

## I.- Definición y fuentes normativas.

Desde la entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, pesa sobre el Estado 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.

Este deber-derecho está recogido en el artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 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 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 autónoma<sup>1</sup>. 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

---

<sup>1</sup> Cfr. Anaya, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid: Trotta, 2005, pág. 232.

*intentan y cooperan para llegar a una decisión consensuada*”.<sup>2</sup> 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 humanos<sup>3</sup>. Por lo mismo constituye una norma “*primordial*” del tratado, junto con los derechos a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural (autogobierno)<sup>4</sup>.

La OIT, a través de sus Comités encargados de examinar las reclamaciones por incumplimiento del Convenio, ha destacado que el espíritu de consulta y participación constituye la verdadera piedra de toque o angular del Convenio en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo<sup>5</sup>. Se asienta en el derecho de 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*

---

<sup>2</sup> 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>

<sup>3</sup> 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”.

<sup>4</sup> Cfr. *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.

<sup>5</sup> Cfr. *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 Inuussutissarsiuqartut Kattuffiat 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>

*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”.*<sup>6</sup>

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 Indígenas<sup>7</sup>. 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 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 prescribe que los Estados “celebrarán 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 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 que preceptúa el derecho a la participación política. Lo señaló la Corte en el Caso Yatamana vs. Nicaragua<sup>8</sup> y recientemente lo reiteró la Comisión IDH al sostener que “*En 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*”.<sup>9</sup>

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<sup>10</sup>, caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay<sup>11</sup> y caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam<sup>12</sup>, la Corte ha sostenido uniformemente que la consulta previa a la delimitación, y, en su caso,

---

<sup>6</sup> Cfr. 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](http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf)

<sup>7</sup> Resolución Asamblea General de Naciones Unidas A/61/295, adoptada en la 107 sesión plenaria y distribuida con fecha 2 de octubre de 2007.

<sup>8</sup> Corte IDH, Caso Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N° 127, párr.225

<sup>9</sup> 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

<sup>10</sup> 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

<sup>11</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146, párr. 135

<sup>12</sup> 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

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”<sup>13</sup>

La Comisión, por su parte, ha reafirmado que “El 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”<sup>14</sup>

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.”<sup>15</sup>

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 Humanos<sup>16</sup> 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 Niño<sup>17</sup> 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”<sup>18</sup>, y que adopte las

---

<sup>13</sup> Cfr. 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.

<sup>14</sup> Idem. Párr. 276

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> Comité de Derechos Humanos CCPR/C/CHL/CO/5. 17 Abril 2007 párr. 19 literal c.

<sup>17</sup> Observaciones Finales, CRC/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007, párr. 62.33

<sup>18</sup> Observaciones Finales CERD/C/CHL/CO/15-18. 7 de septiembre de 2009. Párr. 16

medidas efectivas y necesarias para que los pueblos indígenas participen “ *en todas las áreas, incluyendo proyectos legislativos, que pudieran afectar sus derechos.*”

En la misma línea de los órganos de control de tratados, en el Examen Periódico Universal, se formularon recomendaciones al Estado de Chile por numerosos países, los que exhortan al Estado a realizar procedimientos de consulta.<sup>19</sup>

Por su parte, el Relator Especial, James Anaya, sobre su visita de trabajo a Chile realizada del 5 a 9 de abril de 2009, reitera 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.*”<sup>20</sup> 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 materia.<sup>21</sup>

A nivel de 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. Ha señalado a propósito de la explotación de recursos naturales

---

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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

dentro una comunidad indígena que “[l]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”. De ahí que “la 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”<sup>22</sup>.

## II.- El Derecho a la Consulta para el Tribunal Constitucional Chileno.<sup>23</sup>

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 consulta.

El TC recuerda 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.”<sup>24</sup> 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.”<sup>25</sup>

En relación al artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, que consagra el derecho a consulta, el Tribunal Constitucional sostuvo que por su precisión, así como por su mandato perentorio constituía una norma de aplicación directa o autoejecutable.<sup>26</sup> Más

---

<sup>22</sup> 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](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 cual 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](http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jei/admin/sentencia/docs/SU039-97.doc)

<sup>23</sup> Sentencia Tribunal Constitucional ROL N° 309 de 4 de agosto de 2000

<sup>24</sup> Ídem, Considerando 48

<sup>25</sup> Ídem, Considerando 48

<sup>26</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, ROL N° 309 de 4 de agosto de 2000. Considerando 7

aún, el Tribunal razona que dicha norma internacional viene, en lo que respecta a la tramitación de leyes cuyas materias sean susceptibles de afectar a 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.”<sup>27</sup>

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 “Los derechos de los pueblos indígenas de participación y de ser consultados, en las materias que le conciernen, no configuraran, por cierto, un estatuto de poderes o potestades públicas.”<sup>28</sup>

### III Principios del derecho internacional aplicables al deber de consulta

La jurisprudencia de los Comités tripartitos de la OIT constituidos para conocer de reclamaciones por incumplimientos del Convenio 169<sup>29</sup>, ha establecido que el concepto de la consulta previa debe ser entendido en el contexto de la política general expresada en el Convenio en su artículo 2, números 1) y 2), b), 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<sup>30</sup>.

