

**Comisión
Sistema Político, Gobierno,
Poder Legislativo y Sistema Electoral.**

Minuta de presentación

**Prof. Manuel Núñez Poblete
Profesor Titular, Facultad de Derecho,
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
manuel.nunez@pucv.cl**

Materias: materias de ley, consulta indígena legislativa

I. Introducción

El diseño de un sistema político plurinacional tiene diversas proyecciones sobre la forma de distribución del poder entre la potestad reglamentaria y la potestad legislativa. Mi presentación no ahondará en el concepto de plurinacionalidad, sino que solamente se limitará a sus proyecciones en el campo de dos materias relevantes para el diseño constitucional: las materias de ley y la consulta legislativa.

II. Materias de ley

En lo que se refiere a las materias de ley, existen distintas materias que deberían ser remitidas en su detalle al desarrollo legislativo. No parece recomendable, tomando en cuenta los tiempos disponibles y la generalidad que se espera de un texto constitucional, aspirar a un modelo autárquico y completo de regulación constitucional sobre un tema tan dinámico y heterogéneo.

Por ello, es útil tener presente que la Constitución debe delinear los contornos generales de los ejes de reconocimiento, autonomía, derechos y participación (los ejes generales de una regulación constitucional más o menos íntegra), remitiendo al proceso legislativo posterior el diseño de las soluciones concretas.

No deberían faltar en el elenco de materias propias de ley:

- a) La definición y el diseño de los estatutos especiales de autonomía. Las distintas realidades territoriales desaconsejan soluciones generales e iguales para todos los pueblos indígenas.
- b) El diseño de las formas de coordinación entre la justicia estatal y la justicia indígena (ejemplos, art. 171 de la Const. de Ecuador, art. 246 de la Const. de

Colombia, art. 149 de la Const de Perú de 1993 o art. 190 de la Const. de Bolivia reformada el año 2010).

- c) La aprobación y, en su caso, la ejecución de aquellos acuerdos entre el Estado y los pueblos indígenas que impliquen modificación de materias reguladas por ley o por la propia Constitución.
- d) El reconocimiento de personalidad jurídica de derecho público para ciertos territorios o bienes (por ejemplo bienes de la naturaleza) a los que se desee otorgar un régimen especial de protección y gobernanza.

III. Consulta indígena

1. Diagnóstico

Desde el punto de vista institucional han llamado la atención diversos fenómenos problemáticos que se advierten en el proceso de incorporación del estándar de consulta al proceso legislativo.

Entre los problemas que se han judicializado podemos mencionar los siguientes:

- a) *La percepción de proyectos inconsultos.* Llama la atención que el más emblemático de los proyectos de reforma constitucional con susceptibilidad de afectación directa sobre pueblos indígenas de los últimos doscientos años —el proyecto sobre creación de escaños reservados para el proceso constituyente, que por primera vez en nuestra historia constitucional incluirá a los pueblos indígenas en la Constitución¹— no haya sido sometido a un proceso oficial de consulta a nivel nacional y solo haya admitido la participación a nivel cameral. Esta característica generó la sensación de falta de consulta, la que fue objeto de alguna impugnación judicial infructuosa por la falta de idoneidad de la acción de protección para impugnar leyes².
- b) *Ausencia de garantías de cumplimiento del deber de consulta.* La tramitación de proyectos de ley con susceptibilidad de afectación directa sobre los pueblos indígenas ha sido objeto de impugnaciones de diversa naturaleza, siendo el recurso de protección la vía más utilizada para impugnar los procedimientos de consulta y los requerimientos de inconstitucionalidad los más excepcionales dada la legitimación restrictiva y la necesidad de haber avanzado el anteproyecto a mensaje o a moción admitido a tramitación parlamentaria. Algunos ejemplos de los conflictos que generan los procesos de consulta de medidas legislativas han sido la auto-marginación (caso de la *Comunidad Diaguita Patay*)³ y la demanda por el derecho a la asesoría especializada (caso *Asociación Kallfulicán*) en la consulta del proyecto de creación del Ministerio de Pueblos Indígenas y la

¹ Boletín N°13.129-07, Ley N°21.298, Diario Oficial de 23 de diciembre de 2020.

