

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 28 de abril de 2014 – Sesión 201

I.- Definición y fuentes normativas

El INDH ha sostenido que el establecimiento de procedimientos adecuados que garanticen la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones en asuntos susceptibles de afectarles directamente, representa un desafío para una institucionalidad estatal que concibe las relaciones con las identidades indígenas desde el desconocimiento o bien desde el paradigma de la integración y el asistencialismo, negando la circunstancia de estar ante sujetos a los que el derecho internacional les ha reconocido titularidad colectiva de derechos y que en los últimos decenios ha amparado sus demandas de participación y reconocimiento. Superar el modelo unilateral en la adopción de decisiones y garantizar a los pueblos indígenas el máximo control posible sobre su propio desarrollo económico, social y cultural¹ representa un imperativo jurídico, que requiere asumir como primera condición que hay una realidad multicultural y plurinacional que reclama reconocimiento y respeto².

El deber de consulta previa encuentra su fuente normativa en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo³, el que por su naturaleza de tratado internacional deviene en mandato obligatorio para el Estado parte. Igualmente se encuentra estipulado en otros instrumentos internacionales, que aun cuando no tienen naturaleza vinculante, expresan un consenso que hace parte de un *corpus iurus* integrado por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁴, el que ha sido fuente de interpretación y desarrollo jurisprudencial tanto por parte de los órganos de control de tratados, como de la Corte IDH.

El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya ha recordado que este deber se encuentra regulado también por otros instrumentos internacionales de

¹ CEACR. Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (núm. 169). ILC.100/III/1ª de 16 de febrero de 2011.

² INDH. Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 2013 – Sesión Extraordinaria 152. El Deber de consulta Previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental Pág. 1.

³ Decreto N° 236 Ministerio de Relaciones Exteriores. Publicado en el Diario Oficial el 14 de septiembre de 2008. Vigente desde el 15 de septiembre de 2009.

⁴ Resolución aprobada por la Asamblea General 107a. sesión plenaria 13 de septiembre de 2007.

carácter general de los que Chile es parte, entre los que se encuentran el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵. Específicamente respecto de Chile, el Comité de los Derechos del Niño⁶, el Comité de Derechos Humanos⁷, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial⁸, y el Consejo de Derechos Humanos en el Examen Periódico Universal⁹ han formulado un llamado al Estado a celebrar procesos de participación que consideren la consulta previa a los pueblos indígenas en todas aquellas materias de índole administrativa o legislativa susceptibles de afectarles directamente.

Esta obligación, se ha encarnado en otras realidades, cuyos ordenamientos jurídicos han avanzado en reconocer a nivel constitucional o legal el deber de consulta previa asentado en el principio de autodeterminación indígena en contextos de Estados unitarios¹⁰.

Satisfacer adecuadamente esta obligación, de acuerdo a los más recientes desarrollos jurisprudenciales a nivel internacional, no sólo tiene sus fuentes en el cuerpo de normas convencionales, sino que es igualmente estimado hoy un Principio General del Derecho Internacional¹¹.

De esta manera, desde la entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, pesa sobre el Estado de Chile la obligación de consultar a los pueblos indígenas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, a través de sus instituciones representativas, mediante un procedimiento realizado 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. La consulta siendo un derecho para los pueblos indígenas constituye una obligación para los Estados.

⁵ Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: "Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo", Chile. Noviembre de 2012. Párr. 23.

⁶ Comité de los Derechos del Niño. Observaciones finales, CRC/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007, párr. 62 (c).

⁷ Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales, CCPR/C/CHL/CO/5. 18 de mayo 2007, párr. 19 (c).

⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Observaciones finales, CERD/C/CHL/CO/15-18. 13 de agosto de 2009, párr. 16 y 22.

⁹ Examen Periódico Universal. Conclusiones y recomendaciones. A/HRC/12/10. 4 de junio de 2009, párr. 67.

¹⁰ En Bolivia, la Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados "mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan" (art. 30.II.15). La Constitución Política de Colombia establece en el parágrafo del artículo 330 que "[l]a explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades. La Constitución Política de Argentina (1994) En su art. 75.17 mandata como obligación del Congreso de la republica el "Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas" y "Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano;"

Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones".

¹¹ Corte IDH. Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku* Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr.164.

Este deber-derecho está recogido en el artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT, el que dispone que:

“Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) 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;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este 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”.

El derecho de consulta establecido en el Convenio 169, en clave de deber del Estado - poniendo énfasis en la exigencia estatal como requisito de validez para cualquier medida legislativa o administrativa susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas- constituye una pieza central dentro del tratado. Se enmarca dentro del derecho a la participación de los pueblos indígenas y forma parte de un diseño institucional encaminado a permitir a los pueblos indígenas a conservar su carácter diferenciado en esferas de decisión que van más allá de su ámbito de decisión autónoma¹². En palabras del actual Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, “[l]a consulta consiste en un diálogo de buena fe, libre de presiones o manipulaciones, por la cual las partes intentan y cooperan para llegar a una decisión consensuada”¹³. Ello supone un cambio en el paradigma de relacionamiento entre los Estados y los pueblos indígenas que asentado en el reconocimiento de derechos, coadyuva al entendimiento y la solución consensuada a eventuales conflictos.

El derecho de consulta que consagra el Convenio supone una garantía a la integridad del pueblo o comunidad indígena y encuentra su justificación en los esfuerzos de esos colectivos por redefinir sus términos de relación con otros grupos humanos¹⁴. Por lo mismo constituye una norma “primordial” del tratado, junto con los derechos a decidir sus propias

¹² Anaya, James. Los pueblos indígenas en el derecho internacional, Madrid. Trotta, 2005, pág. 232.

¹³ Anaya, James. La norma de consulta previa. Introducción peritaje ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Sarayaku. 7 de julio de 2011. Consultado en <http://unsr.jamesanaya.org/esp/declaraciones/la-norma-de-consulta-previa-introduccion-a-peritaje-ante-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-caso-sarayaku>

¹⁴ Cfr. Anaya, James. Los pueblos indígenas..., op. citada supra, pág. 148. Anaya, analizando el concepto de pueblo y autodeterminación, señala que la idea de pueblo no se agota en la estatalidad. Identificar ambos conceptos sería muy reductivo además de anacrónico. Para él “los retos planteados por la existencia de grupos diferenciados dentro de las estructuras de poder más amplias no son tanto demandas de autonomía absoluta como esfuerzos por mantener la integridad del grupo, así como replantear los términos del proceso de integración o de reorientar la dirección de éste”.

prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural (autogobierno)¹⁵.

La OIT, a través de sus Comités encargados de examinar las reclamaciones por incumplimiento del Convenio, ha destacado que el espíritu de la consulta y la participación constituyen la piedra de toque o angular del Convenio en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo¹⁶.

Este deber, se asienta en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, confiriéndoles a los mismos un papel central en la decisión sobre las medidas estatales susceptibles de afectarles directamente. Como ha dicho el actual Relator de la ONU sobre la materia, Jame Anaya, “(...) el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas y los principios conexos han surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia. Al mismo tiempo, los principios de consulta y consentimiento no confieren a los pueblos indígenas un derecho a imponer unilateralmente su voluntad a los Estados que actúan legítimamente y de buena fe en bien del interés del público. Los principios de consulta y consentimiento están más bien encaminados a evitar que se imponga la voluntad de una parte sobre la otra y a que, en lugar de ello, se procure llegar a un entendimiento mutuo y adoptar decisiones por consenso”¹⁷.

La consulta, junto con la participación, también han sido reconocidos como derechos en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁸. En el artículo 18 del instrumento se prescribe que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de

¹⁵ OIT. Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. Disponible en la Web: <http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/conten.htm>. Según Juan Manuel Salgado el derecho de consulta sería una expresión del derecho a la participación que estaría consagrada en el Convenio bajo diferentes modalidades. Según su clasificación la participación indígena se exige de “manera general” en el tratado bajo los artículo 2.1, 5.c, 6.1.b, 7.1, 7.2, 15.1, 22.2, 23.1 y 27.2; en la modalidad de la “consulta” --que constituye el umbral mínimo de satisfacción del derecho por cuanto las otras modalidades establecen modos más intensos de control—bajo los artículos 6.1.a, 6.2, 15.2, 17.2 y 28.1; en la variante de la “cooperación” bajo los artículos 5.c, 7.2, 7.3, 7.4, 20.1, 22.3, 25, 27.1 y 33.2; en la modalidad del “control” bajo el artículo 7.1; del “consentimiento libre e informado” en los artículos 4.2, 16.1 y 16.4; en la forma del “requerimiento” bajo los artículos 16.4, 22.3, 23.2; en el modo de “autogestión” en los artículos 25.1 y 27.3; y, por último, bajo la modalidad de “decisión” en el 7.1 (que en rigor constituye una forma directa de autogobierno en su ámbito propio). Cfr. Salgado, Juan Manuel, Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas, Comentado y Anotado. Comahue: Universidad Nacional de Comahue, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2006, pág. 95 y 96.

¹⁶ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Dinamarca del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Nacional de Sindicatos de Groenlandia (*Sulinermik Inuussutissarsiat Katuffiat* SIK). También, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) [en línea]. Organización Internacional del Trabajo [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm>

¹⁷ Anaya, James. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo [en línea]. Consejo de Derechos Humanos, ONU. A/HRC/12/34 15 de julio de 2009 [ref. 4 de abril de 2010]. Disponible en la web: http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf

¹⁸ Resolución Asamblea General de Naciones Unidas A/61/295, adoptada en la 107 sesión plenaria y distribuida con fecha 2 de octubre de 2007.

decisiones”. Así también su artículo 19 establece que “[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”. Asimismo, su artículo 30 señala que los Estados “[c]elebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

A nivel del sistema interamericano de derechos humanos el derecho a la participación de los pueblos indígenas, ha sido concebido tanto por la Comisión como por la Corte Interamericana, como parte comprensiva del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que preceptúa el derecho a la participación política. Lo señaló la Corte en el Caso *Yatamana vs. Nicaragua*¹⁹ y recientemente lo reiteró la Comisión IDH al sostener que “[e]n el contexto de los pueblos indígenas, el derecho a la participación política incluye el derecho a participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos (...) desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”²⁰.

