



Base de Dictámenes

MUN, ordenanza municipal, legalidad consulta indígena, resultado no vinculante, acuerdo voluntario

NÚMERO DICTAMEN E334668N23	FECHA DOCUMENTO 19-04-2023
NUEVO: SI	REACTIVADO: NO
RECONSIDERADO: NO	RECONSIDERADO PARCIAL: NO
ACLARADO: NO	ALTERADO: NO
APLICADO: NO	CONFIRMADO: NO
COMPLEMENTADO: NO	CARÁCTER: NNN
ORIGEN: DIVISIÓN JURÍDICA	
CRITERIO: GENERA JURISPRUDENCIA	

DICTAMENES RELACIONADOS

Aplica dictámenes 86870/2014, 10191/2018, 32877/2019

Acción	Dictamen	Año
Aplica	086870N	2014
Aplica	010191N	2018
Aplica	032877N	2019

FUENTES LEGALES

Ley 18695 art/12 ley 19253 art/34 DTO 236/2008 relac DTO 66/2013 mides art/2 DTO 66/2013 mides art/3 DTO 66/2013 mides art/4 DTO 66/2013 mides art/7 DTO 66/2013 mides art/8 DTO 40/2012 minma art/85

MATERIA

Resultado de consulta indígena no es vinculante para la municipalidad, sin perjuicio de que los acuerdos que adopte la entidad edilicia con las organizaciones de los pueblos participantes le son obligatorios.

DOCUMENTO COMPLETO

Nº E334668 Fecha: 18-IV-2023

Se ha dirigido a esta Contraloría General la Municipalidad de Valparaíso, solicitando un pronunciamiento relativo a la legalidad del artículo 3º de la “Ordenanza municipal de consulta indígena de la ciudad de Valparaíso”, que dispone, en síntesis, la obligatoriedad de los acuerdos derivados del procedimiento de consulta indígena.

Por otra parte, el director de control de la citada entidad edilicia informa de la representación que le efectuara al jefe comunal, en atención a la eventual ilegalidad del referido artículo 3º, por cuanto, estima que aquel le otorga a la consulta indígena un efecto que el ordenamiento jurídico no ha previsto, esto es, la obligatoriedad de su resultado.

Requerida al efecto, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena informó, en síntesis, que la única interpretación que guarda sentido con el respeto a los derechos de los pueblos originarios es aquella que entiende que los acuerdos que se alcanzan en el marco de un proceso de consulta indígena son vinculantes, siempre que ello respete el principio de legalidad y sea coherente con el objetivo de protección de derechos de los pueblos indígenas que mandata el Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Sobre el particular, cabe anotar, en primer término, 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.

Al respecto, la uniforme jurisprudencia de esta Entidad de Control, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 86.870, de 2014, 10.191, de 2018, y 32.877, de 2019, ha señalado que los municipios, en el ejercicio de la facultad para dictar ordenanzas, deben sujetarse de manera estricta al marco fijado por el ordenamiento jurídico para la respectiva materia, no pudiendo imponer menores o mayores exigencias que las previstas en las leyes y reglamentos pertinentes, conforme al principio de juridicidad.

Puntualizado lo anterior, es del caso señalar que 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

traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de tales organizaciones que reconoce esta ley.

Enseguida, 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.

A su turno, 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.

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.

Pues bien, 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.

Enseguida, 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.

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.

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.

Como se puede apreciar en la normativa expuesta, 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.

Asimismo, 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.

No obstante, 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, 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.

Ahora bien, en la especie, de conformidad con los antecedentes tenidos a la vista, consta que la “Ordenanza municipal de consulta indígena de la ciudad de Valparaíso” establece en su artículo 1°, Objeto, 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”.

Del tenor de la última de las disposiciones citadas, es posible desprender que en ella concurren dos hipótesis normativas distintas.

En efecto, 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.

En conclusión, esta Contraloría General 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.

Saluda atentamente a Ud.

JORGE BERMÚDEZ SOTO

Contralor General de la República

POR EL CUIDADO Y BUEN USO
DE LOS RECURSOS PÚBLICOS