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. Está ligada con el derecho de los pueblos interesados a decidir sus propias

---

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> 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 materia de las leyes orgánicas constitucionales N°. 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, 19.175, sobre Gobierno y Administración Regional, y 18.695, de Municipalidades, respectivamente”

<sup>29</sup> 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/ApplyingandpromotingInternationalLabourStandards/Representations/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/global/What_we_do/InternationalLabourStandards/ApplyingandpromotingInternationalLabourStandards/Representations/lang-es/index.htm)

<sup>30</sup> 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>

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 relacionada asimismo con el derecho de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente<sup>31</sup>. 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 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 mencionadas<sup>32</sup>.

Por último, la consulta forma parte de las “medidas 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 chilena<sup>33</sup>, la consulta debe al menos satisfacer las siguientes condiciones<sup>34</sup>:

---

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> 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>

<sup>33</sup> 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](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.

<sup>34</sup> 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.

- i) Previa: La consulta debe disponerse siempre que se *prevean* medidas susceptibles de afectar al pueblo indígena o tribal de que se trata, lo que implica que la consulta debe hacerse desde las primeras etapas de la formulación de la medida. Si bien el artículo 6 no requiere que se logre el consenso en el proceso de consulta previa, sí se exige que los pueblos interesados tengan la oportunidad de participar libremente a todos los niveles en la formulación, aplicación y evaluación de medidas y programas que les afecten directamente<sup>35</sup>. Lo cual supone, por ejemplo, que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso, incluyendo en la realización de estudios de impacto ambiental.<sup>36</sup>
- ii) Procedimientos adecuados. La expresión “procedimientos apropiados” debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta que es llegar a un acuerdo

- 
- 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.
  - 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>

<sup>35</sup> 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. 78[en línea]. Organización Internacional del Trabajo [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm>. También, *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 [en línea]. Organización Internacional del Trabajo [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm>.

<sup>36</sup> 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. 78, *op. citada supra*. 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)*, párr. 44 [en línea]. Organización Internacional del Trabajo [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm>. Por su parte el Relator de la ONU ha señalado que “[r]esulta evidente que toda consulta realizada en virtud del Convenio 169 de la OIT y otras normas internacionales aplicables debe llevarse a cabo con anterioridad a la adopción de la medida a ser consultada, incluyendo medidas legislativas”. Cfr. Anaya, James, *Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación ...*, *op. citada supra*.

o lograr el consentimiento<sup>37</sup>. 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 transparente<sup>38</sup>. Ello implica ajustarse a las condiciones que requieren los consultados para poder adoptar una posición, *“para 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”*.<sup>39</sup>

- iii) Instituciones representativas. 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 interesados<sup>40</sup>. Esta obligación supone la proscripción de acciones gubernamentales o de empresas tendientes a crear o favorecer conflictos internos y discordias entre los miembros del pueblo respectivo, debiendo procurarse el desarrollo de un solo proceso de consulta con todas las autoridades legítimas del pueblo en cuestión, así como el establecimiento de un único acuerdo, en la medida de lo posible, con miras a preservar la integridad étnica de dicho pueblo<sup>41</sup>.
- iv) 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<sup>42</sup>. Al mismo respecto, e invocando la jurisprudencia de la OIT, el Relator Especial de la ONU ha puesto énfasis en *“que 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*

---

<sup>37</sup> 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

<sup>38</sup> Cfr. OIT. *Convenio Número 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual*. Francia: Impreso por Dumas-Titoule, 2003, pág. 17.

<sup>39</sup> 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>, párr. 79. En relación a esto, y no obstante el grado de necesaria flexibilidad que deben guardar los procedimientos de consulta para los distintos pueblos, el actual Relator de ONU llama a crear “procedimientos más o menos formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes” que respondan “a la necesidad de dotar de seguridad jurídica a todo acto del Estado, así como a los objetivos de adecuación y representatividad de las consultas a los pueblos indígenas, evitando arbitrariedades y conflictos innecesarios”. Esos mismos procedimientos, esos si, deben ser en “sí mismo un proceso consensuado, con la participación activa de los pueblos indígenas”. Cfr. Anaya, James, *Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación ...*, op. citada supra*

<sup>40</sup> 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. 102, op. citada supra.

<sup>41</sup> *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, op. citada supra.

<sup>42</sup> Cfr. *Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación ...*, op. citada supra.

*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”*<sup>43</sup>

- v) Apropriadada 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<sup>44</sup>.
- vi) 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<sup>45</sup>. No satisface la consulta la existencia de

---

<sup>43</sup> Cfr. Anaya, James, *Principios Internacionales Aplicables a la Consulta ...*, op. citada supra.