² Corte de Apelaciones de Santiago: *Ayavire c. Arenas* (recurso de protección), 19 de mayo de 2020, confirmado por Corte Suprema, Rol N° 63.084-2020, 11 de junio de 2020. Véase también Corte de Apelaciones de Arica: *Rivera c. Cámara de Diputados* (recurso de protección), Rol N° 1 2021, 18 de enero de 2021, inadmisibles, confirmada por Corte Suprema, Rol N° 6792-2021.

³ Corte de Apelaciones de Copiapó: *Comunidad Diaguita Patay c. SEREMI de Desarrollo Social de la III Región* (recurso de protección), Rol N° 25-2015, 7 de mayo de 2015, rechazado.

creación del Consejo Nacional y Consejos de Pueblos Indígenas⁴; o la solicitud de corrección de defectos durante la tramitación de la consulta (*Valderrama y otros*)⁵ o al cierre de ésta (*Huichaman*)⁶ en la consulta del proceso constituyente convocado durante el segundo mandato de la Presidenta Bachelet.

En el caso del proyecto de reforma constitucional sobre escaños reservados, tramitado con urgencia inusitada tras el llamado plebiscito “de entrada” de octubre de 2020, la falta de consulta llevó a la exclusión de un pueblo (el pueblo tribal afrodescendiente chileno) que solo pudo canalizar su protesta a través de un recurso de protección que fue declarado inadmisibles⁷.

Al contencioso administrativo generado en los tribunales ordinarios, debemos agregar la doctrina del Tribunal Constitucional, donde el criterio más relevante sobre el valor de la consulta indígena se encuentra en la sentencia sobre la reforma a la Ley de Pesca de 2013⁸. En esta sentencia el Tribunal Constitucional recuerda el rango infra constitucional de los convenios internacionales y en función de esa jerarquía descarta que la omisión de la consulta legislativa pueda tener la entidad de un vicio de constitucionalidad formal: la omisión de la consulta indígena sería un vicio de legalidad y no uno de constitucionalidad.

- c) *La indeterminación de las medidas legislativas consultadas.* La ausencia de una medida legislativa concreta que fuera objeto de una consulta que realmente diese a los pueblos indígenas la capacidad de incidir fue el reproche que presentó ante la OIT el Sindicato Interempresas N°1 de Panificadores Mapuches de Santiago⁹ por la consulta que llevó adelante el Ministerio de Desarrollo Social. Algo similar aconteció con la impugnación que algunas organizaciones mapuche huilliches hicieron a la frustrada consulta por las modificaciones a la Ley N° 19.253 que inició el Gobierno del Presidente Piñera en el año 2019¹⁰. Es posible que este tipo de conflictos, sobre proyectos en estado tan temprano de formación, se vean influenciados por cierto escepticismo que genera la incierta capacidad de

⁴ Corte de Apelaciones de Santiago: *Asociación Indígena Kallfulicán y otros c. Ministra de Desarrollo Social* (recurso de protección), Rol N° 16.957-2015, 22 de octubre de 2015, rechazado.

⁵ La Corte de Apelaciones de Iquique: *Valderrama y otros c. Seremi de Desarrollo Social de Tarapacá* (recurso de protección), Rol N° 916-2017, 5 de enero de 2018, había invalidado el proceso de consulta, ordenando reabrir proceso. El fallo revocado por Corte Suprema, Rol N° 1186 2018, 9 de abril de 2018, por haber sido ya despachado el proyecto de ley por la Presidenta Bachelet.

⁶ Corte de Apelaciones de Santiago: *Huichamán c. Ministerio de Desarrollo Social* (recurso de protección), Rol N° 9858-2018, 15 de febrero de 2018, declarado inadmisibles. Confirmado por C. Suprema, Rol N° 3434-2018, 5 de marzo de 2018.

