

**EL ESTÁNDAR DE BUENA FE EN EL DERECHO DE CONSULTA INDÍGENA:
LOS CASOS DE BOLIVIA, COLOMBIA, PERÚ Y CHILE.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

CARLA FRANCISCA MIX BARRUETO
CAMILA FERNANDA VIVALLO VALDÉS

Profesora guía:
Nancy Yáñez Fuenzalida

Santiago de Chile
2019

A mi madre.
C. F. Mix

A Santiago, mi hijo, quien hace posible que todos los días brillen.
C. Vivallo

EL ESTÁNDAR DE BUENA FE EN EL DERECHO DE CONSULTA INDÍGENA: LOS CASOS DE BOLIVIA, COLOMBIA, PERÚ Y CHILE.

CAPÍTULO I. Introducción

1. Antecedentes del Convenio N°169 de la OIT
2. Derecho a la Consulta Previa y el Convenio N°169 de la OIT
 - 2.1 La Consulta como un derecho político de los Pueblos Indígenas
 - 2.1.1 El Pueblo como sujeto político de Derecho Internacional
 - 2.1.2 La Consulta como un derecho político colectivo de los Pueblos Indígenas

CAPÍTULO II. Sistema Internacional de los Derechos Humanos. El Derecho de Consulta Previa Indígena y el Convenio 169 de la OIT

1. Estándares normativos de la Consulta
 - 1.1 Debe ser previo
 - 1.2 Debe ser libre
 - 1.3 Debe ser informado
 - 1.4 Debe ser culturalmente adecuado
 - 1.5 Debe ser de Buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento
 - 1.6 Derecho de participación
2. Estándar normativo de Buena fe en el derecho de consulta indígena
 - 2.1 El deber de Consulta del Estado
 - 2.2 La consulta sobre la consulta
 - 2.3 La Consulta no implica derecho a veto
 - 2.4 La mitigación de los desequilibrios de poder
 - 2.5 Ausencia de presiones indebidas, represalias y violencia para aceptar proyectos extractivos o participar en consultas
 - 2.6 La Consulta no se agota con la mera información.
 - 2.7 Mecanismos de Garantía

CAPÍTULO III. Derecho comparado. Contenido del estándar de Buena fe: sujeto obligado, obligaciones y mecanismos de garantía.

1. Bolivia
2. Colombia

3. Perú
4. Chile.

CAPÍTULO IV. Conclusiones.

ANEXOS

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.

1. Antecedentes del Convenio N°169 de la OIT

La relación histórica entre los Pueblos Indígenas y el Estado se ha caracterizado por ser de tipo asimétrica. Tempranamente, los nuevos estados nacionales americanos reclamaron para sí los territorios tradicionalmente ocupados por las comunidades, lo que sucedió en su mayoría mediante campañas militares de ocupación y técnicas de usurpación legal, con el fin de ser explotados bajo su dominio. La apropiación de nuevos territorios, necesarios para sustentar la economía productiva de extracción y exportación de materias primas de las nuevas repúblicas, operó avalado por el discurso de la construcción de una identidad nacional homogénea¹ y la unidad territorial, sin espacio para el componente indígena. Para José A. Marimán, *“con la emancipación de los indios no hubo descolonización o independencia para los indios, porque no fueron abolidas las relaciones coloniales, sino que las perpetuaron”* (Marimán, 2012, p. 45).

Así, y hasta hace solo unas décadas atrás, la política indígena implementada por el Estado chileno se caracterizó por la voluntad de asimilar a los indios, destinados irremediamente a su desaparición ante el proyecto civilizador de occidente y considerados como un obstáculo al desarrollo del país, propósito que se consiguió principalmente mediante el sistema de reducciones o reservas² facilitando la aculturación, el desplazamiento, la fragmentación social y la reorganización de la base económica de las comunidades nativas. Asimismo, mediante la imposición forzada de la institucionalidad nacional, siendo compelidos a integrarse a la sociedad chilena, comprometiendo su subsistencia material y cultural.

El historiador Mario Góngora revela el proyecto de construcción identitaria homogénea en el pensamiento de las elites chilenas del siglo XIX, necesaria para la gobernabilidad del naciente Estado: *“[e]l desarrollo no se produciría aquí como en los países*

¹ Sobre la creación de la nacionalidad chilena, el historiador Mario Góngora: *“[l]a nacionalidad chilena ha sido formada por un Estado que ha antecedido a ella”* (GÓNGORA, 1981, p.11).