<sup>44</sup> El Informe del Comité de Expertos de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT recomendó al Gobierno de Colombia modificar el decreto 1320 de 1998, adecuándolo al Convenio 169, para lo cual debía consultar de manera previa con los pueblos indígenas de Colombia. Señaló que “[e]l Comité considera que el decreto núm. 1320 de 1998, cuyo objetivo explícito es de reglamentar “la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación dentro de su territorio” constituye una medida legislativa susceptible de afectar directamente a dichas comunidades. Por lo tanto, del artículo 6, inciso 1, apartado a) claramente se desprende la obligación de consultar con los pueblos indígenas del país antes de la adopción y promulgación de dicho decreto”. 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. 72, op. citada supra. Por su parte la sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-737/05, que conoció del mismo caso, señaló que las consultas deben hacerse en un marco fuertemente garantista que implica que los procesos de consulta previa no pueden “responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT (...) los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado”, lo que incluso exige definir cómo se efectuará el proceso consultivo adecuado con la participación activa de la comunidad en cuestión. Cfr. Corte Constitucional. *Sentencia T-737/05* Rama Judicial, República de Colombia [ref. 4 de abril de 2009]. Disponible en la Web: [http://www.ramajudicial.gov.co/csj\\_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=6&idseccion=1248](http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=6&idseccion=1248)

<sup>45</sup> En relación a la posibilidad de disidencias internas en la consulta efectuada a un pueblo respecto de una decisión legal que les atañe, es interesante conocer la decisión del Comité de Derechos Humanos que rechazó una reclamación de un grupo de indígenas maories frente a la promulgación de una ley de pesca que afectaba una actividades tradicional del pueblo en su conjunto. Señaló al respecto: “[e]l Comité observa que el Estado Parte emprendió un complejo proceso de consulta para lograr un amplio apoyo maorí a la solución y a la reglamentación de las actividades pesqueras a nivel nacional. Se consultó a las comunidades y a las organizaciones nacionales maoríes y sus propuestas quedaron reflejadas en la solución adoptada. La solución no se promulgó en forma de ley hasta disponer del informe de los representantes de los maoríes según el cual había un sustancial apoyo a la solución. Para muchos maoríes, la ley era una solución aceptable de sus reivindicaciones. El Comité ha tomado nota de las reclamaciones de los autores en el sentido de que ni ellos ni la mayoría de los miembros de sus tribus estaban de acuerdo con la solución, y de que afirman que no se habían tenido en cuenta sus derechos como miembros de la minoría maorí. En tales circunstancias, cuando el derecho de personas a disfrutar de su propia cultura está en conflicto con el ejercicio de derechos paralelos de otros miembros del grupo de la minoría, o de la minoría en su conjunto, el Comité puede considerar si esa limitación favorece a los intereses de todos los miembros de la minoría y si hay una justificación razonable y objetiva para su aplicación a las personas que se declaran afectadas adversamente”. En su decisión respecto del artículo 27 del tratado señaló que “el Comité llega a la conclusión de que el Estado Parte, al participar en amplias consultas antes de promulgar la nueva legislación y al atender específicamente a la sostenibilidad de las actividades pesqueras maoríes, ha adoptado las medidas necesarias para que la solución sobre las pesquerías y su promulgación como ley, incluido el sistema de gestión de cuotas, sean compatibles con el artículo 27”. Cfr. *Apirana Mahuika, et al v. Nueva Zelanda*. CDCP/C/70/D/547/1993 (2000) [en línea]. Los Pueblos Indígenas y los Organismos de los Tratados de las Naciones Unidas: Recopilación de Jurisprudencia de los Organismos de los Tratados II, septiembre de 2005. Forest Peoples Programme [ref. 4 de abril de 2005]. Disponible en la Web: [http://www.forestpeoples.org/documents/law\\_hr/un\\_jurisprudence\\_comp\\_sept05\\_sp.pdf](http://www.forestpeoples.org/documents/law_hr/un_jurisprudence_comp_sept05_sp.pdf)

una reunión de mera información<sup>46</sup> 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<sup>47</sup>. El Relator Especial ha sostenido que “[e]/

---

<sup>46</sup> 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. 90, *op. citada supra*.