La Comisión IDH, ha reafirmado que “[e]l derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre las decisiones que pueden afectarlos se relaciona directamente con el derecho a la identidad cultural, en la medida en que la cultura puede resultar afectada por tales decisiones. El Estado debe respetar, proteger y promover las tradiciones y costumbre de los pueblos indígenas y tribales, por ser éstas un componente intrínseco de la identidad cultural de las personas que conforman tales pueblos. La obligación estatal de desarrollar procesos de consulta respecto de decisiones que afecten al territorio se vincula directamente, así, a la obligación estatal de adoptar medidas especiales para proteger el derecho a la identidad cultural, basado en una forma de vida intrínsecamente ligada al territorio”²¹.

También el sistema interamericano ha reconocido el derecho de consulta como garantía del derecho de propiedad indígena y como elemento indispensable para su supervivencia grupal. Lo ha sostenido la Corte IDH en relación a la obligación de delimitar, demarcar y titular los territorios de propiedad comunal. Así, en los casos de la Comunidad indígena *Yakye Axa Vs. Paraguay*²², caso Comunidad Indígena *Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*²³ y caso Pueblo *Saramaka Vs. Surinam*²⁴, la Corte ha sostenido uniformemente que la consulta

¹⁹ Corte IDH, Caso *Yatama Vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N° 127, párr.225

²⁰ Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr. 274

²¹ Idem. Párr. 276

²² Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N° 125, párr.51

²³ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146, párr.. 135

²⁴ Corte IDH. Caso del Pueblo *Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 serie C N° 185, párr. 16

previa a la delimitación, y, en su caso, elección y entrega de tierras alternativas, no puede quedar entregada “[a] criterios meramente discrecionales del Estado, [sino que] deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio N° 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derechos consuetudinario”²⁵.

La Corte IDH, por último ha señalado que la consulta previa no sólo constituye un deber convencional, sino que es también un principio general del Derecho Internacional²⁶.

En el ámbito interamericano, al desarrollo jurisprudencial se suma el esfuerzo de los Estados miembros de la OEA por consensuar una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que incluye la obligación de facilitar “la inclusión en sus estructuras organizativas, de instituciones y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas, en consulta y con el consentimiento de dichos pueblos”. Agregándose que “[l]as instituciones relevantes de cada Estado que sirvan a los pueblos indígenas, serán diseñadas en consulta y con la participación de los pueblos interesados para reforzar y promover la identidad, cultura, tradiciones, organización y valores de esos pueblos”²⁷.

Por su parte, los órganos de control de tratados interpretando los instrumentos internacionales sujetos a su vigilancia han igualmente instado a los Estados Partes a realizar consultas con los pueblos indígenas susceptibles de verse afectados con medidas de carácter administrativo o legislativo. Así el Comité de Derechos Humanos²⁸ ha formulado recomendaciones precisas en orden a realizar consulta previa en relación a la concesión de licencias de explotación en territorios indígenas; del mismo tenor son las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño²⁹ que ha recomendado al Estado a velar por que el programa intercultural bilingüe para los pueblos indígenas, se expanda y que en este punto “mantenga consultas con las comunidades indígenas a fin de evaluar ese programa”. Por su parte el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial que vigila el cumplimiento de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en relación al reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas llama al Estado a llevar a cabo este proceso mediante “(...) una consulta efectiva con todos los pueblos indígenas, de conformidad con la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y con el Convenio N.º 169 de la OIT”³⁰, y que adopte las medidas efectivas y necesarias para que los pueblos indígenas participen “[e]n todas las áreas, incluyendo proyectos legislativos, que pudieran afectar sus derechos”³¹.

²⁵ Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr. 280.

²⁶ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku* Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Fondo y Reparaciones. Párr. 164.

²⁷ Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Consejo Permanente de la OEA/ Ser.K / XVI. OEA. GT/DADIN/doc.407/11 rev. 1. 27 de abril de 2011. Art. XVII.

²⁸ Comité de Derechos Humanos CCPR/C/CHL/CO/5. 17 Abril 2007 párr. 19 literal c.

²⁹ Observaciones Finales, CRC/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007, párr. 62.33

³⁰ Comité para la Eliminación Racial. Observaciones Finales. CERD/C/CHL/CO/15-18. 7 de septiembre de 2009. Párr. 16

³¹ Comité para la Eliminación Racial. Observaciones Finales. CERD/C/CHL/CO/15-18. 7 de septiembre de 2009. Párr. 16

En la misma línea de los órganos de control de tratados, en el Examen Periódico Universal (2009), se formularon recomendaciones al Estado de Chile por numerosos países, los que exhortan al Estado a realizar procedimientos de consulta adecuados sujetos a lo que establecen los estándares internacionales en la materia³².

Por su parte, el Relator Especial, James Anaya, sobre su visita de trabajo a Chile realizada del 5 a 9 de abril de 2009, reiteró que “(...) debido a la importancia central que tiene el deber estatal de consultar a los pueblos indígenas para el goce de otros derechos humanos por parte de dichos pueblos, en particular los derechos de participación y derechos sobre las tierras y recursos naturales, el Relator Especial observa que el desarrollo de un procedimiento efectivo de consulta, de acuerdo a los estándares internacionales obligatorios para el Estado, es uno de los principales desafíos a enfrentar en Chile. A este respecto, el Relator Especial enfatiza que un aspecto fundamental del Convenio N° 169 de la OIT es la obligación de los gobiernos de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos”³³, y que en materia de institucionalización del mecanismo de consulta, se debía llevar a cabo “una consulta sobre la consulta” para determinar el procedimiento estable y definitivo, de conformidad a los estándares internacionales en esta materia³⁴. El Estado ha asumido este llamado y ha realizado esfuerzos en esta dirección, los que se han plasmado en el Decreto Núm. 66 del Ministerio de Desarrollo Social, que aprueba el 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, que entró en vigencia el 4 de marzo del año 2014.

³² Examen Periódico Universal Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Chile. A/HRC/12/10. 4 de junio de 2009 Párr. 21. Noruega acogió con satisfacción la reciente ratificación del Convenio N° 169 de la OIT y preguntó sobre su grado de aplicación práctica. Recomendó a Chile que: a) intensificara la labor para mejorar la situación de su población indígena. 29. México recomendó que: b) se pusieran en práctica los principios de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y se aplicara en su integridad el recientemente ratificado Convenio N° 169 de la OIT, en particular asegurando la participación de los pueblos indígenas en la esfera política, y se procediera a la demarcación y titularización de las tierras a que se hacía referencia en el informe nacional; 30. Dinamarca recomendó a Chile que: a) adoptara todas las medidas necesarias para aplicar el Convenio N° 169 de la OIT en todos sus aspectos. Solicitó información sobre el proceso de reconocimiento constitucional de las poblaciones indígenas y recomendó que: b) se procediera al reconocimiento en un plazo razonable, sin omitir las consultas a las que se había referido la exposición. También recomendó que: c) se celebraran consultas efectivas y amplias con las comunidades indígenas antes de conceder licencias para la explotación económica de las tierras en litigio, cosa que había recomendado el Comité de Derechos Humanos en 2007.33. Austria recomendó a Chile que: a) intensificara los esfuerzos para demarcar y restituir tierras y consultara sistemáticamente con los indígenas antes de conceder licencias de explotación económica; b) promulgara nueva legislación para seguir fortaleciendo los derechos de los pueblos indígenas. 34. Nueva Zelanda recomendó a Chile que: a) velara por que los grupos indígenas tuvieran la posibilidad de expresar sus opiniones y acceder a los procesos políticos y de decisión pertinentes, así como el apoyo necesario para poder participar de modo significativo en la resolución de las cuestiones que les concernían; 37. Finlandia recomendó a Chile que: b) promoviera un diálogo constructivo entre las autoridades y los indígenas y sus organizaciones. Chile debía promover la participación de los indígenas en la formulación y aplicación de las leyes y los programas que los afectarían y asignar recursos a ese fin.63. Bolivia (Estado Plurinacional de) Recomendó a Chile que: a) considerara la posibilidad de promover una participación más efectiva de los pueblos indígenas en las decisiones políticas. 64. Guatemala recomendó que: a) en consulta con los pueblos indígenas, se siguiera atendiendo a la cuestión de los derechos de los pueblos indígenas por medio de la aplicación del Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

³³ A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Adición: La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Párr. 10.

³⁴ A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Adición: La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Párr. 11

Adicionalmente se cuenta actualmente con el Decreto Núm., 40 del Ministerio del Medio Ambiente que aprueba el Reglamento de Evaluación del Sistema de Impacto Ambiental.

A nivel de la jurisprudencia comparada, el derecho a la consulta ha sido caracterizado por la Corte Constitucional de Colombia como un verdadero derecho fundamental para los pueblos indígenas. Esta alta Corte, ha señalado a propósito de la explotación de recursos naturales dentro una comunidad indígena que “[I]a participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”³⁵. De ahí que “[I]a participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados (...), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades”³⁶.

II.- El Deber de Consulta en la experiencia de algunos países de América Latina

A nivel latinoamericano son varios los países que han desarrollado y consagrado el deber de consulta a nivel constitucional o legal, ya sea de manera genérica como un derecho autónomo respecto de toda medida susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas o como requisito previo y obligatorio respecto de concesiones.

En el primer de los casos, se puede citar la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (febrero 2009), la que establece que la consulta previa hace parte del ejercicio de las formas de participación democrática, directa y participativa, dejando entregada a la ley la regulación del ejercicio de dicha facultad (art. 11.II.1). Específicamente en relación al

³⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-383/03 [en línea]. Rama Judicial, República de Colombia [ref. 4 de abril de 2009]. Disponible en la Web: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jei/admin/sentencia/docs/SU%20383-03.doc. El derecho de consulta para esa Corte "tiene un reforzamiento en el Convenio número 169 (...) el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos (...) [tratado que] integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación". En un sentido que describe la funcionalidad del derecho a consulta, la misma Corte ha dicho que "la consulta previa es el mecanismo que permite ponderar los intereses de los pueblos indígenas y tribales en conflicto con intereses colectivos de mayor amplitud, a fin de poder establecer cuál de ellos posee una legitimación mayor". Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-039/97 [en línea]. Rama Judicial, República de Colombia [ref. 4 de abril de 2009]. Disponible en la Web: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jei/admin/sentencia/docs/SU039-97.doc

³⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-383/03 [en línea]. Rama Judicial, República de Colombia [ref. 4 de abril de 2009]. Disponible en la Web: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jei/admin/sentencia/docs/SU%20383-03.doc. El derecho de consulta para esa Corte "tiene un reforzamiento en el Convenio número 169 (...) el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos (...) [tratado que] integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación". En un sentido que describe la funcionalidad del derecho a consulta, la misma Corte ha dicho que "la consulta previa es el mecanismo que permite ponderar los intereses de los pueblos indígenas y tribales en conflicto con intereses colectivos de mayor amplitud, a fin de poder establecer cuál de ellos posee una legitimación mayor". Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-039/97 [en línea]. Rama Judicial, República de Colombia [ref. 4 de abril de 2009]. Disponible en la Web: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jei/admin/sentencia/docs/SU039-97.doc

derecho a la consulta indígena se estipula que las “naciones y pueblos indígenas” de conformidad a la Constitución Política tienen derecho, a “[s]er consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan” (art. 30. II. 15).

