y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental.

Octavo: los actos que requieren una consulta indígena son aquellos actos formales dictados por los órganos de la Administración y que contienen una declaración de voluntad cuya naturaleza no reglada permite a la respectiva autoridad ejercer cierto grado de discrecionalidad y, por cierto, en la medida que los mismos sean susceptibles de afectar directamente a la comunidad en los términos referidos. También procederá la consulta cuando se solicita durante un procedimiento de evaluación ambiental.

La normativa citada ha regulado el deber de los órganos de la Administración del Estado de realizar la consulta indígena en los supuestos que indica, empleando todos los esfuerzos para llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de esos pueblos, a través de las organizaciones indígenas que reconoce la ley, en la adopción de las referidas medidas. Sin embargo, la misma carece de disposiciones relativas a los acuerdos que en dicha consulta se alcancen y los efectos que aquellos producen.

Es importante señalar que, si un proceso de *consulta indígena termina con un acuerdo entre un organismo de la Administración y los pueblos participantes, tal resultado, por aplicación del principio de buena fe,*[1] supone que la Administración realizará las gestiones necesarias para darle cumplimiento, de lo cual se desprende que dicho acuerdo posee un carácter vinculante. Lo anterior, en la medida, que lo acordado se enmarque en las atribuciones del respectivo órgano público y no se oponga al ordenamiento jurídico.

Noveno: Para volver al caso en cuestión, la “Ordenanza municipal de consulta indígena de la ciudad de Valparaíso” establece en su artículo 1°, que: “La presente Ordenanza tiene por objeto dar ejecución al ejercicio del derecho de consulta a los pueblos Indígenas y Tribales, el cual se realiza a través del procedimiento establecido en el presente instrumento y en conformidad, al artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, promulgado por el Decreto Supremo N° 236, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores, y demás normas pertinentes”.

A su vez, su artículo 3°, sobre Cumplimiento del deber de Consulta, prevé que:

“La Ilustre Municipalidad de Valparaíso deberá realizar los esfuerzos necesarios para alcanzar el acuerdo o el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos afectados, dando cumplimiento a los principios de la Consulta a través del procedimiento establecido en este instrumento. Bajo estas condiciones, se tendrá por cumplido el deber de consulta. Los acuerdos que se alcancen entre los intervinientes serán de obligatorio cumplimiento y vinculantes, en el marco de las competencias otorgadas por la ley y de los principios que rigen la actuación de los órganos de la administración del Estado”(Contraloría General de la República, 2023).

[1] Las cursivas son del autor

Frente al análisis el legislador ha señalado dos hipótesis frente a la ordenanza anteriormente citada:

La primera se refiere a la obligación de la entidad edilicia de propender a lograr el acuerdo o el consentimiento de los pueblos indígenas y tribales afectados con alguna medida administrativa, a través de las organizaciones indígenas que reconoce la ley, dando cumplimiento a los principios de la consulta, mediante el procedimiento que contiene la ordenanza en comento. Dicho presupuesto normativo recoge las disposiciones citadas precedentemente, relativas a la obligación que tienen los órganos de la Administración del Estado, entre los que se encuentran las municipalidades, de realizar una consulta a los pueblos indígenas y tribales organizados, cada vez que se prevean medidas administrativas susceptibles de afectarles directamente, e insta a la entidad comunal a lograr un acuerdo con aquellos.

Por otra parte, la segunda de estas hipótesis dice relación con el acuerdo que adopte el municipio con las organizaciones de los pueblos interesados, el que tendría la calidad de obligatorio. Respecto de este último presupuesto normativo, es menester señalar que aquel solo tendría aplicación una vez que la entidad edilicia, habiendo realizado la respectiva consulta indígena, **ha suscrito voluntariamente un acuerdo con las organizaciones respectivas**. En efecto, solo en este caso nos encontraríamos ante un imperativo que la entidad edilicia debe cumplir, ya que, de lo contrario, se le estaría otorgando a priori un carácter vinculante a la antedicha consulta, calidad de la que, de acuerdo con la normativa vigente, carece ese instrumento.

La contraloría concluye que si bien no advierte irregularidad en el artículo 3° de la “Ordenanza municipal de consulta indígena de la ciudad de Valparaíso”, debido a que no es obligatorio el resultado de la consulta indígena, sino que solo resulta vinculante el acuerdo que la entidad edilicia voluntariamente decida suscribir con las respectivas organizaciones indígenas y tribales que reconoce la ley, en el marco de las competencias y de los principios que rigen la actuación de los órganos de la Administración del Estado.

En conclusión, este Dictamen de Contraloría General de la República deja ver varias cosas: la primera de ellas es que aun cuando las municipalidades tienen la facultad, al ser organismos autónomos para emitir ordenanzas, entendidas como, una disposición o mandato y haciendo hincapié en que el término se utiliza para nombrar al tipo de norma jurídica que forma parte de un reglamento y que está subordinada a una ley. La ordenanza es emitida por la autoridad que tiene el poder o la facultad para exigir su cumplimiento. A nivel municipal la ordenanza es dictada por el alcalde y tiene una validez al interior de la comuna. Lo anterior es importante porque aun cuando el alcalde Valparaíso emite una ordenanza que tiene validez en la comuna y es un mandato este no puede superponerse a normativas que se encuentran por sobre ella. Si bien existe una voluntad de llegar a acuerdos mediante mecanismos como la consulta indígena, esta debe requerir la voluntad del alcalde para hacerse efectiva y en ningún caso será vinculante por sí misma. Dicho de otro modo, podemos aducir que podría generarse una discrecionalidad de parte de la autoridad local al elegir qué tipo de consultas (en materia indígena) podría o no cumplir el resultado, favorable o adverso, en la realización de uno de estos procedimientos participativos a nivel comunal.

REFERENCIAS:

- Contraloría General de la República. (2023). *Dictamen N° E334668N23*.
<https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/E334668N23/html>
- Ministerio de Planificación y Cooperación Social. (1993). *Ley N° 19. 253*
Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.
- Ley No 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, Pub. L. No. 18.695 (2006).
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=251693>