<sup>47</sup> 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. 94, *op. citada supra*. Por su parte la Política Operacional fijada por el Banco Mundial, en su OP 4.10, y las Normas de Procedimiento del Banco, en su BP 4.10 de julio de 2005, establecen que “2. *Consultas previas, libres e informadas*. Cuando un proyecto afecta a Pueblos Indígenas, el equipo a cargo del mismo colabora con el prestatario en la realización de consultas previas, libres e informadas con las comunidades afectadas. Estas consultas sobre el proyecto propuesto se llevan a cabo durante todo el ciclo del proyecto y tienen en cuenta lo siguiente: a) La “consulta previa, libre e informada” es una consulta que tiene lugar en forma libre y voluntaria, sin manipulación, interferencia o coerción externa. Con ese fin, las partes consultadas tienen acceso previo a la información sobre el propósito y la magnitud del proyecto propuesto, facilitada de una manera apropiada desde el punto de vista cultural y en la lengua adecuada; b) En los mecanismos de consulta se reconoce a las organizaciones de Pueblos Indígenas existentes, incluidos los consejos de ancianos, los jefes y los líderes tribales, y se presta especial atención a las mujeres, los jóvenes y los ancianos; c) El proceso de consulta comienza en los primeros momentos del proyecto, debido a que la toma de decisiones entre los Pueblos Indígenas puede llegar a ser un proceso iterativo, siendo necesario disponer de un período de gestación suficiente para comprender cabalmente y para incorporar al diseño del proyecto las inquietudes y las recomendaciones expresadas por los Pueblos Indígenas, y d) El proceso de consulta se registra en actas que forman parte de los archivos del proyecto”. Cfr. Banco Mundial. *BP 4.10, Pueblos Indígenas* [en línea]. Banco Mundial [ref. 4 de Julio 2009]. Disponible en la Web: <http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/210384-1170795590012/BP4.10.July1.2005.Spanish.pdf>. La Corte Constitucional colombiana, por su parte, ha entendido que la consulta implica el cumplimiento varios requisitos. Para ella “[l]a institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo”. El procedimiento, en consecuencia, debe buscar “que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada”. Cfr. Corte Constitucional. *Sentencia SU-039/97, op. citada supra*. Por su parte la sentencia C-620/03 de la misma Corporación sintetizó su jurisprudencia en relación con el derecho de las comunidades indígenas sobre los recursos naturales existentes en su territorio, lo que toca al derecho de consulta:

a. La jurisprudencia ha determinado que la protección a la identidad cultural de las comunidades indígenas es un derecho fundamental, cuyo reconocimiento está orientado a lograr la preservación de tales culturas.

b. Del anterior derecho se desprende el de participación de la comunidad indígena en la adopción de las decisiones que les conciernen y en especial en las relativas a la explotación de los recursos naturales ubicados en sus territorios, como expresamente lo prescribe el parágrafo del artículo 330 de la Constitución. Este derecho de participación, por la particular influencia que el medio ambiente tiene en la definición de los rasgos de las culturas indígenas, ha sido estimado también por la jurisprudencia constitucional como un derecho fundamental.

c. De conformidad con lo preceptuado por el artículo 15 del Convenio 169 de 1989 adoptado por la conferencia de la OIT, norma que por referirse a un derecho fundamental forma parte del llamado bloque de constitucionalidad, el derecho de participación de las comunidades indígenas en la adopción de las decisiones relativas a los recursos naturales de propiedad estatal ubicados en su territorio (...) debe hacerse efectivo mediante el mecanismo de la consulta previa. Dicho artículo, además, establece que los pueblos indígenas “deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”

d. El convenio 169 no precisa la forma en la cual debe adelantarse la consulta previa a los pueblos indígenas en cuyo territorio se pretenden explorar o explotar recursos naturales de propiedad estatal. En tal virtud, corresponde al derecho interno definir ese asunto. La Constitución no señala tampoco el procedimiento que para ello debe llevarse a cabo ni la ley lo hace.

*principio de que el consentimiento de los pueblos indígenas deberá ser la finalidad de las consultas no implica que la obtención del consentimiento sea un requisito absoluto en todas las situaciones. En todos los casos, es fundamental que el Estado haga un esfuerzo de buena fe para llegar a un acuerdo. Los pueblos indígenas también deben procurar de buena fe alcanzar el consenso sobre las medidas propuestas y evitar las posiciones inflexibles cuando las medidas propuestas se basen en intereses públicos legítimos.*<sup>48</sup>

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como ya vimos, en la sentencia del caso Saramaka, recepcionó estos mismos principios y exigencias. Y en relación al alcance de la consulta, la sentencia interpretativa del mismo caso aclaró que el Estado tenía la obligación de “consultar con el pueblo Saramaka al menos acerca de los siguientes seis asuntos: (1) el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka; (2) el proceso mediante el cual se otorgue a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran; (3) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; (4) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; (5) sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental, y (6) en relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten el territorio Saramaka”<sup>49</sup>. Además, reiteró que la consulta debía hacerse de conformidad con las costumbres y tradiciones del pueblo en cuestión por lo cual “es el 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”<sup>50</sup>. De este modo, “el pueblo Saramaka debe informar al Estado quién o quiénes lo representarán en cada uno de los procesos de consulta señalados anteriormente” y la consulta consecuentemente debe hacerse a ellos, quienes darán a conocer las decisiones tomadas

---

e. La jurisprudencia ha indicado al respecto que, teniendo en cuenta lo regulado por el artículo 34 del referido convenio de la OIT, según el cual “la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país”, el compromiso del Estado colombiano de adelantar las mencionadas consultas es de gran amplitud y debe ser interpretado flexiblemente según las circunstancias. Sin embargo ha precisado que dado que el derecho a la consulta tiene por objeto garantizar la participación en la adopción de las decisiones que afectan a las comunidades, no puede consistir en una simple información a dichos entes colectivos, sino que debe propiciar espacios de concertación en la escogencia de las mediadas.

f. Finalmente, debe tenerse en cuenta que la consulta, como mecanismo de participación en la adopción de decisiones y de garantía de la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales, es obligatoria en cuanto a su verificación, pero no sustrae de la competencia de las autoridades la adopción final de la medida legislativa o administrativa, como en general sucede con todos los mecanismos de concertación.