El Estado de Ecuador reconoce a las comunidades y pueblos indígenas un conjunto de derechos colectivos garantizados en “[l]os pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos” (art 57), entre los cuales se señala expresamente la obligación de realizar “[c]onsulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna” (art. 57.7). Igualmente estipula el derecho a participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado (art. 57. 16.), y a “ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos” (art. 57.17).

La Constitución Política de la República Federativa de Brasil (1988), destina el Capítulo VII (arts. 231 y 232) a los derechos de los pueblos indígenas reconociéndoles su organización social, costumbres, lenguas creencias, tradiciones y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, “correspondiendo a la Unión demarcarlas, protegerlas y hacer que se respeten todos sus bienes” (art. 231). Expresión de estos derechos y específicamente en relación a la explotación e instalación de proyectos de inversión en tierras indígenas, incluida el aprovechamiento de recursos hídricos, se estipula que estos pueden proceder sólo previa autorización del Congreso Nacional “[o]ídas las comunidades afectadas” (art. 231 N° 3).

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (2010) estipula que: “La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos”. (Art 2 B) Señalando que para superar las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de: “consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen” (art. 2 B IX).

En la experiencia comparada es posible advertir el derecho a consulta referidas a materias específicas. Ejemplos de legislaciones que regulan este derecho de consulta son: el

“Reglamento de Consulta de Actividades Hidrocarburíferas” en Ecuador³⁷ y en Bolivia el “Reglamento de consulta y participación para actividades hidrocarburíferas”³⁸. Esta última normativa se funda en la normativa del Convenio 169 y en la Ley de Hidrocarburos boliviano, que establece el derecho y deber de consulta a favor de los pueblos indígenas y comunidades campesinas. El reglamento rige para los casos en que “[s]e pretenda desarrollar actividades hidrocarburíferas en sus tierras comunitarias de origen, propiedades comunitarias y tierras de ocupación y acceso”³⁹.

La autoridad competente responsable de la ejecución del proceso de consulta y participación es la autoridad estatal y las decisiones resultantes del proceso de consulta y participación, adoptadas en acuerdo conjunto entre las autoridades estatales y las comunidades campesinas y pueblos indígenas deben ser respetadas y consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de la actividad hidrocarburífera objeto de la consulta⁴⁰. En el caso de que la consulta “tenga un resultado negativo” la ley faculta al Estado a “promover un proceso de conciliación en el mejor interés nacional”⁴¹.

³⁷ Para un análisis crítico de esa legislación, ver, Figueroa, Isabela, “Pueblos indígenas versus petroleras: control constitucional en la resistencia”, en Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos, N° 4 [en línea]. Sur – Red Universitaria de Derechos Humanos [ref. 4 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.surjournal.org/esp/index4.php>

³⁸ Cfr. YPF, Decreto Supremo N° 29033 de 16 de febrero de 2007, Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarburíferas [en línea]. Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.derechoteca.com/gacetabolivia/edicion-especial-97-del-24-abril-2007-decreto-supremo-29033.htm>

³⁹ La legislación boliviana en esta materia establece dos fases de la consulta y participación. La primera fase consiste en una “consulta para la licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de las medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos” y que tiene por objeto “hacer conocer y contar con un criterio de las organizaciones susceptibles de ser afectadas que considere los niveles local, regional, departamental y nacional respetando, territorialidad, usos y costumbres, sobre aspectos generales de la actividad, obra o proyecto hidrocarburífero tales como: los alcances, posibles impactos socio ambientales positivos y negativos y las posibles afectaciones a los derechos colectivos de los [pueblos indígenas y comunidades campesina], tomando como base la información de actividades, obras o proyectos, presentada por la AC e YPF [autoridad estatal competente y la empresa petrolera estatal, Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos] cuando participe en el ámbito de aplicación de este reglamento, a las instancias representativas de las organizaciones”. La segunda fase de la consulta debe ser previa a la aprobación de los estudios de evaluación de impacto ambiental del proyecto hidrocarburífero y se desarrolla cumpliendo el cronograma de actividades establecido en el acta de entendimiento suscrita previamente entre las partes. Las observaciones, sugerencias, complementaciones y recomendaciones concertadas, emergentes de la aplicación del proceso de consulta en el segundo momento, deben ser consideradas como criterios fundamentales para la elaboración y aprobación del Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental.

El reglamento señala que el proceso de consulta estará viciado de nulidad en caso de incumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en él y en particular en el caso de que “d) [l]a firma del convenio de validación de acuerdos, que fuere logrado por presión, amedrentamiento, soborno, chantaje o violencia y no cuente con el acuerdo mutuo emergente del proceso de consulta y de participación, comprobados por la vía correspondiente”. Cfr. Ibid.

⁴⁰ En el caso ecuatoriano se distingue entre la consulta pre - licitatoria, la cual debe deber ser auspiciada y ejecutada por el organismo estatal encargado de llevar a cabo las licitaciones, y la consulta previa de ejecución, que la realiza la misma empresa que ejecute la actividad hidrocarburífera. Cfr. Reglamento de Consulta de Actividades Hidrocarburíferas [en línea, ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/default/files/ecu-reglaconsultaactividadeshidrocarbur%C3%ADferas.doc

⁴¹ Cfr. Ley de Hidrocarburos, artículo 116 [en línea]. Ministerio de Hidrocarburos y Energía [ref. 4 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.hidrocarburos.gov.bo/Hidrocarburos/Documentos/Ley%20203058.pdf>

III.- El Derecho a la Consulta para el Tribunal Constitucional Chileno

Con ocasión del requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio N° 169, formulado por 31 diputados, el Tribunal Constitucional -TC- ejerciendo control de constitucionalidad se pronunció sobre la naturaleza jurídica del derecho a la consulta previa.

El TC recordó en aquella oportunidad que en los tratados internacionales es posible distinguir, para los efectos de su aplicación en el orden interno entre aquellas cláusulas del instrumento denominadas “*self executing*”, de las llamadas “*non self executing*”, siendo las primeras autoejecutables, es decir, aquellas que “(...) tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente”⁴². Luego, estas normas, al ser ‘autoejecutables’, no requieren de una actividad posterior para su incorporación como fuente de derecho en el ordenamiento interno.

Estas normas de naturaleza autoejecutables, se distinguen de aquellas otras que, para su incorporación y entrada en vigencia en el derecho interno, precisan de actos formales de la potestad pública que las hagan aplicables, mediante la dictación de leyes, reglamentos o decretos (*non self executing*). “En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva”⁴³.

En relación al artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, que consagra el derecho a consulta previa, el Tribunal Constitucional sostuvo que por su precisión, así como por su mandato perentorio constituía una norma de aplicación directa o autoejecutable⁴⁴. Más aún, el Tribunal razona que dicha cláusula viene, en lo que respecta a la tramitación de leyes cuyas materias sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, a modificar la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, “(...) ya sea, por la vía de introducir una norma nueva que deberá observarse en la tramitación interna de la ley, ya sea, según algunos por estar convirtiendo en obligatorio para las comisiones legislativas, en cuanto a este punto se refiere, una atribución enteramente facultativa que las referidas comisiones puedan o no ejercer, según su leal saber y entender”⁴⁵.

El Tribunal Constitucional, al examinar las normas relativas a la consulta contenidas en el Convenio 169 de la OIT declaró su constitucionalidad formal y de fondo, y que ellas se encontraban en plena armonía con el ordenamiento chileno, señalando finalmente que “[l]os derechos de los pueblos indígenas de participación y de ser consultados, en las materias que le conciernen, no configurarían, por cierto, un estatuto de poderes o potestades públicas”⁴⁶. El Tribunal Constitucional en este pronunciamiento destacó la singularidad

⁴² Ídem, Considerando 48

⁴³ Ídem, Considerando 48

⁴⁴ Sentencia Tribunal Constitucional, ROL N° 309 de 4 de agosto de 2000. Considerando 7

⁴⁵ Ibídem.

⁴⁶ Sentencia de Tribunal Constitucional, ROL N° 309 de 4 de agosto de 2000. Considerando 46. A una conclusión similar llegó el Tribunal Constitucional en la Sentencia Rol 1050 “De igual modo, al establecer una participación consultiva obligatoria no vinculante “en los actos de gobierno”, expresión que debe entenderse en un sentido amplio, como sinónimo de ejercicio de potestad pública no jurisdiccional, puede alterar procedimientos administrativos, hacer obligatorio consultar ciertas materias a los consejos regionales y contemplar modos de participación en el ámbito municipal, lo que es

jurídica del derecho a la consulta indígena. En efecto, el TC señaló que, “[l]a argumentación del Presidente de la República en orden a que este tipo de consultas ya se encuentra establecido en nuestra legislación, citando en abono de sus tesis los artículo 34, 39, letra J), y 48, de la Ley Indígena, no es compartida por este Tribunal, habida consideración de la diferencia esencial que tiene la consulta a que se refiere el artículo 6°, N° 1°, letra a), de la Convención (sic) N° 169, con aquellas otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo. Para demostrarlo baste señalar que si bien la respuesta a la consulta a que se refiere el tratado no tiene un carácter vinculante strictu sensu si tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el N° 2° del mismo artículo 6°”⁴⁷.

Posteriormente el TC tuvo ocasión de revisar nuevamente la constitucionalidad del Convenio N° 169 de la OIT⁴⁸, en esta nueva oportunidad fijó en similares términos el contenido y alcance del deber de consulta previa, señalando que dicha facultad no puede concebirse como el ejercicio de soberanía de los pueblos indígenas⁴⁹. En este marco de análisis señaló además que el ejercicio de la consulta previa no entraña una negociación de naturaleza obligatoria, sino que “[c]onstituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece”⁵⁰.