⁷ Corte de Apelaciones de Arica: *Rivera c. Cámara de Diputados* (recurso de protección), Rol N° 1 2021, 18 de enero de 2021, inadmisibles, confirmada por Corte Suprema, Rol N° 6792-2021. Agrupaciones de afrodescendientes recurrieron en contra del Ministerio de Desarrollo Social y de la Cámara de Diputados por no haber sido incluidos en el proyecto de ley de reforma constitucional sobre escaños reservados.

⁸ Tribunal Constitucional, sentencia Roles N° 2387-12 y 2388-12, acumulados, 23 de enero de 2013.

⁹ OIT Consejo de Administración, 326ª Reunión, Ginebra (10-24 de marzo, 2016). Quinto informe complementario: informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Gobierno de Chile del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato Interempresas N°1 de Panificadores Mapuches de Santiago.

¹⁰ Corte de Apelaciones de Punta Arenas: *Asociación Indígena Mapuche Huilliche Pewu Antu de Punta Arenas y otros c. Ministerio de Desarrollo Social y Familia* (recurso de protección, rechazado), Rol N° 636-2019, 7 de agosto de 2019.

incidencia que tienen los pueblos indígenas cuando el proceso legislativo ya se ha iniciado.

Esto fenómenos han reducido la eficacia del deber de consulta legislativa a la par de reducir la confianza en dichos procedimientos.

2. Propuesta: ideas generales

A fin de mejorar parte de las deficiencias anotadas se propone que la nueva Constitución:

- a) Instituya en su texto el deber de consulta indígena respecto de las leyes, ello acorde con los estándares de l Convenio 169. Dónde: en la sección dedicada a la formación de la ley.
- b) Garantice que el deber de consulta se aplique a todo proyecto de ley susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, sin limitar su procedencia a las iniciativas propiciadas por el Poder Ejecutivo.
- c) Mandate a ambas cámaras legislativas la creación de un comité de consulta o un comité de asuntos indígenas, responsable de gestionar los procesos de participación y consulta, proveyendo asistencia técnica y resguardando los estándares de buena fe, pertinencia cultural y otros.
Este proceso debería ser:
 - a. Amplio y abierto, promoviendo la mayor participación de organizaciones representativas.
 - b. Permanente, favoreciendo la participación a lo largo de todo el proceso legislativo.
 - c. Flexible, en el sentido que no puede transformarse en un canal de veto y que no tiene sentido multiplicar consultas para proyectos que no avancen en su tramitación.
 - d. Asistido, en cuanto este comité o comisión debería proveer de asistencia técnica.
- d) Garantice la obligatoriedad de los acuerdos. De acuerdo con las declaraciones americana y universal de derechos de los pueblos indígenas, los acuerdos a los que llegue el estado y los representantes de los pueblos son vinculantes como razón por la cual los pueblos indígenas tienen derecho aquí ellos sean reconocidos como observados y aplicados.
- e) Garantice la eficacia del deber de consulta. En tanto trámite esencial del procedimiento legislativo su omisión debería acarrear un vicio de constitucionalidad. La garantía de cumplimiento respecto de este procedimiento debería corresponder a los instrumentos jurisdiccionales de resguardo del principio de supremacía constitucional (Tribunal Constitucional, Corte Suprema o el que se decida configurar).
- f) Permita que la consulta sea íntegra, es decir que el menos comprenda los dos trámites constitucionales iniciales.

3. Texto propuesto

“Los proyectos de ley susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, con independencia de su iniciativa, deberán consultarse con sus instituciones representativas. La consulta deberá ser previa, de buena fe, apropiada a las circunstancias y con la finalidad de llegar a un acuerdo vinculante o lograr el consentimiento, sin que constituya un derecho de veto. Las cámaras encomendarán a un comité bicameral la gestión del procedimiento de consulta como asimismo la asistencia técnica que garantice la participación culturalmente adaptada, libre e informada”.

Valparaíso, 30 de noviembre de 2021