² En Chile, las reducciones indígenas son aquellas tierras asignadas a los jefes de familia indígenas (longko o cacique) por el estado chileno a fines del siglo XIX, mediante la entrega de títulos de merced, de carácter comunitaria y para el aprovechamiento económico de sus ocupantes. Esta política de radicación significó la reorientación de la actividad económica mapuche hacia la agricultura de subsistencia y de mano de obra.

nórdicos, por el despliegue espontáneo de las fuerzas productivas, sino que tendría que ser “un proceso inducido” por medios directos e indirectos..., venciendo todos los obstáculos que pusiera la mentalidad “tradicional” de origen hispánico o indígena” (Góngora, 1981, p.126).

Los territorios indígenas, ricos en recursos naturales³, se han visto constantemente amenazados por la actividad extractiva de larga presencia en la historia de nuestro continente y que vive un nuevo ciclo de expansión desde la década de los noventa, siendo este el conflicto fundamental por el que se enfrentan hoy los intereses de las comunidades, de las industrias extractivas y de los Estados⁴ que han actuado como agentes facilitadores para el desarrollo de proyectos de inversión en sus territorios, con consecuencias negativas respecto de los primeros⁵, especialmente sobre su derecho a la libre determinación, su derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo y su derecho de propiedad sobre la tierra, territorios y recursos *“que tradicionalmente ocupan o a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”*, conforme lo establece el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, “Convenio N°169 OIT”).

A través de la firma y ratificación de diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos en el reconocimiento de los derechos de los Pueblos Indígenas, se pretende compensar el trato opresivo al que sistemáticamente han sido sometidos. Entre ellos, es el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante Convenio N°169 OIT) el que consagra su derecho a la autodeterminación, materializado en el Derecho a la Consulta Previa y el principio de participación y, asimismo, el derecho a establecer sus prioridades en materia de desarrollo.

³ Al respecto, el Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA por sus siglas en inglés) señala: *“It is estimated that as much as 50% of the gold produced between 1995 and 2015, and up to 70% of copper production by 2020, will take place on the territories of Indigenous Peoples. In 2009, the European Commission noted that approximately 70% of the uranium used in nuclear reactors was sourced from the homelands of Indigenous Peoples worldwide.”* En IWGIA. Indigenous peoples, transnational corporations and other business enterprises”, informative note (January 2012). Documento en línea, disponible en: [\[https://www.iwgia.org/images/publications//0566_BRIEFING_2.pdf\]](https://www.iwgia.org/images/publications//0566_BRIEFING_2.pdf).

⁴ La explotación, apropiación y venta de los recursos naturales generalmente está en manos de empresas privadas con apoyo del Estado, y ocasionalmente de empresas estatales. En ambos casos, el Estado ha afirmado su derecho de propiedad sobre el suelo y subsuelo, con el fin de explotarlos o concesionarlos a privados, constituyendo una fuente importante de ingresos fiscales.

⁵ Para más información sobre acumulación capitalista por desposesión, véase: Harvey, David. 2003. The New Imperialism. Oxford, New York. Oxford University Press. Documento en línea, disponible en: [\[http://eatonak.org/IPE501/downloads/files/New%20Imperialism.pdf\]](http://eatonak.org/IPE501/downloads/files/New%20Imperialism.pdf)

Fue la Organización Internacional del Trabajo (OIT), uno de los organismos especializados de las Naciones Unidas que se ocupa de los asuntos laborales y la justicia social, *“la primera organización internacional en prestar atención específica a los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de la discriminación laboral próxima a la esclavitud que estaban sufriendo. Fruto de ella fue la adopción del primer convenio internacional dirigido a proteger los derechos de los pueblos indígenas. El Convenio N°107 de la OIT aprobado en 1957. Desgraciadamente. La perspectiva que primaba en este convenio era la perspectiva asimilacionista. En el fondo, lo que se perseguía era la integración de los indígenas a la sociedad dominante, para lo que tenían que renunciar a los aspectos básicos de su identidad”* (Aylwin, 2013, p.20).

La OIT se ve presionada a modernizar las normas de derecho indígena adoptadas previamente a través del Convenio N°107 O.I.T. (del año 1957) que, acordado sin la participación de comunidades indígenas -o de sus representantes-, estaba destinado a *“[la] integración progresiva (de las personas indígenas) en sus respectivas colectividades nacionales y el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo”* (Preámbulo Convenio N°107 OIT). El Convenio N°169 OIT. sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989) surge al paso de un debate político gestado en el seno del sistema internacional de los Derechos Humanos en torno a las demandas planteadas por el movimiento indígena mundial durante la década de los setenta y ochenta, y cuyo punto culminante sería la dictación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblo Indígenas (2007).