Con posterioridad a estas resoluciones, en tres oportunidades más el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del Convenio 169 de la OIT y específicamente al deber de consulta previa, libre e informada. El primero de estos pronunciamientos corresponde a un requerimiento por cuestión de constitucionalidad sobre el Convenio Internacional para la Protección de Obtención Vegetales -Convenio UPOV-91⁵¹; El segundo fallo está referido al control de constitucionalidad de la llamada Ley de Pesca⁵²; y finalmente un pronunciamiento en relación al requerimiento formulado contra el Reglamento del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)⁵³.

materia de las leyes orgánicas constitucionales N°s. 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, 19.175, sobre Gobierno y Administración Regional, y 18.695, de Municipalidades, respectivamente”

⁴⁷ Sentencia Tribunal Constitucional, ROL N° 309 de 4 de agosto de 2000. Considerando 6

⁴⁸ Sentencia Rol 1050 de 03 de marzo de 2008 Control de constitucionalidad.

⁴⁹ Sentencia Rol 1050 de 03 de marzo de 2008 Control de constitucionalidad. Considerando décimo tercero.

⁵⁰ Sentencia Rol 1050 de 03 de marzo de 2008 Control de constitucionalidad. Considerando décimo cuarto.

⁵¹ Tribunal Constitucional. Sentencia de 24 de junio de 2011. ROL N° 1988-11-CPT. Con fecha 20 de mayo de 2011, 17 Senadores de la República deducen requerimiento por cuestión de constitucionalidad en contra del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales, el que fue aprobado por la Cámara de Diputados con fecha 07 de mayo de 2009 y por el Senado el 11 de mayo de 2011.

⁵² Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el ROL 2387-12-CPT y 2388-12-CPT de 23 de enero de 2013. Requerimiento de inconstitucionalidad de ciertas normas del proyecto de ley que modifica, en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la Ley N° 18.892 y sus modificaciones Comparecen 11 senadores de la República y 45 diputados. Entre los fundamentos en los que se apoya el requerimiento deducido está en que el proyecto de ley requerido, deviene en inconstitucional por infracción a los artículos 6 y 7 de la Constitución, al no haberse dado cumplimiento, durante su formación, a normas internacionales del convenio 169 de la OIT.

⁵³ Tribunal Constitucional. Sentencia de 30 de septiembre de 2013. ROL N° 2523-13-CDS. El 11 de septiembre de 2013 32 diputados de la República, dedujeron requerimiento de inconstitucionalidad respecto del Decreto Supremo N° 40 del Ministerio de Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Publicado en el DO. El 12 de agosto de 2013).

En estos pronunciamientos, el TC morigeró las consecuencias que se derivan de la declaración del carácter auto ejecutable de las normas sobre consulta previa y participación indígena contenidas en los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT, respectivamente. Como se ha señalado, primero dijo que no se requería de modificación normativa en atención precisamente a la naturaleza auto ejecutable de dichas normas. Sin embargo, posteriormente sostuvo que la obligación de consultar, para su adecuada implantación, requería de modificaciones a diversas leyes de carácter orgánico constitucional, advirtiendo que dichas modificaciones normativas no se habían llevado a cabo, llamando a los diversos poderes del Estado a realizarlas. En esa oportunidad (2011), el TC señaló que: [e]sta Magistratura estima que dado el carácter flexible de las normas de dicho tratado, (...), corresponde al Gobierno, al Congreso Nacional y a los Municipios y demás órganos autónomos del Estado establecer los mecanismos apropiados para realizar las consultas debidas y fijar, hasta donde sea posible, los criterios con el propósito de determinar si una medida administrativa o legislativa afecta o no directamente o no a los pueblos originarios (...),⁵⁴.

Ante un nuevo requerimiento, el TC advirtió que “[t]ranscurridos cuatro años desde la entrada en vigor del Convenio, la circunstancia de verse esta Magistratura en la necesidad de resolver nuevos requerimientos parlamentarios sobre esta materia, es demostrativa de la necesidad de que no se dilate, por parte del Congreso Nacional, regular apropiadamente este procedimiento de consulta”⁵⁵. Para el tribunal, a pesar del carácter auto ejecutable de la norma, se requiere desarrollar normativa interna para la adecuada implementación de la norma convencional⁵⁶.

Más aun, para el TC en la necesidad de llenar este vacío normativo, correspondería al Poder Legislativo el “[d]efinir las autoridades u organismos representativos de las etnias originarias con derecho a participar en la consulta; la oportunidad y forma de participación en los procesos legislativos pertinentes, de modo libre, informado y no coaccionado, además de fijar el procedimiento. Sólo en esas condiciones este tribunal Constitucional estará en situación de controlar si, efectivamente, se han creado condiciones de participación igualitaria para los pueblos indígenas, que equilibren sus oportunidades y propendan a un desarrollo equitativo, franqueando un especial derecho de consulta y participación operativo, que no es sino emanación de la garantía de la igualdad de trato ante la ley, en cuanto importa una medida de discriminación positiva tendiente a corregir, eventualmente, determinadas situaciones disminuidas, en línea con los instrumentos internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas y no discriminación racial (...),⁵⁷. De esta manera, reiteró la “[n]ecesidad urgente de regular el procedimiento (...),⁵⁸.

⁵⁴ Tribunal Constitucional. Sentencia de 24 de junio de 2011 en los autos ROL N° 1988-11-CPT Considerando décimo noveno.

⁵⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el ROL 2387-12-CPT y 2388-12-CPT de 23 de enero de 2013. Considerando vigésimo segundo.

⁵⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el ROL 2387-12-CPT y 2388-12-CPT de 23 de enero de 2013. Párr. vigésimo cuarto.

⁵⁷ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el ROL 2387-12-CPT y 2388-12-CPT de 23 de enero de 2013. Considerando vigésimo tercero.

⁵⁸ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el ROL 2387-12-CPT y 2388-12-CPT de 23 de enero de 2013. vigésimo cuarto.

Por último, ante un nuevo requerimiento (septiembre de 2013), esta vez en contra del Decreto Supremo N° 40 del Ministerio de Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el TC declara inadmisibile el recurso deducido, al mismo tiempo que sostiene, reiterando una jurisprudencia asentada, que las normas del Convenio 169 son infra constitucionales⁵⁹ y que la consulta previa contenida en el Convenio 169 es diversa de aquella “[p]revista en la Ley Indígena; que no implica ejercicio de la soberanía; que no importa una negociación obligatoria sino una forma de recabar opinión; que no tiene carácter vinculante ni afecta las atribuciones privativas de las autoridades constitucionales (...)”⁶⁰. Reitera a los órganos colegisladores la ‘necesidad urgente’ de regular el procedimiento de consulta⁶¹.

IV.- El derecho a la consulta previa a la luz de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia

Los tribunales superiores de justicia desde la entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, han debido pronunciarse sobre el derecho a la consulta previa y el deber correlativo de los órganos del Estado de llevarla a cabo, fundamentalmente por alegaciones sostenidas por personas indígenas o representantes de sus comunidades, por estimar que no han sido debidamente consultadas conforme a los estándares impuestos por el Convenio y demás normas pertinentes del derecho internacional, en relación a proyectos de inversión en sus tierras y territorios.

En esta materia, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha sido vacilante, no obstante es posible advertir un creciente reconocimiento a la especial naturaleza jurídica de la consulta previa, libre e informada. De esta manera, el máximo tribunal ha venido asentado en los últimos fallos (desde 2011) el principio conforme al cual, cada vez que un proyecto de inversión sea susceptible de afectar directamente los intereses de estos colectivos humanos, se requerirá de un Estudio de Impacto Ambiental (no de una Declaración) y adicionalmente que la consulta en el marco de dicho Estudio deba ajustarse al estándar estipulado en el Convenio 169 de la OIT⁶².

En un principio la Corte Suprema sostuvo que no existía una especial fisionomía jurídica, y por lo tanto, no existía diferencia entre la consulta previa a los pueblos indígenas preceptuada en el Convenio 169 y los mecanismos de participación ciudadana estatuida en la ley General de Bases del Medio Ambiente.

⁵⁹ Tribunal Constitucional. Sentencia de 30 de septiembre de 2013. ROL N° 2523-13-CDS. Considerando undécimo y décimo séptimo. Antes a propósito del Convenio 169 de la OIT esta magistratura señaló este instrumento de derechos humanos, no tiene rango constitucional y no es parámetro de control de constitucionalidad y “que el conflicto planteado es de mera legalidad y que es propio de los jueces de fondo” Descartando además el bloque de constitucionalidad. Cfr.: Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el ROL 2387-12-CPT y 2388-12-CPT de 23 de enero de 2013. Pág. 12 y 15.

⁶⁰ Tribunal Constitucional. Sentencia de 30 de septiembre de 2013. ROL N° 2523-13-CDS. Considerando vigésimo primero.

⁶¹ Tribunal Constitucional. Sentencia de 30 de septiembre de 2013. ROL N° 2523-13-CDS. Considerando vigésimo tercero.

⁶² Corte Suprema. ROL 259-201. 13 de julio de 2011. Caso San Pedro de Atacama.

De esta manera, al revisar el proyecto del sistema de conducción y descarga al mar de efluentes tratados de la Planta Valdivia de la empresa Celulosa Arauco, el máximo tribunal fue de la opinión que la obligación de consulta establecida en el art. 6 del Convenio 169, se satisfacía y aún más se encontraba consagrada en la Ley de Bases de Medio Ambiente N° 19.300 y su Reglamento⁶³. Agregando que “(...) el procedimiento de participación ciudadana en los proyectos sometidos a estudio de impacto ambiental previsto en el artículo 26 de la Ley 19.300- es el mecanismo a través del cual se lleva a efecto el deber de consulta a que obliga el Convenio 169, cuyo texto y principios que lo informan resultan plenamente compatibles y alcanzan eficacia con la normativa ambiental vigente”⁶⁴.

Por su parte la Corte de Apelaciones de Santiago⁶⁵ (31 de enero 2011), al analizar el Anteproyecto Referencial Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía sostuvo, en línea con lo resuelto por la Corte Suprema que el deber de consulta establecido en el Convenio se garantiza plenamente mediante la aplicación del mecanismo de participación ciudadana contemplado en la Ley de Bases de Medio Ambiente al sentenciar que “[e]l deber general de consultar a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento, incorporado a dicha legislación ambiental, a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen, satisface –en este caso por los antecedentes ya expuestos- la exigencia del Convenio N° 169”⁶⁶.