Cfr. Corte Constitucional. *Sentencia C-620/03* [en línea]. Rama Judicial, República de Colombia [ref. 4 de abril de 2009]. Disponible en la Web: [http://www.ramajudicial.gov.co/cs\\_j\\_portal/jei/admin/sentencia/docs/C%20620-03.doc](http://www.ramajudicial.gov.co/cs_j_portal/jei/admin/sentencia/docs/C%20620-03.doc)

<sup>48</sup> Anaya, James. Una cuestión fundamental: El deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas. Capítulo principal del Informe A/HRC/12/34, presentado al Consejo de Derechos Humanos en su 12 período de sesiones de Septiembre 2009. Párr. 66

<sup>49</sup> 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 No. 185, párr. 16

<sup>50</sup> Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, op. citada supra, párr. 18

al respecto, así como sus fundamentos<sup>51</sup>.

#### IV 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 respectivo.<sup>52</sup> Por ello, a la consulta se 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.

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”* (el subrayado es nuestro). Asimismo, el mismo CEDR en su informe sobre Ecuador del 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”*.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> *Ibid*, párr. 19

<sup>52</sup> 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 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 utilizadas 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*.

<sup>53</sup> 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

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 “*relación 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*”.<sup>54</sup>

Mismo parecer que fue posteriormente recogido por la Corte Interamericana para establecer en su jurisprudencia en el caso *Saramaka* “*que adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la 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 obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones*”<sup>55</sup>.

---

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 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*.

<sup>54</sup> Cfr. Ver, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos, op. citada supra*, párr. 66.

<sup>55</sup> 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);

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, ha señalado que el consentimiento debe “interpretarse 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.”<sup>56</sup> Sistematizando los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Comisión concluye que la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas adquiere carácter obligatorio cuando:

- Se trate de proyectos de inversión que impliquen desplazamiento y reubicación permanente de pueblos o comunidades indígenas.
- En línea con lo resuelto por la Corte en el caso Saramaka, el consentimiento deviene en obligatorio, si se trata de un proyecto de inversión o desarrollo o de concesión de explotación, cuya ejecución privaría a los pueblos indígenas de la “capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia”<sup>57</sup>
- Por último, en el evento en que se deposite o almacenen materiales “peligrosos en tierras o territorios indígenas.”<sup>58</sup>

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.

## V Derecho Comparado

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

En el primer de los casos, se puede citar la Constitución Política 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

---

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>

<sup>56</sup> 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

<sup>57</sup> 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. 334 punto 2.

<sup>58</sup> 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. 334. Punto 3

al derecho a la consulta indígena se estipula que las “*naciones y pueblos indígenas*” de conformada 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 el derecho de las comunidades, naciones 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 “*oídas 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 igualmente a desarrollado 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 Ecuador<sup>59</sup> y en Bolivia el “Reglamento de consulta y participación para actividades hidrocarburíferas”<sup>60</sup>. En este último caso, que se funda precisamente 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 “*se pretenda desarrollar actividades hidrocarburíferas en sus tierras comunitarias de origen, propiedades comunitarias y tierras de ocupación y acceso*”<sup>61</sup>. Las bases y principios que deben guiar la participación y consulta según esta normativa son los siguientes:

- i) Respeto y Garantía. Los organismos estatales competentes deben respetar y garantizar el ejercicio y vigencia de los derechos fundamentales, especialmente los referidos a la consulta y participación, como también los derechos sociales, económicos, culturales, ambientales; el hábitat y formas de organización de las comunidades campesinas y pueblos indígenas, y la integridad y propiedad de las tierras y recursos. También se garantiza la independencia y las instancias de representación y de decisión de los consultados, como sus formas de organización usos y costumbres, guardando de efectuar cualquier tipo de interferencia intromisión o influencia en asuntos inherentes a sus organizaciones o instancias de representación.
- ii) Información previa y oportuna. La autoridad debe entregar en forma previa y forma oportuna, suficiente y necesaria, de acuerdo a las características lingüísticas del área, toda la información de las actividades hidrocarburíferas que se pretendan licitar, autorizar y ejecutar y de los posibles impactos socio ambientales y culturales de la actividad hidrocarburífera, antes de la realización de la consulta y participación, facilitando los medios necesarios para su socialización.
- iii) Veracidad. Toda la información que sean parte y resultado del proceso de consulta y participación deberán ajustarse a la verdad.