El artículo 6 del Convenio N°169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, instrumento internacional ratificado por Chile en septiembre de 2008 y, por tanto, norma de derecho interno, dispone el deber de consulta a los pueblos indígenas que pesa sobre los Estados cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente. **Particularmente, previene en su numeral 2° que esta deberá efectuarse de buena fe.** A continuación, en su artículo 7 reconoce el derecho que les asiste de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, debiendo participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. Más adelante, el artículo 15, relativo al aprovechamiento de recursos naturales (principalmente mineros, petroleros y agrícolas) existentes en tierras indígenas, exige consultar a los pueblos indígenas y a participar en los beneficios que reporten tales actividades.

Luego, la buena fe se erige como un estándar normativo cuyo cumplimiento es exigido a los órganos de la Administración del Estado dentro de todo proceso de consulta indígena para dar por cumplida dicha obligación, en otras palabras, constituye un requisito de validez del proceso.

El objeto de la presente investigación es identificar el alcance del estándar de buena fe en el derecho de consulta indígena, específicamente respecto de su contenido obligacional y los mecanismos de garantía previstos en Bolivia, Colombia, Perú y Chile, y su desarrollo en sede Internacional. Lo anterior, en vistas que en la región se observa una tendencia a reglamentar la Consulta y su alcance, restringiéndola mediante inventivas jurídicas tales como la tipificación de conductas como constitutivas de mala fe que obligan tanto los Estados como a los pueblos indígenas o, en otros casos, exigiéndose un estándar de conducta a los pueblos indígenas en términos de deberes de lealtad y honestidad, propias de relaciones fiduciarias del derecho privado. En ambos casos, bien habilitando la suspensión unilateral del proceso de consulta por la Administración en caso de verificarse tales circunstancias, dando por cumplida la exigencia legal de efectuar la consulta, o la aplicación de sanciones a los miembros de las comunidades opositoras, sus líderes y defensores de los derechos humanos, lo que equivale a prácticas de criminalización de la protesta social.

La pregunta que cabe plantearse es: ¿qué sucede cuándo los pueblos indígenas en el ejercicio a su derecho a establecer sus propias prioridades de desarrollo resuelven rechazar un proceso de consulta? Luego, y considerando la asimetría histórica existente entre el Estado y los pueblos indígenas: ¿resulta justificable hacer exigible el estándar normativo de buena fe como obligaciones recíprocas y equivalentes entre las partes? Por otro lado, en la implementación del derecho de consulta a nivel regional se evidencian, además, las siguientes problemáticas: (1) prácticas de criminalización de la protesta social, que obstaculizan el ejercicio de la consulta y otros derechos; (2) aplicación de lógicas de negociación privada en la disputa por los territorios, a través de la negociación de derechos como compensaciones o consultas pro forma; (3) negación del derecho a establecer sus prioridades en materia de desarrollo; (4) restricción de estándares internacionales referidos a la consulta previa vía reglamentaria.

La finalidad de la presente investigación es determinar el contenido de las obligaciones que tocan al Estado en la aplicación del estándar normativo de buena fe dentro de un proceso de consulta previa indígena, a la luz del Convenio N°169 OIT y la Declaración de Naciones Unidas, y su interpretación evolutiva en sede internacional.

2. Derecho a la Consulta Previa y el Convenio N°169 de la OIT

2.1 La Consulta como un derecho político de los Pueblos Indígenas

2.1.1 El Pueblo como sujeto político de Derecho Internacional

El término -la condición de- *“pueblo”* es fundamental en el Derecho Internacional, con importantes consecuencias en el reconocimiento de los derechos recogidos en los diversos pactos internacionales de Derechos Humanos y una condición necesaria para su ejercicio. Así, el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas reconoce el derecho a la libre determinación y se encuentra reservada exclusivamente a (todos) los *pueblos*, en virtud del cual *“...establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”*, en definitiva, para controlar sus vidas, territorios y recursos sin interferencias de foráneos. Durante décadas, el derecho a la autodeterminación ha sido el eje fundamental de las luchas y reivindicaciones indígenas.

El posicionamiento del movimiento indígena como actor político a nivel internacional ocurrió principalmente durante la década de los setenta y ochenta, favorecido por los procesos de descolonización, la consolidación del sistema internacional de los derechos humanos de la mano de los movimientos de derechos civiles y políticos, y la creciente conciencia de los pueblos indígenas de estar afrontando una lucha en común que se expresó en la proliferación y articulación de organizaciones indígenas -locales, regionales e internacionales- con el objetivo de defender y promover sus derechos sobre sus tierras, territorios y recursos. Desde entonces, los pueblos indígenas han participado activamente en el escenario internacional, como una herramienta efectiva para la defensa de sus DD.HH. (o más efectiva, donde se han agotado los recursos internos del país) y una plataforma de articulación y cooperación internacional.