La Corte Suprema en consonancia con esta jurisprudencia⁶⁷ declaró la legalidad del proyecto de Exploración Minera Cataneve, que el Corema de Arica calificó favorablemente sin realizar el proceso de consulta previa de conformidad a los estándares impuestos por el Convenio N° 169 de la OIT. El Ministro Haroldo Brito, disintiendo de la mayoría de la Sala, advirtió que: “[i]nformar no constituye un acto de consulta, porque cuando sólo se entregan antecedentes quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión. Por ello es que este diálogo ha de tenerse de buena fe, con la intención de alcanzar un acuerdo, de abandonar posiciones propias con el propósito de lograr otras, que surjan consensuadas (...)”⁶⁸. Lo más importante de este voto disidente, es que fijó, en lo que posteriormente se ha transformado en un criterio jurisprudencial ampliamente utilizado, el estándar conforme el cual, no realizar la consulta previa, libre e informada de acuerdo al mandato del Convenio 169 de la OIT, “[t]orna arbitraria la decisión y lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio previene, niega trato de

⁶³ Sentencia ROL 4078-2010 Considerando 7

⁶⁴ Ídem, Considerando 11

⁶⁵ Sentencia recaída en el Recurso de Protección Rol 1794-10 caratulado Alcmán y otros c/ Ministerio de Obras Públicas. 31 de enero de 2011.

⁶⁶ Sentencia recaída en el Recurso de Protección Rol 1794-10 caratulado Alcmán y otros c/ Ministerio de Obras Públicas. 31 de enero de 2011.

⁶⁷ Corte Suprema Sentencia recaída en el recurso de protección de garantías constitucionales, Rol 2262/2011, de 16 de Junio de 2011.

⁶⁸ Prevención de minoría Ministro Haroldo Brito Corte Suprema ROL 2262/2011. Considerando 2°. Resulta particularmente interesante la reflexión del ministro disidente al sostener que “Tal carencia (la no consulta de conformidad a lo establecido en el instrumento internacional) torna arbitraria la decisión y lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio previene, niega trato de iguales a las comunidades indígenas reclamantes, porque la omisión implica “no igualar” para los efectos de resolver.”

iguales a las comunidades indígenas reclamantes, porque la omisión implica “no igualar” para los efectos de resolver”⁶⁹.

Un giro en la doctrina sostenida por la Corte Suprema se advierte en la sentencia que revoca el fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que había declarado la legalidad de la resolución que autorizaba el Proyecto del Plano Regulador de la Comuna de San Pedro de Atacama⁷⁰. Los sentenciadores concluyen que los mecanismos de participación utilizados para la aprobación del Plan Regulador -el establecido en la ley de Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones- “distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha”⁷¹. Para la Corte este procedimiento se limitó a “[i]nformar a los vecinos acerca de las singularidades del instrumento de planificación (...) a realizar audiencias públicas en los barrios o sectores más afectados y en consultar la opinión del Consejo Económico y Social comunal”⁷², todo lo cual no es suficiente de acuerdo al procedimiento estatuido en el instrumento internacional.

En el caso del proyecto “Parque Eólico Chiloé” (marzo de 2012) aplicando la fórmula del Ministro Brito, la Corte Suprema resolvió que tal resolución devino en lesión a la garantía constitucional de igualdad ante la ley “[p]orque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas”⁷³. Sostuvo igualmente que la consulta indígena no se satisface con la sola transmisión de información a las comunidades y pueblos, discurriendo sobre la posibilidad que los pueblos concernidos puedan influir efectivamente en las decisiones que los afecten, “[c]on el objeto de brindar la protección de sus derechos y garantizar el respeto en su integridad”⁷⁴.

Al ver el recurso deducido contra el Proyecto de Sondaje Prospección Paguanta (Tarapacá), la Corte Suprema sostuvo, en marzo de 2012, similares argumentos⁷⁵. Otro fallo en esa dirección lo representó el “Caso El Morro”⁷⁶, en donde la Corte Suprema confirmó la sentencia apelada de 17 de febrero de 2012 dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

⁶⁹ Prevención de minoría Ministro Haroldo Brito Corte Suprema ROL 2262/2011. Considerando 2°. Resulta particularmente interesante la reflexión del ministro disidente al sostener que “Tal carencia (la no consulta de conformidad a lo establecido en el instrumento internacional) torna arbitraria la decisión y lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio previene, niega trato de iguales a las comunidades indígenas reclamantes, porque la omisión implica “no igualar” para los efectos de resolver”.

⁷⁰ Corte Suprema Sentencia recaída en el recurso de protección de garantías constitucionales, Rol 258-2011 de 13 de julio de 2011

⁷¹ Corte Suprema Sentencia ROL 258-2011. Considerando Octavo.

⁷² *Ibíd.*

⁷³ Corte Suprema. Rol N°10.090-2011. 22 de marzo de 2012. Considerando Noveno.

⁷⁴ Corte Suprema. Rol N°10.090-2011. 22 de marzo de 2012. Considerando Octavo.

⁷⁵ Corte Suprema. Rol N° 11040-2011. 30 marzo de 2012.

⁷⁶ Corte Suprema. Rol N° 2211-2012. 27 de abril de 2012

V.-Principios del derecho internacional aplicables al deber de consulta previa, libre e informada

La jurisprudencia de los Comités tripartitos de la OIT constituidos para conocer de reclamaciones por incumplimientos del Convenio 169⁷⁷, han establecido que el concepto de la consulta previa debe ser entendida en el contexto de la obligación general expresada en el artículo 2 números 1) y 2), b), del Convenio, que disponen que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto por su integridad. La acción gubernamental deberá además incluir medidas que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones representativas⁷⁸.

Además, como se adelantó, el derecho a la consulta previa debe ser vinculado con los derechos o principios fundamentales del Convenio, expresados en los párrafos 1 y 3 de su artículo 7. La consulta previa, de esta manera, está ligada con el derecho de los pueblos interesados a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y así como también al derecho de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Está vinculada igualmente con el derecho de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente⁷⁹. Está enlazado, así también, con el deber de los gobiernos de velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural, y sobre el medio

⁷⁷ El procedimiento de reclamación ante la OIT se rige por los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT. El garantiza a las organizaciones profesionales de empleadores y de trabajadores el derecho de presentar al Consejo de Administración de la OIT una reclamación contra cualquier Estado Miembro que, en su opinión, "no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción, de un convenio en el que dicho Miembro sea parte". Para su sustanciación puede establecerse un comité tripartito del Consejo de Administración, compuesto por tres miembros, quien examinará la reclamación y la respuesta del gobierno. El informe que el Comité somete al Consejo de Administración contempla los aspectos jurídicos y prácticos del caso, examina la información presentada y concluye formulando recomendaciones. Cuando la respuesta del gobierno no se considera satisfactoria, el Consejo de Administración tiene el derecho de publicar la reclamación y la respuesta. Extraído de OIT, Reclamaciones en :

http://www.ilo.org/global/What_we_do/InternationalLabourStandards/ApplyinandpromotingInternationalLabourStandards/Representations/lang--es/index.htm

⁷⁸ Cfr. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) [en línea]. Organización Internacional del Trabajo [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm>

⁷⁹ Para Irigoyen el derecho de consulta que se contempla en relación a medidas concretas, legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, debe necesariamente complementarse con el derecho más general de los pueblos indígenas a participar, al menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsable de políticas y programas que les conciernan (artículo 6.1 b) y a participación en la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (artículo 7.1). La consulta por tanto se encuadra necesariamente en un proceso más amplio donde las decisiones generales (verbigracia, política energética, de comunicaciones, sobre turismo, etc) que dan el marco general a las medidas concretas que se implemente con la intervención de los pueblos indígenas. Cfr. Irigoyen, Raquel. Tomando en Serio y Superando el Derecho de Consulta Previa: el Consentimiento y la Participación, ponencia presentada en el curso sobre "Consulta Previa". Ponencia presentada en el V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Bogotá, octubre 2008.

ambiente, que las actividades de desarrollo puedan tener sobre esos pueblos, debiendo los resultados de estos estudios ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas⁸⁰.

Por último, la consulta forma parte de las “[m]edidas especiales que se precis[an] para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados” (artículo 4.1), las que no deben “ser contraria a los deseos expresados libremente por los pueblos indígenas”.

Ahora bien, para la satisfacción de este derecho según la jurisprudencia de la OIT, la cual ha sido expresamente recogida por el actual Relator de la ONU como criterios mínimos y requisitos esenciales para una consulta válida a los pueblos indígenas en relación al proceso de reforma constitucional chilena⁸¹, la consulta debe al menos satisfacer las siguientes condiciones⁸²:

⁸⁰ Cfr. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), párr. 77 [en línea]. Organización Internacional del Trabajo [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm>

⁸¹ Cfr. Anaya, James, Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. Centro de políticas Públicas y Derechos Indígenas. Disponible en la Web: http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf. El Relator resume de la siguiente manera los requisitos que debe tener la consulta para tener validez: 1. La consulta debe realizarse con carácter previo; 2. La consulta no se agota con la mera información; 3. La consulta debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes; 4. La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas; 5. La consulta debe ser sistemática y transparente.

⁸² Raquel Irigoyen ha identificado una serie de malas prácticas en relación al derecho de consulta de los pueblos indígenas. A saber:

- El Estado no consulta por las prioridades de desarrollo que tienen los pueblos indígenas en la fase de la elaboración de políticas o planes de desarrollo, ni cuando el Estado define lotes sobre territorios indígenas a ser sometidos en concesión.
- La “consulta” se realiza luego de la concesión de exploración, considerando que es solo la explotación la que afecta a los pueblos indígenas.
- La “consulta” se realiza a posteriori de un acto administrativo por el cual el Estado ha seleccionado una empresa o adjudicado una concesión de exploración o explotación, y no antes de dichos actos.
- La “consulta” se realiza por una empresa y no por el Estado.
- La “consulta” se realiza por una empresa para negociar indemnizaciones y compensaciones. Es decir es una negociación directa y no una consulta.
- Los pueblos indígenas no son informados propiamente, en sus idiomas, y considerando su cultura, normas, usos y propio derecho.
- La consulta es entendida como un acto y no como un proceso para llegar a acuerdos.
- El Estado actúa de “mala fe” en la medida que va a la consulta con una pre-decisión, sin considerar lo que van a plantear los pueblos indígenas.
- La “consulta” se reduce a actos informativos unilaterales, sin tener en cuenta lo que planteen los pueblos afectados.
- El Estado no informa sobre posibles ganancias y no consulta sobre los beneficios que deben recibir los pueblos indígenas. Delega a las empresas la negociación directa de compensaciones o indemnizaciones.
- Dado que las empresas son seleccionadas o adjudicadas sin que se haya realizado la consulta previa ni que el Estado haya llegado a un acuerdo con los pueblos implicados sobre el marco en el cual se realizarán actividades extractivas, ni qué beneficios recibirán, se traslada un conflicto social latente a las empresas.
- Las empresas, de su parte, no suelen verificar ni exigir al Estado que, antes de una licitación o concesión, el Estado ya haya realizado la consulta previa.
- La fase de exploración o explotación suele ser de una alta conflictividad social y puede llegar a confrontación física, tomas de carreteras, uso de violencia, procesamiento penal de dirigentes indígenas o campesinos, hostigamientos, amenazas, etc.