---

<sup>59</sup> 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>

<sup>60</sup> Cfr. YPFB, *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>

<sup>61</sup> La legislación boliviana 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 YPFB [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*.

- iv) Integralidad. Todos los aspectos y temas objeto de la consulta y participación, deben ser presentados y analizados de forma integral en todo el proceso.
- v) Oportunidad. El proceso de consulta y participación deberá comunicarse de manera oportuna, para que tanto las instancias representativas de las comunidades y pueblos, como la autoridad competente, puedan desarrollar el proceso y cumplir con las etapas y procedimientos establecidos en el reglamento.
- vi) Participación. Los colectivos consultados participaran en todo el proceso con miras a ejercer sus derechos y garantizar el respeto a su integridad territorial usos y costumbres<sup>62</sup>.
- vii) Transparencia. El proceso de consulta y participación deberá desarrollarse de manera clara y pública, con acceso libre y oportuno a toda la información relacionada a la actividad hidrocarburífera relativa al proyecto

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 consulta<sup>63</sup>. 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*”.<sup>64</sup>

## VI La consulta en la Legislación nacional

El orden normativo nacional en este aspecto está muy por debajo del estándar internacional. El artículo 34 de la Ley Indígena establece que “[l]os servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley”. La exigencia legal se limita a una simple recepción de la opinión indígena sobre las materias tratadas y a una indeterminada obligación de considerar esa misma opinión. No se plantea la necesidad de un dialogo intercultural, adecuado a las circunstancias, sobre la medida o política a decidir, ni define como objetivo alcanzar el acuerdo o consentimiento del pueblo concernido.

Tampoco la legislación ambiental nacional cumple con los estándares convencionales sobre la materia. La Ley General de Bases del Medio Ambiente establece mecanismos

<sup>62</sup> Asimismo, los mecanismos del proceso de consulta deben ser establecidos para cada caso concreto por la autoridad estatal en coordinación con las instancias de representación de los pueblos indígenas y comunidades campesinas, entendiéndose por ello no solo la instancia orgánica de nivel local, sino también respectiva instancias a nivel nacional, departamental y regional. Cfr. *Ibid.*

<sup>63</sup> En el caso ecuatoriano se distingue entre la consulta pre - licitatoria, la cual debe deberá 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](http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/default/files/ecu-reglaconsultaactividadeshidrocarbur%C3%ADferas.doc)

<sup>64</sup> 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>

de participación ciudadana en relación al proceso de Estudio de Impacto Ambiental<sup>65</sup>. Tales mecanismos de participación, sin embargo, están dirigidos a la ciudadanía en general, sin contemplar procedimientos culturalmente adecuados a los pueblos indígenas. El objetivo de esos procedimientos, además, es asegurar la participación de la ciudadanía a objeto de recepcionar y ponderar sus observaciones y no persiguen alcanzar un acuerdo u obtener el consentimiento de los participantes.

El Tribunal Constitucional en Chile, como lo señaláramos, reparó en la diferencia substancial que existe entre los mecanismos de participación ciudadana contemplados en determinadas leyes sectoriales y el deber impuesto por el Convenio N° 169 de la OIT, sobre la consulta, precisamente en razón del objetivo expresado en el N° 2 del artículo 6 del referido Convenio, esto es alcanzar mediante procedimiento asentados en la buena fe, el consentimiento, previo, libre e informado de los pueblos indígenas concernidos en toda medida de carácter administrativo o legislativo susceptibles de afectarlos.

Igual reflexión ha formulado el Relator Especial al señalar las diferencias entre los procesos de participación ciudadana contempladas en numerosas legislaciones y la consulta indígena de conformidad al Convenio 169 de la OIT, al señalar que *“cuando las decisiones del Estado afectan los intereses particulares de los pueblos indígenas, se requieren procedimientos especiales y diferenciados de consultas, procedimientos especiales que se justifican por la naturaleza de esos intereses particulares, que derivan del carácter distinto de los modelos e historias culturales de los pueblos indígenas, y porque los procesos democráticos y representativos corrientes no suelen bastar para atender a las preocupaciones particulares de los pueblos indígenas, que por lo general están marginados en la esfera política. El deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas, así como los diversos componentes normativos de dicho deber, se basan en el reconocimiento generalizado, como se manifiesta en la Declaración, de las características distintivas de los pueblos indígenas y de la necesidad de medidas especiales que permitan corregir sus condiciones desfavorecidas.”*<sup>66</sup>

El 25 de septiembre de 2009, se publica en el Diario Oficial el Decreto Supremo N° 124 (en adelante Decreto N° 124) del Ministerio de Planificación y Cooperación, que reglamenta el artículo 34 de la Ley Indígena, a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas. El Decreto N° 124, de acuerdo a lo dispuesto en su artículo 1° y en coherencia con lo establecido en el artículo 34 de la Ley Indígena, regula *“la obligación de los órganos de la administración del Estado de escuchar y*

