

Nº	FECHA	MEDIO	SECCIÓN	PÁGINA
138255	2021-09-19	El Mercurio	Nacional	C 7

Imagen 1/1



Expertos enfatizan que es la Convención Constitucional la que ejerce la facultad de discutir, redactar y proponer un nuevo texto.

ANDREA CHAPARRO

“El proceso de participación y acuerdos indígenas tendrá como objetivo establecer acuerdos vinculantes con las comunidades, organizaciones, pueblos y naciones preexistentes al Estado de Chile y demás destinatarios que establezca este reglamento, con el propósito de que se incorporen como disposiciones en el nuevo texto constitucional, teniendo como referente fundamental la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, y otros instrumentos internacionales”.

Esa fue una de las recientes propuestas de la comisión de Participación y Consulta Indígena de la Convención Constitucional en relación con su reglamento y el concepto “vinculante” provocó aprensiones en algunos sectores políticos. También, en el ámbito jurídico.

Porque si bien en materia indígena y en otras —vinculadas con los derechos humanos, el medio ambiente, la niñez, por ejemplo— hay derechos reconocidos en la legislación internacional, que Chile se ha obligado a respetar, ¿debe seguirse o no que el resultado de la consulta —o el instrumento que se aplique— sea vinculante para la Convención y su contenido incorporado al nuevo texto constitucional?

A esa pregunta respondieron abogados, cuya especialidad es el derecho constitucional o público.

Dicen que es la instancia la que debe aprobar las normas de la nueva Constitución

Pueblos indígenas y consulta vinculante: Abogados coinciden en que Convención no puede delegar su potestad

Si bien reconocen que la legislación internacional, el Convenio 169, entre otros instrumentos, impone obligaciones al Estado de Chile, el organismo no debiese quedar supeditado a los acuerdos de este grupo —o uno distinto— en la determinación del texto final.



Arturo Fermandois.



Eduardo Cordero.



Javier Couso.



Miriam Henríquez.



Jorge Correa Sutil.

“Inconsistente con estándares internacionales”

“La frase relativa a celebrar acuerdos vinculantes con las comunidades y pueblos presenta dos objeciones jurídicas. La primera, el poder constituyente, radicado en la Convención, no es delegable a terceros”, dice Arturo Fermandois, académico de la UC. Recuerda que “el capítulo XV de la Constitución establece que es la Convención Constitucional la que ejerce la facultad de discutir, redactar y proponer un nuevo texto”.

En segundo lugar —agrega—, “las normas y jurisdicción del sistema interamericano de DD.HH. (...) y la jurisprudencia de la Corte Suprema en Chile acotan cuáles son los eventos en que la consulta indígena exige a los Estados obtener el consentimiento de estos pueblos”, y también en que casos los Estados pueden realizar “consultas de buena fe, adecuadas, pero sin la obligación de obtener el consentimiento”.

La Comisión Interamericana de DD.HH. —que publica un compendio de esta normativa— menciona tres casos de consentimiento necesario, comenta Fermandois, y enumera: cuando van a ser desplazados de sus tierras por la fuerza; cuando planes

de inversión los privan del uso y goce de sus tierras o recursos necesarios para su subsistencia, y según la relatoría de la comisión de la Corte Interamericana, cuando existe un proyecto que implica el depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en sus tierras.

Por eso, plantea, salvo esas tres situaciones, “si bien es muy recomendable que se hagan consultas indígenas de buena fe, y en la idea de recoger todo lo posible en observaciones”, para un proceso constituyente “resulta inconveniente e inconsistente con los estándares internacionales imponer acuerdos vinculantes con pueblos originarios o con cualquier otro sector de la ciudadanía”.

“(Ella) tiene que aprobar y hacerse responsable”

Coincide Jorge Correa Sutil, exministro del Tribunal Constitucional, en la imposibilidad de delegación de la potestad al volver sobre “el artículo 133 (capítulo XV) de la Constitución, que establece que es la Convención la que debe aprobar las normas por *quorum* de 2/3”. Y, en ese sentido, plantea, “la Convención puede sentirse moralmente obligada o vinculada a las opiniones que recoja, pero lo que no puede es hacerse irresponsable

ella misma de las normas que acuerde”.