El debate en torno al reconocimiento en su condición de pueblos (y sus prerrogativas) en el marco del derecho internacional no es nuevo dentro del movimiento indígena, y podemos encontrar menciones explícitas de ello, por ejemplo, en la Declaración de Quito, documento aprobado en el Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios celebrado en la ciudad de Quito del 17 al 21 de julio de 1990.⁶ Un año antes, la junta Aborigen reivindicó su calidad de pueblo y no *meras poblaciones* (Gray, 1997, p. 176), en reunión para la revisión del Convenio 169 ante la OIT. También podemos encontrar el discurso autodeterminista en las propuestas desarrolladas por la organización mapuche Aukiñ Wallmapu Ngulam o Consejo de Todas las Tierras sobre co-gobierno, gobierno paralelo y autonomía (1991-1992) (Marimán, 2012).

La respuesta desde los Estados y desde las organizaciones internacionales que los agrupan fue naturalmente inversa, quienes aún ven en la lucha por la autonomía una amenaza para la integridad territorial y unidad nacional de los Estados, y durante décadas insistieron en denominaciones menos arriesgadas. Por otro lado, y aunque los DD.HH. fueron concebidos en su origen desde una dimensión individual -incluidos los derechos de grupos específicos-, el reconocimiento y la evolución de los derechos colectivos en el plano internacional, a partir de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (1966), es indiscutible.

“En los Pactos⁷ no aparece el concepto de Pueblos Indígenas o simplemente “indígenas”. Sin embargo, es evidente que los Pactos y el conjunto de la Carta de los Derechos Humanos es la base para la elaboración de los derechos indígenas, los que eran visualizados en ese tiempo, década del cuarenta del siglo veinte, como problemas de “minorías étnicas”. En el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se señala que: “(e)n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no

⁶ En el Preámbulo de la Declaración de Quito, se expresa lo siguiente: *“Demandamos nuestro reconocimiento como pueblos en el marco del derecho internacional, cuestión que exigimos sea incorporada en los respectivos Estados nacionales.”* Luego, el segundo capítulo denominado “Autodeterminación y Proyecto Político” agrega que *“[c]ada pueblo indio tiene el derecho a adoptar la denominación que se adapte a sus luchas políticas según su proyecto político en cada país. En el interés por encontrar una denominación común, la mejor de ellas quizás es la de pueblos indios, ya que la categoría de pueblo tiene un rango en los documentos del derecho intencional (ONU, OEA), donde se especifica que todo pueblo tiene derecho a la auto determinación.”*

⁷ Los Pactos de Nueva York o Pactos Internacionales de Derechos Humanos son dos tratados internacionales sobre derechos humanos adoptados en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas por la Resolución 2200A (XXI) de 16 de diciembre de 1966: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y un Protocolo facultativo a este último. Todos instrumentos que han servido para operativizar la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada en 1948.

se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y emplear su propio idioma".

En referencia a los pueblos indígenas deberíamos decir a lo menos lo siguiente: a) los indígenas son comprendidos en el Pacto de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos bajo el concepto genérico de "minoría étnica"; b) los derechos se refieren, en primer lugar y, ante todo, a las personas que pertenecen a esas minorías étnicas; c) esos derechos los ejercen en común "con los demás miembros de su grupo", cuestión que aparece de manera consustancial al derecho personal o individual" (Bengoa, 2000, p. 259-260). Ésta ha sido la interpretación tradicional que, a través de nociones tales como "minorías étnicas", "gentes indígenas", "poblaciones indígenas", entre otras, se pretende desconocer el carácter colectivo de los pueblos indígenas en cuanto titular de derechos y de paso excluirlos como destinatarios del derecho a la libre determinación, eje de sus reivindicaciones.

Sin embargo, y aunque los derechos recogidos en el artículo 27 del Pacto son titulados por individuos, son ejercidos "en común con los demás miembros de su grupo", reconociéndose en la redacción del texto citado, al mismo tiempo, su naturaleza colectiva. Si bien son derechos individuales, el ejercicio de estos derechos por parte de su titular depende de su pertenencia a un grupo, siempre cuando este grupo sea capaz de conservar su existencia y especificidad, para cuyo caso la colectividad se transforma en un sujeto digno de protección estatal. Así, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señalaría, respecto a la extensión de su contenido, que: "[l]os derechos protegidos por el Artículo 27 incluyen los derechos de personas, en comunidad con otras, a dedicarse a actividades económicas y sociales que son parte de la cultura de la comunidad a la que pertenecen" (OACDH, 1990, párr. 32.2). Igualmente, "[l]os derechos de las personas amparadas en virtud de ese artículo (artículo 27) pueden guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos" (OACDH, 1994, párr. 3.2). Se marca con claridad el paso desde una concepción individual a una concepción colectiva en el Sistema de Naciones Unidas. Progresivamente, la interpretación del Comité se ha ido realizando en la dirección de expandir el catálogo de derechos de los pueblos indígenas, de la mano del Convenio 169 y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas.