---

<sup>65</sup> La Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente, establece un mecanismo de *Evaluación de Impacto Ambiental* a cargo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente o de la Comisión Regional respectiva, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes. (art. 2 literal J). Una de las diferencias entre un Estudio de Impacto Ambiental y Declaración de Impacto Ambiental, es que sólo respecto de la primera (Estudio) se contempla la participación ciudadana (arts. 26 y ss). Participación que se limita a: 1) *imponerse del contenido del estudio y del tenor de los documentos acompañados*. (art. 28); y 2) A la formulación de observaciones al Estudio de Impacto Ambiental, ante el organismo competente, para lo cual dispondrán de un plazo de sesenta días, contado desde la respectiva publicación del extracto en que se da a conocer a la comunidad el proyecto sometido a evaluación. Los proyectos sujetos a Declaración de Impacto Ambiental, sólo serán publicados a fin de informar a la ciudadanía. (art.30).

<sup>66</sup> Cfr. Anaya James. Una Cuestión Fundamental: El Deber de Celebrar Consultas con los Pueblos Indígenas Capítulo principal del Informe A/HRC/12/34, presentado al Consejo de Derechos Humanos en su 12 período de sesiones de Septiembre 2009. Párr. 42

*considerar la opinión de las organizaciones indígenas cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas”.*

Según este Decreto, los órganos de la administración del Estado que se ven en la obligación de realizar la consulta y la participación, y por lo tanto, las materias susceptibles de ser consultadas, son única y exclusivamente las que emanen de los Ministerios, las Intendencias, los Gobiernos Regionales, las gobernaciones, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa y el Consejo para la Transparencia. Respecto de los órganos constitucionalmente autónomos queda a la discrecionalidad de estos sujetarse o no a las disposiciones del Decreto.<sup>67</sup>

Respecto de los proyectos de inversión en la tierras o áreas de desarrollo indígena, definidas en la Ley Indígena, se sujeta la consulta a lo preceptuado en las respectivas normas sectoriales, siendo facultativo para el órgano de la administración del Estado someterse al procedimiento diseñado en el Decreto N° 124 y en este último caso, el proceso de consulta se ajustará a los plazos establecidos en la normativa sectorial.<sup>68</sup>

En razón de esto, a la luz de los estándares fijados en el Convenio 169 de la OIT, el Decreto Supremo N° 124, no cumple con los principios y estándares internacionales que sobre la materia rigen. En primer lugar por no haber sido sometido al proceso de consulta previo e informado. Enseguida, el Decreto Supremo 124 restringe severamente las medidas a consultar, al establecer que sólo podrán ser consideradas consultables, aquellas materias que emanan de los órganos de la administración del Estado, excluyendo expresamente dentro de estos a los poderes constitucionalmente autónomos, como las municipalidades, las empresas públicas, y poder legislativo, todos los cuales eventualmente adoptan medidas que afectan los intereses de los pueblos indígenas. Más aún, si la medida en cuestión es de aquellas que de acuerdo al Decreto Supremo están en el ámbito de ser consultadas, el órgano respectivo puede realizar un juicio de pertinencia de llevarla a cabo o no y siempre que las circunstancias lo hagan posible, todas consideraciones que caen en la esfera de competencia y decisión del propio órgano del cual emana la iniciativa de la medida.

La expresa exclusión de consulta indígena obligatoria, de los proyectos de inversión, constituye una grave omisión, atendida consideración, que la expansión de megaproyectos energéticos, mineros, de acuicultura y forestación, constituyen los principales focos de tensión con las comunidades indígenas. Los proyectos de inversión quedan entregados a la consulta ciudadana establecida en la regulación sectorial, siendo facultativo para el órgano sectorial que emite la medida, sujetarse al procedimiento contemplado en el Decreto Supremo. Se morigera el carácter obligatorio, y se adscribe a un procedimiento que no se condice con la consulta indígena, que tiene por objeto precisamente la protección de las formas de vida y culturales que en el caso de los pueblos indígenas están asociadas a la tierra y el territorio. En el caso de los proyectos de inversión con impacto ambiental, se someterán a la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, N° 19.300, el que establece un mecanismo de participación ciudadana que no está conforme a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT y no se ajusta a los principios internacionalmente reconocidos en materia de consulta y participación indígena.

---

<sup>67</sup> Art 4 Decreto Supremo N° 124 de Mideplan

<sup>68</sup> Art. 5 Decreto Supremo N° 124 de Mideplan

Mismo alcance crítico es posible realizar sobre los plazos establecidos para el proceso de consulta los que se restringen perentoriamente en el Decreto Supremo N° 124 sin considerar en este punto, las recomendaciones del Relator especial para pueblos indígenas, de que los plazos de la consulta deben adecuarse necesariamente a la naturaleza de la materia consultada.