1.- Previa. La consulta procede siempre que se prevean medidas susceptibles de afectar al pueblo indígena de que se trata, lo que implica que ella debe hacerse desde las primeras etapas de la formulación de la medida. El artículo 6 de la OIT exige que los pueblos interesados tengan la oportunidad de participar libremente en la formulación, aplicación y evaluación de medidas y programas susceptibles de afectarles directamente. Esto supone, por ejemplo, que las comunidades y pueblos sean involucrados lo antes posible en el proceso, incluyendo la realización de estudios de impacto ambiental⁸³. La consulta por lo tanto, debe llevarse a cabo con la suficiente antelación para que pueda ser efectiva.

2.- Procedimientos apropiados. No hay un modelo de procedimiento apropiado, por lo que se ha sostenido por el CEACR que este deberá tener en cuenta a lo menos dos criterios: las circunstancias de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de la medida a ser consultada⁸⁴.

La validez y legitimidad de los procedimientos adecuados supone un concierto y acuerdo previo entre los propios pueblos interesados. El procedimiento apropiado de esta manera, exige que lo sea para los propios pueblos concernidos en el proceso⁸⁵.

La expresión “procedimientos apropiados” debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento⁸⁶. Debe ser capaz por consiguiente de generar las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Para ello debe ajustarse a las exigencias propias de cada situación y debe ser útil, sincera y transparente⁸⁷. Ello implica ajustarse a las condiciones que requieren las personas consultadas para poder adoptar una posición, “[p]ara la cual se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales”⁸⁸.

• Ante la falta de consulta previa por parte de la entidad correspondientes del Estado que va a realizar el acto administrativo correspondiente (ejem. Ministerio de Minería en caso de concesión minera), las autoridades locales (como alcaldes) realizan procesos consultivos de carácter político que son cuestionados por quienes sí deberían realizar la consulta.

Cfr. Irigoyen Raquel. El derecho de consulta previa en Bolivia: hacia el respeto de la igual dignidad de los pueblos y la superación de malas prácticas [en línea]. Portal de Derecho y Sociedad [ref. 4 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.alertanet.org/ryf-bolivia-consulta-2007.doc>

⁸³ Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), párr. 78.

⁸⁴ OIT. Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra. Pág. 53.

⁸⁵ OIT. Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra. Pág.53.

⁸⁶ Cfr. Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México 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 de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR), párr. 89

⁸⁷ Cfr. OIT. Convenio Número 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual. Francia. Impreso por Dumas-Titoule, 2003, pág. 17.

⁸⁸ Cfr. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución

Por lo tanto, se requiere entre otras condiciones establecer plazos adecuados, los que a su vez dependerán del tipo de medida a ser sometida a consulta⁸⁹. Se requerirá en este contexto garantizar que la consulta sea efectivamente accesible a los pueblos indígenas por lo tanto, se deberá tomar en cuenta la diversidad lingüística, lo que es consiste con la obligación impuesta por el art. 12 del Convenio que prevé la obligación estatal de “[g]arantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.”

La Corte IDH ha señalado que las consultas a los pueblos indígenas “[d]eben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, en conformidad con sus propias tradiciones”⁹⁰. El carácter adecuado implica que “[l]a consulta tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión”⁹¹.

El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, ha sostenido en este punto que “[s]e deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manea que se adapte a sus modelos culturales y sociales (...) si eso no se tienen en cuenta, será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación”⁹².

3.- Instituciones representativas. El estándar de la representatividad, de acuerdo a los órganos de control de la OIT constituye “[u]n requisito esencial de los procedimiento de consulta y participación previstos por el Convenio, entendido como el derecho de los diferentes pueblos y comunidades indígenas de participar en estos mecanismos a través de las instituciones representativas surgidas de su propio proceso”⁹³.

La adecuada implementación de la participación y consulta indígena entraña, en este sentido, un desafío a los propios pueblos indígenas quienes deberán avanzar en definir con plena autonomía, cuáles son sus instituciones representativas que permitan entablar un diálogo genuino y constructivo y de esta manera concurrir a la consulta previa. Para determinar cuáles son dichas instituciones representativas es necesario atender a los métodos con los cuales el o los pueblos susceptibles de ser afectados, toman y han tomado

de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) [en línea]. Organización Internacional del Trabajo [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm>, párr. 79.

⁸⁹ Cfr. Anaya, James, Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. Párr. 62 http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf

⁹⁰ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 201.

⁹¹ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 202.

⁹² Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile. A/HRC/12/34/Add.6. 5 de octubre de 2009, Apéndice A, párr. 33.

⁹³ OIT. Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra. Pág. 28.

sus decisiones. Al respecto, la OIT ha destacado esta cuestión señalando que “[l]o importante es que estas [las instituciones representativas] sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”⁹⁴. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de interpretación del caso *Saramaka vs. Surinam*: “[e]l pueblo *Saramaka*, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo *Saramaka* en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal”⁹⁵.

De esta manera la obligación de consulta previa implica ciertas cargas o responsabilidades para los propios pueblos indígenas. Estos deben revisar autónomamente sus propias instituciones de manera que faciliten el diálogo intercultural y respeten los principios de proporcionalidad, no discriminación, particularmente en cuanto al género y buena fe. En este sentido el ex Relator Stavenhagen, señaló que “[l]os pueblos indígenas deben especificar qué instituciones representativas están autorizadas para expresar el consentimiento en nombre de los pueblos o comunidades afectados, garantizando un equilibrio de género y tener en cuenta las opiniones de los niños y los jóvenes, según proceda”⁹⁶.

Ello constituye un componente esencial de la obligación de consulta. Dada la diversidad de los pueblos indígenas, no puede imponerse un solo modelo de institución representativa. Lo importante es que la representatividad sea el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas. Por ello es fundamental cerciorarse de que la consulta se lleva a cabo con las instituciones realmente representativas de los pueblos interesados⁹⁷. Se ha señalado por parte de los órganos de control de la OIT que el criterio de representatividad debe entenderse de forma flexible y que no deben confundirse las "instituciones representativas de los pueblos indígenas" con las "organizaciones más representativas" de estos pueblos. Esto implica que se deben realizar procesos de consulta que considere, por ejemplo, a las autoridades tradicionales y ancestrales de los pueblos involucrados y no sólo a las comunidades u organizaciones establecidas conforme a determinada legalidad⁹⁸.

De acuerdo al Relator Especial en relación a los criterios mínimos de representatividad se debería tener en cuenta: a) el alcance de las medidas a ser consultadas; b) atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; c) las distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos; y por último, conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, d) deben responder a una pluralidad de

⁹⁴ Cfr. OIT Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. OIT. Ginebra. 2010Párr. 75, pág. 28.

⁹⁵ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Interpretación de la Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párr.18.

⁹⁶ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. A/HRC/6/15 15 de noviembre de 2007. párr. 23.d).

⁹⁷ Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS), párr. 61.

⁹⁸ En el caso chileno, la Ley de Desarrollo Indígena impone un modelo organizativo de tipo gremial a las comunidades (artículos. 9 a 11). Estas comunidades legales deben ser consultadas en la medida en que sean representativas.

perspectivas identitarias, geográficas y de género⁹⁹.

4.- Buena fe. Ello implica respetar los intereses, valores y necesidades de la otra parte, tomando en cuenta cada circunstancia y las características especiales de un determinado grupo o comunidad. Al respecto, e invocando la jurisprudencia de la OIT, el Relator Especial de la ONU ha puesto énfasis en “[q]ue ambas partes, tanto las autoridades del Estado como los propios pueblos indígenas, deben realizar todos los esfuerzos para generar un clima de confianza y respeto mutuos en el que la consulta se lleve a cabo de buena fe. Esto requiere en primer lugar que exista un cierto nivel de aceptación mutua por las partes acerca del mismo procedimiento de consulta, con independencia de cuales puedan ser las posiciones sustantivas dentro del procedimiento. Desde el punto de vista de los objetivos últimos de la consulta, ésta debe tomarse como una oportunidad para abrir un diálogo normativo en torno a las demandas legítimas de los pueblos indígenas, a la luz de los derechos internacionalmente reconocidos, para acercar posturas divergentes y para propiciar una mayor participación e inclusión de los pueblos indígenas en las estructuras institucionales del Estado”¹⁰⁰.

5.- Apropia a las circunstancias. El procedimiento a seguir no puede responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas. Por el contrario, se debe ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando los métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado, lo que incluso exige la activa participación indígena al momento de definir la manera en que se debe efectuar la consulta.

6.- Finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas. Debe existir un esfuerzo positivo por obtenerlo. Comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes signadas por la comunicación y el entendimiento, el mutuo respeto y la buena fe, y un deseo sincero de llegar a un acuerdo común. No satisface la consulta la existencia de una reunión de mera información o una audiencia en la cual las personas u organizaciones que tuvieron la oportunidad de ser oídas no pudieron instaurar un intercambio auténtico con continuidad y tiempo para al menos tener la posibilidad de llegar a acuerdos.

VI.- Consideraciones sobre el derecho al consentimiento previo, libre e informado

El derecho a consulta no es equivalente a un derecho a veto en relación a la iniciativa legal o administrativa que es objeto del procedimiento respectivo¹⁰¹. Por ello, a la consulta se

⁹⁹ Cfr. Anaya, James, Principios Internacionales Aplicables a la Consulta, op. cit, párr. 31.

¹⁰⁰ Cfr. Anaya, James, Principios Internacionales Aplicables a la Consulta, op. citada supra.