El Convenio de los Pueblos Indígenas y Tribales (núm. 107) de la OIT de 1957, adoptado como el primer tratado internacional que trata directa y exclusivamente la problemática indígena y cuya aplicación corresponde, conforme el artículo 1 del instrumento, *“a los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes”*, desconoció la subjetividad colectiva de los pueblos indígenas y de sus derechos conexos, acordado con un marcado enfoque integracionista. En consecuencia, *“[d]urante los años que sucedieron a su aprobación, se pusieron de manifiesto las limitaciones del Convenio N° 107 y las propias agrupaciones indígenas comenzaron a reclamar nuevas normas internacionales.”*⁸

Con todo, la discusión parecía haber sido zanjada por el derecho internacional con la aprobación del Convenio 169 de la OIT, que significó por vez primera el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujeto colectivo de derechos, al señalar en su artículo 1 que el presente convenio se aplica *“a los pueblos”*, a quienes, además se les reconoce el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social cultural, marcando un cambio de paradigma con su antecesor, el Convenio 107 de la OIT y el resto de los tratados sobre el tema, al asentar el concepto de “Pueblos Indígenas” como el más adecuado para tratar la cuestión indígena, distanciándose de expresiones tales como “poblaciones” o “gentes”, referidos a sujetos individuales pertenecientes a un grupo y no a un colectivo. Sin embargo, el Convenio cede en su numeral final mismo artículo, al disponer que *“la utilización del término “pueblos” en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”* donde, según las reglas de interpretación de los tratados contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el término *pueblo* tiene un sentido especial y ése es el que debe darse al documento. En palabras de Bengoa, lo anterior importaría una contradicción teórica y política en el sentido que, por una parte, les reconocería el carácter de “pueblos” de los colectivos indígenas mientras que, por otra parte, cercenaría su derecho a la libre determinación (Bengoa, 2000, p. 276).

La Corte Interamericana de DDHH, conociendo del caso *Awás Tingni contra Nicaragua (2001)*, se pronunció por vez primera a favor del reconocimiento de la dimensión

⁸ Véase: Folleto N° 8: *La OIT y los pueblos indígenas y tribales*, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) de las Naciones Unidas. Documento en línea, disponible en [\[https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideIPleaflet8sp.pdf\]](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideIPleaflet8sp.pdf)

colectiva de aquellos derechos que asisten a los pueblos indígenas y tribales, y que se encuentren amparados por la Convención, entre ellos, la propiedad colectiva o comunal de sus tierras, territorios y recursos. Esto, a través de una interpretación del derecho a la propiedad privada reconocido en el artículo 21 de la Convención conforme el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, en aplicación del artículo 29 en conexión con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos, sin discriminación) de la Convención Americana, para el aseguramiento del goce de sus territorios y recursos tradicionales de carácter comunal o colectivo. Concretamente:

“Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención -que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal” (CIDH, 2001, párr. 148).

Luego, y a partir del caso *Yakye Axa contra Paraguay (2005)*, la Corte incorporó definitivamente la dimensión colectiva del derecho de propiedad indígena, a través de la integración del contenido del Convenio 169 de la OIT. Al respecto, la Corte ha señalado que:

“En el presente caso, al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, tales como el Convenio N°169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (CIDH, 2005, párr. 127).

En seguida:

“En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana” (CIDH, 2005, párr. 137).

Más tarde, conociendo del caso *Sarayaku contra Ecuador*, la Corte reconocería ya expresamente a los pueblos indígenas como sujetos colectivos del Derecho Internacional. A saber:

“En anteriores oportunidades, en casos relativos a comunidades o pueblos indígenas y tribales el Tribunal ha declarado violaciones en perjuicio de los integrantes o miembros de las comunidades y pueblos indígenas o tribales. Sin embargo, la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros. Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva, la Corte señala que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la presente Sentencia deben entenderse desde dicha perspectiva colectiva” (CIDH, 2012, párr. 231).

Como queda en evidencia, las reivindicaciones indígenas exceden a la simple denominación de *pueblos*, hacia el reconocimiento de su derecho a la autodeterminación y de la condición jurídica de dichos pueblos como colectividades políticas. La negación de su calidad de tales constituye abiertamente una discriminación en los términos de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación Racial, donde *“la expresión <discriminación racial> denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública (artículo 1.1)”*. Los pueblos indígenas detentan el mismo derecho a la libre determinación que disfrutaban otros pueblos.