“La Convención tiene que sancionar, tiene que establecer, ella misma, por ella misma y por 2/3, una determinada norma, aunque pueda esta coincidir con aquella que se recogió en un proceso de participación”, afirma el abogado. “Finalmente —insiste—, es ella la que tiene que aprobar y hacerse responsable”.

Resúme Correa, entonces, “lo vinculante puede ser moralmente inapropiado, pero no puede ser jurídicamente suficiente”.

“Veto que la ciudadanía no entregó a ningún grupo”

También mira hacia el capítulo XV del profesor de la U. Diego Portales, Javier Couso, al abordar el tema, porque este indica que “la Convención hubiese aprobado por 2/3 “vulneraría las normas actuales que regulan la Convención”.

El académico advierte que, en la práctica, se “subordinaría a toda la Convención a lo que la consulta indígena planteara. Eso sería elegir a un grupo —que nunca habría tenido en nuestro país

(...) tanta incidencia en un proceso constituyente— para (otorgarle) un poder de veto que la ciudadanía no le entregó a ningún grupo”.

“El Convenio 169 establece obligaciones al Estado de Chile, pero —dice Couso— no conozco proceso constituyente alguno, ninguno de los recientes o desde que existe este convenio, en que un país haya supeditado un proceso constituyente a consultas vinculantes de los pueblos originarios (...) en que se les dé el poder de veto por aplicación del 169”.

“(Propuesta) sometida a aprobación de la Convención”

La profesora de la U. Alberto Hurtado, Miriam Henríquez, hace algunos matices. “La consulta previa es un derecho colectivo de los pueblos indígenas”, afirma, y sostiene que “debe realizarse respecto de aquellos contenidos de la nueva Constitución que los afecten directamente, por ejemplo, una norma constitutiva que establezca un Estado plurinacional”.

Así, plantea, “la finalidad de la consulta sería entonces llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las normas constitucionales propuestas”. Pero no leería en lo propuesto por la comisión de Participación y Con-

sulta Indígena una subordinación de la Convención.

Sobre el carácter vinculante del resultado de la consulta, la abogada analiza distintos escenarios: “Si hay acuerdo, se incorporaría como propuesta de norma constitucional —allí radica la vinculatoriedad—, quedando sometido a la aprobación de la Convención, conforme a las normas generales de votación”. Y si la Convención no lo aprobara, “parece importante brindar razones y fundamentos para ese rechazo”.

En caso de no arribarse a acuerdo, “no es vinculante proponerlo como norma constitucional”, comenta, y agrega que “esto no significaría un derecho de veto, es decir, no impediría a la Convención aprobar la materia constitucional consultada”.

Tampoco implicaría, cree, que se desaliente la opinión consultada en la toma de decisión.

“Carácter ad referendum” para ratificación

Igualmente, el profesor de la U. Católica de Valparaíso, Eduardo Cordero, cree que hay que hacer algunas distinciones.

Una cosa, dice, es el estándar que debe cumplir la nueva Carta Fundamental en materia de derechos fundamentales: “El derecho internacional y, particular-

mente, los tratados y convenios internacionales ratificados por Chile vigentes imponen al Estado de Chile una serie de obligaciones internacionales y un estándar de cumplimiento que, en dicho orden, se deben respetar”.

“Cuestión distinta —advierte— es lo que sucede con la consulta y acuerdos a los cuales se puede llegar con las comunidades y pueblos originarios”.

Cordero afirma que es “un deber del Estado propiciar estos procesos, tal como lo establecen nuestros compromisos internacionales, particularmente el Convenio 169. Sin embargo, la forma en que estos acuerdos sean recogidos en el texto de la nueva Constitución para que sean, en definitiva, vinculantes, deben respetar los procedimientos, *quorum* y órgano competente, que en este caso es la Convención Constitucional”.

Por eso, cree que una interpretación razonable sería que “los que lleguen a la futura Comisión de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacionalidad, como entidad delegada de la Convención, tengan un carácter *ad referendum*, en la medida que estarán sujetos a la ratificación que debe dar dicha entidad (Convención), según las normas y procedimientos que la rigen. Así, el acuerdo pasará a ser norma constitucional y se entiende vinculante”.

REUTERS