¹⁰¹ Frente a la pregunta sobre si el artículo del Convenio 7 implica que los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho a vetar las políticas de desarrollo, la “Guía para la Aplicación del Convenio 169” brinda la siguiente respuesta: “[n]o, ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecte a todo el país. Durante las discusiones encaminadas a la adopción del Convenio, algunos representantes indígenas afirmaban que esto permitiría a los gobiernos hacer lo que quisieran. La Conferencia no entendió de esta manera el contenido de este artículo del Convenio”. Para la Guía “[e]l artículo 7 exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones. Lo anterior significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a

suma otro derecho que ha venido siendo progresivamente reconocido por el derecho internacional y comparado. Es el derecho al consentimiento previo, libre e informado, en cuya virtud las iniciativas legales o administrativas que pongan en peligro su supervivencia no pueden llevarse a cabo antes haberse obtenido su consentimiento.

Para el Convenio 169 de la OIT el consentimiento previo, entendido como la expresión de la voluntad colectiva, es el objetivo del proceso de consulta, no obstante en determinadas hipótesis, la obtención del mismo es condición inherente a la consulta. En el Convenio 169 de la OIT se señala un caso en que la obtención del consentimiento es obligatoria. La misma está señalada dentro de las salvaguardas referidas al derecho a la tierra, el territorio y los recursos naturales, y se refiere específicamente al traslado y reubicación de pueblos o integrantes de dichos pueblos, el que “[s]ólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa” (art. 16.2 Convenio 169 de la OIT).

Aun cuando no tiene la misma fuerza normativa, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁰², suma otro caso al ya señalado, en el que la obtención del consentimiento deviene en obligatorio, y es el referido al almacenamiento y eliminación de materiales peligrosos en su tierras y territorios el que sólo puede proceder previo consentimiento (art. 29.2 Declaración de las Naciones Unidas).

A nivel del sistema interamericano de derechos humanos se ha asentado el criterio según el cual el consentimiento debe “[i]nterpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos esenciales, en relación con la ejecución de planes de desarrollo o inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos”¹⁰³.

De esta manera la Corte IDH ha señalado que “[l]a salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo *Saramaka* a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la

estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo. En algunos casos, esto puede traducirse en acciones dirigidas a ayudar a los referidos pueblos a adquirir el conocimiento y las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes.” La Corte Constitucional colombiana en relación a la aplicación de un plan de erradicación de los cultivos de coca que afectaban territorios indígenas, señaló que “[e]l derecho a la consulta previa, previsto en el Convenio 169, no conlleva el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino que se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo. Las consultas que se ordenan, entonces, no pueden ser utilizada para imponer una decisión, como tampoco para eludir el cumplimiento de una obligación, sino que deberán ser tenidas como una ocasión propicia y no desperdiable para que las entidades gubernamentales encargadas de autorizar, ejecutar y vigilar la política estatal de erradicación de cultivos ilícitos consideren el derecho de los pueblos indígenas y tribales a exponer los condicionamientos que dicha política debe incluir, con miras a respetar su derecho a la integridad cultural, y la autonomía de sus autoridades en sus territorios”. Cfr. Sentencia SU.383/03, op. citada supra.

¹⁰² El Art. 10 de la Declaración señala que “[N]o se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados ...”

¹⁰³ Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr. 332

obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo *Saramaka*, según sus costumbres y tradiciones”¹⁰⁴.

Este derecho ha sido recepcionado expresamente por el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) quien en su Recomendación general N° 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, exhorta en particular a los Estados Partes a que: “d) Garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado”. Asimismo, el CEDR en su informe sobre Ecuador (21/03/2003), al dar cuenta de las limitaciones que representa el derecho de consulta para garantizar los derechos indígenas, señaló la necesidad por parte del Estado de obtener el consentimiento para la explotación de recursos del subsuelo. Señaló que “[e]n cuanto a la explotación de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de las comunidades indígenas, el Comité observa que con la mera consulta a estas comunidades antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación general N° XXIII del Comité, relativa a los derechos de las poblaciones indígenas. El Comité recomienda, pues, que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa y que se garantice la división equitativa de los beneficios que se obtengan con esa explotación”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Corte IDH. Caso del Pueblo *Saramaka Vs. Surinam*, op. citada supra, párr. 137.

Este consentimiento también es exigido explícitamente por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en caso de preverse traslados de población indígena y en el caso que se pretenda almacenar o eliminar materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas.

Los elementos de un entendimiento común del consentimiento, libre, previo e informado, como lo concluyó el Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas, son los siguientes:

- Libre, lo que implica que no ha habido coerción, intimidación ni manipulación. Además, igualdad de partes.
- Previo, lo que implica que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos de consulta/ consenso con los pueblos indígenas.
- Informado, lo que implica que se proporcione información que abarque (por lo menos) los siguientes aspectos:
 - a. La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto;
 - b. La razón o razones o el objeto u objetos del proyecto y/o actividad;
 - c. La duración de lo que antecede;
 - d. Los lugares de las zonas que se verán afectados;
 - e. Una evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución.
 - f. El personal que probablemente intervendrá en la ejecución del proyecto propuesto (incluidos los pueblos indígenas, el personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas);
 - g. Procedimientos que puede entrañar el proyecto.

Cfr. ONU. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas, E/C.19/2005/3. Disponible en la Web: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/243/29/PDF/N0524329.pdf?OpenElement>. También, ver, AKWÉ: KON Directrices voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares [en línea, ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-es.pdf>

¹⁰⁵ Cfr. CEDR Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador (sesión sesenta y dos, 2003), ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16, op. citada supra. Así también el mismo Comité respecto de Ecuador exhortó “encarecidamente al Estado Parte a que garantice la participación de la población indígena en las decisiones que afecten a su vida. Pide, en particular, al Estado Parte que consulte a la población indígena interesada y obtenga su consentimiento antes de la ejecución de los proyectos de extracción de recursos naturales y acerca de las políticas públicas que le afecten, de

También el Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, del año 2003, al referirse a las consecuencias de los proyectos de desarrollo en gran escala, ha señalado que en “[r]elación con los grandes proyectos de desarrollo el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas y ello debe implicar la garantía de una distribución de los beneficios mutuamente aceptable y el establecimiento de mecanismos independientes y mutuamente aceptables para la solución de las controversias entre los pueblos indígenas y el sector privado”¹⁰⁶.

El derecho a un consentimiento previo, libre e informado, en los casos que procede, por lo tanto, constituye un derecho que está consolidándose a nivel internacional y que ha sido expresamente recogido por la jurisprudencia del Sistema Interamericano de derechos humanos.

VII.- Estándares internacionales en materia de evaluación de impacto ambiental

El deber de consulta y participación, incluida la obligación de alcanzar el consentimiento previo, libre e informado, en aquellos casos expresamente señalados por el Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adquiere importancia fundamental tratándose de acciones o proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en tierras y territorios indígenas. Ello como consecuencia de la especial relación de dichos pueblos con sus tierras y territorios, al constituir estos últimos el sustento de sus sistemas de vida y fundamento de su supervivencia como grupo humano.

En particular el Convenio 169 de la OIT establece en estas materias que los gobiernos “[d]eberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios...”. De especial relevancia en este sentido es el artículo 14 del Convenio N° 169, en el que se reconocen los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan¹⁰⁷.

conformidad con el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Cfr. CEDR 07/06/2004. E/C.12/1/Add.100, párr. 35, op. citada supra. Por su parte, como marco sustantivo, en el Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas, se consignó que para muchos participantes de ese seminario dicho derecho formaba parte del ejercicio del derecho de libre determinación por los pueblos indígenas y eran un componente básico de sus derechos a la tierra, territorio y recursos. Cfr. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas, E/C.19/2005/3 [en línea]. ONU [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/243/29/PDF/N0524329.pdf?OpenElement>. Por su parte la Política Operacional fijada por el Banco Mundial sobre Pueblos Indígenas, en su OP 4.10, establecen al respecto que: “7. Amplio apoyo de la comunidad. El equipo a cargo del proyecto [de inversión] examina[rá] la documentación sobre la evaluación social y el proceso de consulta, una vez presentada al Banco por el prestatario, para constatar que el prestatario ha obtenido el amplio apoyo de los representantes de los principales sectores de la comunidad, conforme se establece en la política. El equipo comienza a tramitar el proyecto cuando ha confirmado que existe tal apoyo. El Banco no seguirá adelante con la tramitación del proyecto si no puede determinar la existencia de dicho apoyo”. Cfr. Banco Mundial. BP 4.10, Pueblos Indígenas, op. citada supra.

¹⁰⁶ Cfr. Ver, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos, op. citada supra, párr. 66.

¹⁰⁷ El artículo 14 del Convenio 169 dispone: 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (...) 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean

La interpretación que los órganos de supervisión de la OIT han hecho de este artículo ha sido reiterativa en señalar que los derechos de propiedad y posesión de que trata este artículo se extiende a aquellas tierras de carácter ancestral, aunque no tengan título de dominio sobre ellas. Así la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado al respecto que “[s]i los pueblos indígenas no pudieran hacer valer la ocupación tradicional como fuente de derechos de propiedad y de posesión, el artículo 14 del Convenio se vaciaría de contenido (...) La Comisión es consciente de la complejidad de plasmar este principio en la legislación, así como de diseñar procedimientos adecuados, pero subraya al mismo tiempo que el reconocimiento de la ocupación tradicional como fuente de derechos de propiedad y posesión mediante un procedimiento adecuado, es la piedra angular sobre el que reposa el sistema de derechos sobre la tierra establecido por el Convenio. El concepto de ocupación tradicional puede ser reflejado de diferentes maneras en la legislación nacional pero debe ser aplicado”¹⁰⁸.

Coincidentemente con la interpretación de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, hace un reconocimiento explícito al derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar no solo las tierras, sino también los territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional y otras formas de ocupación tradicional (art.26.1). Más aún, establece que los pueblos indígenas tienen derecho a que las tierras, territorios y recursos naturales que tradicionalmente hayan poseído u ocupado les sean restituidas y/o compensados cuando ellas hayan sido confiscadas sin su consentimiento¹⁰⁹.

De ahí que los proyectos de inversión relacionados con los recursos naturales ubicados, o susceptibles de afectar, las tierras y territorios de los pueblos indígenas, deben considerar esta especial relación y los derechos que a los pueblos indígenas les son reconocidos en el concierto del derecho internacional de los derechos humanos.

En mérito de estas consideraciones, el ex Relator Rodolfo Stavenhagen ha sostenido que ante el evento de llevar a cabo proyectos de inversión en territorios indígenas incluidos aquellos de carácter tradicional o dominios ancestrales, “[l]os derechos indígenas de propiedad sobre sus tierras se deberán considerar derechos humanos en todo tiempo, con independencia de que estén o no jurídicamente reconocidos”¹¹⁰.