En este mismo sentido, el ex Relator Especial para Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, don José Martínez Cobo, señaló que *“no he podido hallar argumento jurídico suficiente para que pueda defenderse la idea de que los indígenas han perdido su personalidad indígena internacional como naciones/pueblos”* (Martínez Cobo, 1999, párr. 265).

Finalmente, es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, cuyo texto fue aprobado por la Asamblea General del organismo el 13 de septiembre de 2007 (que contó con la aprobación de Chile), junto con la interpretación evolutiva en materia de derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹, que reconoce expresamente el derecho a la libre determinación de los *pueblos* indígenas, lo que ha significado una mayor comprensión y salvaguardia a los derechos de aquellos.

A nivel regional, encontramos dos casos paradigmáticos que dan cuenta de la vigencia de esta discusión. Por un lado, la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia reconoce y consolida las autonomías indígenas, en una formulación a la vanguardia del avance internacional sobre el asunto (particularmente, el Convenio 169 OIT y la Declaración). Pone en evidencia que la cuestión principal reside en la democratización de la estructura del poder estatal y del proceso de toma de decisiones. En específico, Bolivia eligió siguiente diseño autonómico: autonomías indígenas con reconocimiento constitucional y presencia institucional, a través de un proceso de descentralización político-administrativa y de desconcentración del poder estatal.

Contrariamente, el Tribunal Constitucional chileno (Rol 309-2000), en sentencia de 4 de agosto de 2000, señaló de manera expresa que *“debemos desestimar que el concepto “pueblo” tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional (considerando 38°)”*¹⁰, en cuyo caso el Convenio adolecería de inconstitucionalidad, *“pues se estaría creando una especie de nuevo Estado dentro del Estado de Chile (considerando 34°)*, debiendo interpretarse la expresión “pueblos indígenas” como un conjunto de personas o grupo de personas de un país que poseen en común características culturales propias, **que no se encuentran dotadas de potestades públicas** y que tienen derecho a participar y a ser consultadas, en materias que le conciernen, con estricta sujeción a la ley (considerando 44°). Asimismo, ha considerado que la consulta **no implica ejercicio de la soberanía**, cuestión que discutiremos a continuación.

⁹ La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, norma aplicable para la Corte, es un instrumento sobre derechos humanos y sus disposiciones han de interpretarse siempre de manera evolutiva, esto es, adaptarse a la realidad cambiante, cuando se favorece la expansión y ejercicio de los derechos, en conformidad con su objeto y fin.

2.1.2 La Consulta como un derecho político colectivo de los Pueblos Indígenas

Se ha acusado al Convenio 169 OIT, y en general a las aspiraciones autodeterministas del movimiento indígena, de atentar contra la integridad territorial y la unidad nacional de los Estados, y en última instancia, atentar contra la soberanía estatal. Esto, por suscribir a los principios de consulta y de participación de los pueblos indígenas, como expresión del derecho de libre determinación. La respuesta propia desde una concepción liberal de los Derechos Humanos -que da preeminencia a los derechos individuales por sobre los de grupo, los que son reconocidos como una extensión de los primeros-, consiste en diluir la diferencia en valores asumidos como universales (derechos de los ciudadanos), en menoscabo, en este caso, al derecho a la identidad cultural de los pueblos indígena y derechos conexos (derecho a la autodeterminación y derecho al desarrollo), lo que otorga un conveniente blindaje ante los fantasmas segregacionistas.

Sin embargo, y desde el punto de vista de la finalidad del Estado, el argumento yerra en -al menos- un doble sentido. Primero, los pueblos indígenas se plantean como pueblos culturalmente diferenciados de la sociedad nacional hegemónica, esto es, reconocen un sistema de valores y creencias diverso al de la sociedad mayor, plasmado en sus formas de vida significativas dignas de protección estatal en atención al derecho a la identidad cultural que les ampara.¹¹¹² Segundo, sus condiciones materiales de existencia resultan generalmente más vulnerables que el resto de la población, con mayores probabilidades de sufrir la privación de sus derechos fundamentales y la consecuente imposibilidad de participar plenamente en la vida social, solución opuesta a los fines autoimpuestos de un Estado democrático.

En consecuencia, el desafío que afronta toda sociedad democrática que sea pluricultural, es la superación de las posiciones que anulen voluntades políticas colectivas como las indígenas y que, en la práctica, han resultado ser infructuosas en la resolución de

¹⁰ Tribunal Constitucional, Rol 309-2000, sentencia de 4 de agosto de 2000, considerando 38.