## **VII El derecho a consulta a la luz de la Jurisprudencia nacional**

Los tribunales superiores de justicia desde la entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, han debido pronunciarse sobre el derecho a consulta y el deber correlativo de los órganos del Estado de llevarla a cabo, fundamentalmente por alegaciones sostenidas por representantes de comunidades indígenas que no han sido debidamente consultadas conforme a los estándares impuestos por el Convenio, en relación a proyectos de inversión en territorios ancestrales reivindicados por dichas comunidades. En esta materia, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha sido errática, y es posible advertir una renuencia al reconocimiento especial de la consulta como derecho autónomo.

Al revisar el proyecto del sistema de conducción y descarga al mar de efluentes tratados de la Planta Valdivia de la empresa Celulosa Arauco, la Corte Suprema es de la opinión que la obligación de consulta establecida en el art. 6 del Convenio 169, se satisface y aún más se encuentra consagrado en la Ley de Bases de Medio Ambiente N° 19.300 y su Reglamento<sup>69</sup> 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”.<sup>70</sup>

Por su parte la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>71</sup>, (31 de enero 2011), al analizar el *Anteproyecto Referencial Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía* ha sostenido en línea con lo resuelto por la Corte Suprema que el deber de consulta establecido en el Convenio se satisface plenamente mediante la aplicación del mecanismo de participación ciudadana contemplado en la Ley de Bases de Medio Ambiente al sentenciar “que el 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.” Destaca en este caso, el voto de minoría de la abogada integrante, Sra. Claudia Chaimovich quien es del parecer que el derecho y deber correlativo del Estado de realizar la consulta conforme a los estándares del Convenio N° 169 de la OIT, no se compadecen con el mecanismo de participación ciudadana establecido en la ley sectorial.

---

<sup>69</sup> Sentencia ROL 4078-2010 Considerando 7

<sup>70</sup> Ídem, Considerando 11

<sup>71</sup> Sentencia recaída en el Recurso de Protección Rol 1794-10 caratulado Alcmán y otros c/ Ministerio de Obras Públicas. 31 de enero de 2011.

La Corte Suprema en consonancia con esta jurisprudencia <sup>72</sup> declara 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 Brito, disintiendo de la mayoría de la Sala, advierte que *“Informar 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 acuerdo, de abandonar posiciones propias con el propósito de lograr otras, que surjan consensuadas.”*<sup>73</sup>

Un giro en la doctrina sostenida por la Corte Suprema se advierte en la sentencia<sup>74</sup> que revoca el fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que había declarado la legalidad de la resolución que autorizaba el Proyecto de Plano Regulador de la Comuna de San Pedro de Atacama sin haberse llevado a cabo la consulta previa de conformidad a lo preceptuado en el Convenio 169 de la OIT. 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”*.<sup>75</sup> Para la Corte este procedimiento se limitó a *“informar 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”*<sup>76</sup> todo lo cual no es suficiente de acuerdo al procedimiento estatuido en el instrumento internacional.

El Tribunal Constitucional (2000) a diferencia de la jurisprudencia mayoritaria de la Corte Suprema, destacó la singularidad jurídica del derecho a la consulta indígena. En efecto, el TC ha señalado 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°.”*<sup>77</sup> En síntesis para el juzgador constitucional hay en la consulta establecida en el instrumento internacional, una especial naturaleza jurídica que no se satisface con los procedimientos de consulta establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, ni en la Ley indígena, y por cierto menos en la ley sectorial que está como hemos dicho concebida para la ciudadanía, no para los pueblos indígenas.

---

<sup>72</sup> Corte Suprema Sentencia recaída en el recurso de protección de garantías constitucionales, Rol 2262/2011, de 16 de Junio de 2011.

<sup>73</sup> 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.”*

<sup>74</sup> Corte Suprema Sentencia recaída en el recurso de protección de garantías constitucionales, Rol 258-2011 de 13 de julio de 2011

<sup>75</sup> Corte Suprema Sentencia ROL 258-2011. Considerando 8.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

<sup>77</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, ROL N° 309 de 4 de agosto de 2000. Considerando 6

## **VII Conclusiones**

1° El deber de Consulta a los pueblos indígenas tiene un carácter autoejecutable por lo que todos los órganos del Estado están obligados a implementarlo 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 ejecutabilidad y 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 humanos. Estos procedimientos deben ser establecidos previa consulta con los pueblos indígenas, disponiéndose de un clima adecuado que genere confianzas entre los interlocutores.

3° La ausencia de un mecanismo institucionalizado que regule el ejercicio de este derecho no exonera a los órganos del Estado de la obligación de consultar, de conformidad a los principios y estándares desarrollados por el derecho internacional de derechos humanos, toda medida legislativa o administrativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.

4° En razón de su carácter autoejecutable los tribunales de justicia deben asegurar la realización del derecho de consulta ordenando para el caso de incumplimiento el pleno restablecimiento del derecho y la debida protección de los afectados.