TITULO: Criterio cuantitativo como elemento para determinar la obligatoriedad de la consulta indígena en los procedimientos de aprobación y/o modificació				
Nº	**FECHA**	**MEDIO**	**SECCIÓN**	**PÁGINA**
194404	2022-11-05	Elmercuriolegal.cl	Noticias y Reportajes	SP

Imagen 1/1

Criterio cuantitativo como elemento para determinar la obligatoriedad de la consulta indígena en los procedimientos de aprobación y/o modificación de instrumentos de planificación territorial

"...Los desafíos en materia de consulta indígena deben estar enfocados en articular adecuadamente los distintos procedimientos de participación ciudadana e indígena, con el objeto de dotar al proceso de planificación territorial del necesario diálogo y acuerdos ciudadanos que impriman legitimidad a los instrumentos, sin afectar la necesaria oportunidad y urgencia que su pronta aprobación demanda..."

Viernes, 4 de noviembre de 2022 a las 11:38

Rosa Fernanda Gómez

Ver más

A- A+ Imprimir Enviar

Rosa Fernanda Gómez

Nuestro ordenamiento jurídico contempla la participación de los pueblos originarios que pueden verse afectados directamente por un proyecto a través del procedimiento de consulta indígena obligatoria, que responde a la regulación internacional contenida en el Convenio N° 169, ratificado por Chile, que constituye una norma obligatoria no solo por aplicación del artículo 5º de la Carta Fundamental, sino que, además, tiene un desarrollo directo en la regulación interna que busca materializar en términos concretos la referida normativa internacional a través del Decreto Supremo N° 66, de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social, que establece el Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena.

El artículo 2° del Decreto dispone 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. Agrega que la consulta se debe materializar 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.

Teniendo presente lo anterior, la Corte Suprema ha sostenido los siguientes criterios:

Primero, que para que proceda la consulta indígena la afectación puede ser directa o potencial. La afectación directa "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" (SCS roles Nºs. 16.817-2013 y 817-2016). En tanto, la afectación potencial implica que su materialización será precisamente analizada en el marco de la señalada consulta (SCS rol Nº 138.439-2020). En tal sentido, la Corte Suprema ha precisado que existe susceptibilidad de afectación si hay riesgos en zonas donde la comunidad indígena realiza ciertas actividades agrícolas y culturales (SCS rol N° 85957-2021). Además, ha extendido este criterio a la eventual afectación económica de las comunidades indígenas, de modo que si la decisión administrativa afecta sus posibilidades de desarrollo se deberá efectuar la consulta, ello, a propósito de la decisión de Corfo respecto de los criterios para seleccionar comunidades indígenas para la distribución de fondos de una empresa privada (SCS rol N° 4838-2022).

Segundo, jurídicamente la consulta indígena es el único mecanismo de diálogo idóneo entre los integrantes de los pueblos originarios y la Administración del Estado, por tanto, la Administración no puede crear un procedimiento distinto (SCS rol 17289-2021).

Tercero, la consulta requiere diálogo, de modo que no basta la mera comunicación del proyecto, actividad o medida (SCS rol Nº 138439-2020, Caso Parque Nacional Villarica).

Cuarto, en cuanto a sus límites, ha precisado que no se puede utilizar el recuso de protección para modificar una medida asociada a los pueblos indígenas que contó con consulta (SCS rol Nº 14033-2022) y que la consulta no procede respecto de la etapa previa o preparatoria, esto es, la fase de estudio para la adopción de una medida (SCS rol Nº 19115-2021).

Ahora bien, tratándose de instrumentos de planificación territorial, la jurisprudencia judicial ha sostenido los siguientes criterios:

Primero, que el procedimiento de elaboración de un instrumento de planificación territorial debe analizar la eventual afectación de los intereses de pueblos indígenas y, ante la afirmativa, realizar la consulta indígena pertinente (SCS rol Nº 22.189-2019, relacionado con SCS rol Nº 20.913-2019), ello, a propósito de la aprobación del Plan Regulador Intercomunal de la Provincia de Elqui.

En este mismo sentido, Contraloría ha señalado la necesidad de examinar la procedencia de efectuar la consulta indígena en los procedimientos de elaboración y aprobación de los planes (dictámenes N°s 12.557, de 2015; 89.751, de 2015; 10.365, de 2017; 16.157, de 2019; 25.668, de 2019; 5.735, de 2020, 1.233, de 2021, 2763, de 2021; 1883, de 2022 y 699, de 2022).

Segundo, en un pronunciamiento reciente la Corte Suprema sostuvo que en la modificación de un plan regulador la realización de instancias de participación ciudadana no constituye cumplimiento del requisito de consulta indígena, no pudiendo soslayarse su realización bajo el fundamento de existir otras instancias de participación de la comunidad, que no cumplen con el estándar propio de dicho mecanismo de participación. Además, precisó que si los efectos proyectados en el plan regulador propuesto afectan comunas con una fuerte presencia de población identificada como indígena (en el caso, 11 comunas de la Región del Biobío) y abarca un vasto territorio que incluye zonas urbanas, rurales y protegidas, la consulta de autos se hace necesaria (SCS rol Nº 78935-2021), ello, a propósito de la modificación del Plan Regulador Metropolitano de Concepción.

Si bien este último criterio no constituye ninguna novedad, por cuanto las instancias de participación derivadas de la normativa urbana y ambiental en los procedimientos de aprobación y/o modificación de instrumentos de planificación no son homologables a la consulta indígena, cuestión que se encuentra abordada en la Circular DDU 430 de la División de Desarrollo Urbano del MINVU, lo interesante es el recurso al elemento cuantitativo, de modo que si el instrumento comprende un territorio con una "fuerte presencia de población identificada como indígena", la consulta será obligatoria.

Se trata de un criterio de compleja determinación por cuanto no precisa qué se en tiende por "fuerte presencia" ni da cuenta de los parámetros objetivos que se deberán considerar para definirla, como sería el tamaño de la población o comunidad indígena afectada por el instrumento, generando incerteza respecto de la aplicación del criterio.

Otro tema interesante a considerar es cómo se articula el trámite de consulta indígena en procedimientos administrativos complejos como acontece con los de aprobación y/o modificación de instrumentos de planificación territorial en los cuales la consulta indígena se puede presentar en la evaluación ambiental estratégica del plan y, posteriormente, en la aprobación de la propuesta de plan propiamente tal, en donde una precaria articulación puede incrementar la demora en la tramitación de estos instrumentos.

En definitiva, los desafíos en materia de consulta indígena deben estar enfocados en articular adecuadamente los distintos procedimientos de participación ciudadana e indígena, con el objeto de dotar al proceso de planificación territorial del necesario diálogo y acuerdos ciudadanos que impriman legitimidad a los instrumentos, sin afectar la necesaria oportunidad y urgencia que su pronta aprobación demanda.