¹¹ Esto es, en el reconocimiento de lo pueblos indígenas en igual dignidad y derecho que el resto de todos los pueblos, en los términos declarados en el preámbulo de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: “[l]os pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales”

los problemas que les aquejan respecto del Estado y en la protección efectiva de sus derechos. En este sentido, el papel que juega el reconocimiento a la autodeterminación indígena, *“entendida como el derecho de ser partícipes activos de su propio desarrollo, fijando sus prioridades económicas, sociales y culturales. Más aún cuando los procesos de desarrollo nacional pueden afectar sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera”* (Wray, 2002, p.42), es permitir el ejercicio democrático del derecho a la igualdad de quienes han sido histórica y sistemáticamente marginados del poder, y la única vía a través de la cual los Pueblos Indígenas podrán encontrar satisfacción a sus intereses y demandas.

Parece importante insistir en que el separatismo no es la única fórmula para el ejercicio de la libre determinación, en el sentido que aportan, por ejemplo, el nuevo paradigma constitucional de la plurinacionalidad del Estado a través del derecho a definir su propio estatuto jurídico, también los referidos al proceso descolonizador, tales como la independencia, la libre asociación y la integración y, actualmente, los derechos de Consulta y Consentimiento Previo Libre e Informado de los Pueblos Indígenas. Todas herramientas de diálogo intercultural que, aunque con diverso contenido y alcance, permiten la materialización del derecho a autodeterminación de los pueblos. Conforme al artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas que prescribe derecho a autodeterminación de los pueblos, en virtud del cual *“...establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.”*

Para José A. Marimán, *“si bien la demanda de autodeterminación mapuche, verbalizada también como autonomía, difiere de la acostumbrada reivindicación etnogremial campesina por tierra, desplegada durante gran parte del siglo XX por las organizaciones mapuche (demanda economicista, asistencialista y culturalista), ella no es homogénea. Dicho de otra forma, la demanda de autodeterminación mapuche trasluce un debate interno en la sociedad política mapuche, que nos habla de la existencia de un discurso político que enfatiza lo etno-cultural o las tradiciones cuando se imagina un futuro para los mapuche (reivindica reapropiarse de una epistemología propia, una cosmovisión propia, construir nuevos conocimientos a partir de nuestra cultura, y reflotar instituciones propias, para salvaguardar y perpetuar lo original a los mapuche en un autonomía); y de otro discurso que*

¹² Esta investigación adhiere a la perspectiva cognitiva de la construcción de la frontera étnica en la creación o reforzamiento de la identidad y etnicidad, desarrollada por José A. Marimán en Autodeterminación. Ideas políticas mapuche en el albor del siglo XXI (Marimán, 2012).

acentúa lazos y derechos cívico-políticos, en su demanda de un forma estatal nueva de relaciones sociales y políticas entre mapuche y chilenos.” (Marimán, 2012, p. 24)

Así, el derecho de consulta previa indígena constituye una manifestación del derecho de libre determinación y de participación. El Convenio 169 de la OIT contempla el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y tribales conforme a su artículo 7, en que reconoce el derecho que atañe a los pueblos indígenas a “*decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo*” y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural, estableciendo la Consulta (artículo 6) como el mecanismo para el ejercicio de este derecho. De igual forma, en el artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas se afirma que: “*los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación*”. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural, que “*responde a las aspiraciones de los pueblos indígenas de todo el mundo de determinar su propio destino en condiciones de igualdad y de participar efectivamente en el proceso de adopción de decisiones que los afecten*” (Anaya, 2009, párr.41).

En suma:

1) “*La consulta previa debe concebirse como un mecanismo para garantizar los demás derechos de los pueblos indígenas consagrados en este tratado internacional, particularmente el derecho a la vida y a la integridad cultural de los pueblos indígenas, reconocidos en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, y el derecho a la autonomía. Esta última está reconocida en el preámbulo del Convenio, y por lo mismo sirve para interpretar el alcance de disposiciones tales como la que consagra el derecho a controlar las formas propias de desarrollo. Además, el derecho a la autonomía está expresamente consagrado en la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas*” (Aylwin, 2013, p.407).

2) El Convenio 169, a través de los mecanismos de la Consulta y el Consentimiento, “*tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones*” (Anaya, 2009, párr. 41), concretizando el derecho a la autodeterminación y de participación de los pueblos indígenas sin poner en riesgo la integridad territorial del Estado. Conjuntamente y para la consecución de este fin, el

Convenio reconoce y ampara los procesos e instituciones internas de adopción de decisiones de los pueblos indígenas. En este sentido, constituye una propuesta crítica sobre la distribución y el ejercicio del poder que desafía el paradigma liberal del Estado-Nación¹³.