En el Sistema Interamericano se ha mantenido la opinión respecto a que las obligaciones de respeto que pesan sobre el Estado comprenden las garantías de protección de los derechos colectivos a la propiedad y posesión de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios

necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”.

¹⁰⁸ Conferencia Internacional del Trabajo, CEACR, 2009. pág. 742.

¹⁰⁹ “Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.” (Artículo 28.1)

¹¹⁰ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Rodolfo Stavenhagen. E/CN.4/2003/90. 21 de enero de 2003. Párr.75.

ancestrales, y que la infracción a dicha obligación compromete la responsabilidad internacional del Estado¹¹¹.

El fundamento de este derecho señala la Comisión IDH, descansa en el uso y posesión tradicional y ancestral de las tierras y territorios y no en el reconocimiento oficial del Estado¹¹². Más aun, la Corte IDH ha precisado que aun aquellos pueblos indígenas “[q]ue han perdido la posesión del territorio que han ocupado ancestralmente mantienen sus derechos de propiedad, y son titulares del derecho a la recuperación de sus tierras”¹¹³. De esta manera se ha asentado que el derecho de propiedad indígena comprende y por lo tanto, alcanza en sus efectos, las tierras y recursos “[q]ue poseyeron y de los cuales fueron despojados, con los cuales mantienen su relación especial internacionalmente protegida – v.g. un vínculo cultural de memoria colectiva, con conciencia de su derecho de acceso o pertenencia, de conformidad con sus propias reglas culturales y espirituales”¹¹⁴.

El derecho a usar y gozar del territorio, dijo la Corte IDH en el caso *Sarayaku Vs. Ecuador* (2012) se extiende a la protección de los recursos naturales que se encuentran en él, lo que implica garantizar a estos pueblos “[l]a seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida”¹¹⁵.

Por lo tanto, se puede sostener que las obligaciones derivadas de la protección al derecho de propiedad indígena sobre sus tierras y territorios, incluye el derecho sobre los recursos naturales presentes en dichas tierras y territorios por lo que el Estado no puede, en virtud de la intrínseca relación entre tierras y recursos naturales, disponer de estos últimos sin considerar la especificidad que el derecho internacional y el desarrollo normativo han reconocido y dispuesto a favor de estos grupos humanos. Esto ha sido especialmente precisado en el sistema interamericano de derechos humanos: “Como sucede con el derecho a la propiedad territorial en general, el derecho de propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre los recursos naturales vinculados a su cultura presentes en sus territorios no puede ser jurídicamente extinguido o alterado por las autoridades estatales sin que medie la consulta y el consentimiento pleno e informado del pueblo, así como los requisitos generales que deben ser cumplidos en caso de expropiación, y con cumplimiento de las demás garantías jurídicas de la propiedad territorial indígena”¹¹⁶.

Adicionalmente en el caso *Sarayaku* la Corte IDH, reflexionó en torno a la relación que existe entre los derechos a la consulta, la propiedad indígena y la incidencia con el derecho

¹¹¹ Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr. 65.

¹¹² Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr.68.

¹¹³ Para la Corte Interamericana, “la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas” [Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Párr. 128.

¹¹⁴ Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr.78.

¹¹⁵ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr.146.

¹¹⁶ Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr. 39.

¹¹⁶ Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr.186.

a la identidad cultural. Ello en razón, una vez más, a la especial relación con las tierras y el valor inmaterial presente en dichos espacios y que hace parte de la cosmovisión y cultura de dichos pueblos. La Corte IDH estimó que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de los pueblos indígenas “[q]ue debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización. En el mismo sentido, el Convenio N° 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”¹¹⁷.

Los Estados deberán en este marco garantizar la participación en la utilización, administración y conservación de dichos recursos (art. 15.1 Convenio 169). El Convenio impone salvaguardias especiales en relación a estas materias, en particular: medidas de protección del medio ambiente (artículo 4.1); obligación de Estudios de Impacto Ambiental (artículo 7.3) y preservación del medio ambiente (artículo 7.4).

La Comisión de Expertos de la OIT ha advertido las falencias que la legislación sectorial chilena presenta en esta materia. En una solicitud directa (2011) señaló que “[e]l Código de Minería, la Ley sobre Concesiones de Energía Geotérmica y el Código de Aguas no contienen disposiciones sobre consulta a los pueblos indígenas en los casos de concesiones de explotación o desarrollo de proyectos de inversión”¹¹⁸. La CEACR recordó al Estado la obligación contenida en el artículo 15 del Convenio de “[e]stablecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida”¹¹⁹.

En el Caso *Saramaka* la Corte IDH fijó un triple estándar en relación a los recursos naturales consistente en: 1) consulta y consentimiento previo, libre e informado; 2) estudios de impacto social y ambiental; y 3) participación en los beneficios o utilidades¹²⁰.

En relación con la consulta previa en los proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas, se ha logrado determinar que ella, siempre que cumpla con los requisitos y principios desarrollados por el derecho internacional, “[p]uede ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos”¹²¹.

¹¹⁷ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku* Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Fondo y Reparaciones. Párr.217.

¹¹⁸ Solicitud directa (CEACR) - 100ª reunión CIT (2011) Consultado en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2334939:YES

¹¹⁹ Solicitud directa (CEACR) - 100ª reunión CIT (2011) Consultado en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2334939:YES

¹²⁰ Corte IDH. Caso del Pueblo *Saramaka* Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C N°. 185, párr. 38, 129.

¹²¹ CEACR Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (núm. 169). ILC.100/III/1ª de 16 de febrero de 2011

Estas consultas, relacionadas con los proyectos de desarrollo e inversión, de acuerdo a la más reciente sentencia de la Corte IDH (*Sarayaku*) debe ser sistemática, basada en el respeto a las costumbres y tradiciones de los pueblos concernidos, y en el marco de una comunicación constante entre las partes. Además de los requisitos y principios vistos en relación a la consulta previa, ellas deben llevarse a cabo “[e]n las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. Asimismo, el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto”¹²².

Por último, el Comité de Derechos Humanos ha señalado al Estado de Chile que debe “[c]onsultar con las comunidades indígenas antes de conceder licencias para la explotación económica de las tierras objeto de controversia y garantizar que en ningún caso la explotación de que se trate atente contra los derechos reconocidos en el Pacto”¹²³.

La realización de estudios de impacto es normado en el Convenio 169 de la OIT en su artículo 7.3 que dispone que “[l]os gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”. La pertinencia de dichos estudios y su regulación en el Convenio es la expresión normativa del esfuerzo por generar mecanismos efectivos que preserven y protejan la especial relación de los pueblos indígenas con sus territorios y finalmente su subsistencia como pueblos.

Los instrumentos de gestión ambiental, en el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas deben considerar no sólo la ordenación del medio ambiente, como bien jurídico sujeto a tutela, sino satisfacer y orientarse a garantizar los derechos colectivos que les asistente, incluido el de decidir sobre el uso y goce de los recursos naturales que integran sus territorios.

En el caso *Sarayaku Vs Ecuador* (2012), la Corte IDH insistió en que el Estado debe garantizar que no se autorizará ningún proyecto de exploración o explotación en tierras indígenas mientras “[e]ntidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental”¹²⁴.

Dichos estudios tienen por objeto de conformidad a esta jurisprudencia, no sólo prever los impactos y externalidades negativas sobre el derecho de propiedad o a la integridad de las personas y colectivos indígenas, sino y adicionalmente, asegurar a través de ellos que los integrantes de dichos pueblos “[t]engan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los

¹²² Corte IDH. Caso Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Fondo y Reparaciones. Párr.177.

¹²³ Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales. 17 Abril 2007.CCPR/C/CHL/CO/5. Párr. 19 letra C.

¹²⁴ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 205.

riesgos ambientales y de salubridad, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, con conocimiento y de forma voluntaria”¹²⁵.

Estos estudios deben realizarse con anterioridad a la aprobación de la actividad o proyecto y sujetarse a los estándares y buenas prácticas que rigen al respecto, incluido el de respetar la cultura y tradiciones de los pueblos concernidos. En definitiva se trata por medio de estos instrumentos de garantizar la efectiva capacidad de decisión del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de autorizaciones de proyectos de inversión y desarrollo¹²⁶.

Al referirse a los contenidos de estos estudios, la Corte IDH ha especificado que ellos deben ser de carácter social y ambiental, por lo tanto, no limitarse a la protección del patrimonio ambiental, deben considerar una dimensión social y cultural. “La inclusión de estos dos elementos en su caracterización revela que el tipo de estudios exigidos por la Corte deben ir más allá de los estudios de impacto estrictamente ambiental exigidos normalmente con miras a evaluar y mitigar los posibles impactos negativos sobre el medio ambiente natural, haciendo necesario que se incorpore la identificación de los impactos directos o indirectos sobre las formas de vida de los pueblos indígenas que dependen de dichos territorios y de los recursos existentes en ellos para su subsistencia”¹²⁷.

Además dichos estudios se deben extender al “[i]mpacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos”¹²⁸. El ex Relator Rodolfo Stavenhagen refirió a este respecto que con posterioridad a las autorizaciones o permisos ambientales se deben generar mecanismos que permitan evaluar los resultados previstos y monitorear de manera regular los efectos socio económicos, culturales, identitarios y de bienestar de las comunidades y pueblos concernidos y/o afectados con el proyecto¹²⁹.

VIII.- Conclusiones

1° El deber de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas obliga a todos los órganos del Estado cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente, a través de sus instituciones representativas, mediante un procedimiento realizado 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.

2° En ese marco, corresponde al Poder Ejecutivo y el Congreso Nacional, no obstante la plena vigencia del derecho de consulta, establecer mecanismos institucionalizados que permitan garantizar un procedimiento adecuado que de plena certeza a los pueblos concernidos bajo los principios desarrollados por el derecho internacional de derechos

¹²⁵ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku* Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 205.

¹²⁶ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku* Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 206.

¹²⁷ Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr. 254.

¹²⁸ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku* Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 206.

¹²⁹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Rodolfo Stavenhagen. E/CN.4/2003/90. 21 de enero de 2003. Párr. 74.

humanos. Estos procedimientos deben ser establecidos previa consulta con los pueblos indígenas, disponiéndose de un clima adecuado que genere confianzas entre los interlocutores.

3.- El principio conforme al cual sólo se somete a consulta previa los Estudios de Impacto Ambiental, es compatible con el Convenio 169 en la medida en que se garantice que todo proyecto susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas ingrese efectivamente como Estudio de Impacto Ambiental y adicionalmente se realice el proceso de consulta de conformidad a los estándares intencionales que rigen la materia.