3) Finalmente, los principios aplicables a la Consulta deben ser siempre interpretados en miras a la consecución de su fin, esto es, en la dirección de reducir la asimetría histórica existente entre el Estado y los pueblos indígenas que amenaza la subsistencia material y cultural de dichos pueblos.

¹³ La experiencia latinoamericana nos plantea la necesidad de repensar las estructuras vigentes del poder desde una perspectiva multicultural y plurinacional, hacia la refundación del Estado moderno monolítico a uno de tipo decolonial.

CAPÍTULO II. Sistema Internacional de los Derechos Humanos. El Derecho de Consulta Indígena y el Convenio 169 de la O.I.T.

La presente investigación será asumida desde una perspectiva del Derecho internacional de los Derechos Humanos, pues delimitaría -fijaría los límites- del alcance del estándar de Buena fe. El derecho internacional reconoce como fuentes a los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del derecho (y las normas de *ius cogens*).

Sobre el tratamiento internacional convencional a la cuestión indígena, en el seno de la ONU existe un importante número de instrumentos internacionales que de manera tangencial atañen a los derechos indígenas, siendo los más relevantes los que siguen: la Declaración Universal de los Derechos humanos, la Convención de la ONU para la prevención y Sanción del Genocidio ambos del año 1948; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial del año 1965; el pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos (en particular, su artículo 27º); el pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 1966; y la Declaración de los Derechos de las personas pertenecientes a Minorías nacionales o Étnicas, Religiosas y lingüísticas del año 1992. En el ámbito interamericano destaca la Convención Interamericana de los Derechos humanos (1969), que contempla un sistema jurisdiccional compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos humanos y la Corte Interamericana de Derechos humanos. Junto con lo anterior, el hito más relevante en el contexto de la regulación internacional de los derechos indígenas en Naciones Unidas lo constituye, sin duda, la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada por Resolución de la Asamblea General con fecha 13 de septiembre de 2007 (Mereminskaya, 2011).

Esfuerzos a los que se suman la creación del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas (1982), diseñado con el de mandato elaborar un proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, con la participación activa de organizaciones indígenas. Asimismo, el Convenio 169 de la OIT del año 1989 (sucesor del Convenio 167 de la misma organización), actualmente el instrumento internacional de carácter vinculante más relevante en materia de derechos de los pueblos indígenas, en cuanto reconoce sus derechos a la tierra y sus territorios, sus formas tradicionales de

organización y la protección de sus culturas. También ha sido significativo el paulatino reconocimiento de su derecho a la autonomía, manifestado en el derecho a la participación y a la consulta y, asimismo, a establecer sus prioridades en materia de desarrollo (Meza-Lopehandía, 2009, p.67).

El Derecho de Consulta y Participación están reconocidos en los artículos 6 y 7 del Convenio 169 OIT:

“Artículo 6.

1. 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; ...

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.

Artículo 7.

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente...”

Los derechos recogidos por los instrumentos arriba citados siempre han de interpretarse de manera progresiva o *evolutiva*, en la medida que los contextos sociales y políticos cambian y plantean nuevas exigencias democráticas. Lo anterior, siempre en armonía con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre la interpretación de los tratados, esto es, *“de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin (artículo 29).”* En consecuencia, la expansividad e integración constituyen características inherentes al

derecho internacional de los derechos humanos, en cuanto no es posible una interpretación que pretenda disminuir su eficacia.

En conformidad con esta idea, el artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos dispone que: *"no podrá admitirse restricción alguna o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado"*. Por su parte, en el sistema interamericano la idea de la integración del sistema internacional de derechos humanos está tratada en el artículo 29 de la Convención Americana.

"Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza."

En la práctica, la interpretación de estos derechos corresponde a los Estados Parte, a los órganos del sistema internacional (Tribunales de Justicia, órganos consultivos, informes de relator, entre otros) y a la doctrina, quienes, a través de su producción, concurren en la creación y consolidación de la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho en el seno de la comunidad internacional, y que acaba instituyéndose como tal (Meza-Lopehandía, 2009, p.53).

El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos (perteneciente a las Naciones Unidas) ha reconocido y desarrollado el derecho a la consulta en sus dictámenes.

Ha suscitado especial interés para los pueblos indígenas, en lo que respecta a la consulta, lo resuelto en el caso *Ángela Poma Poma contra Perú (2009)*, donde el mismo Comité reconoce a los pueblos indígenas el derecho a ser consultados cuando se tomen medidas que sean incompatibles con el ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 27, lo que puede incluir gozar de “*un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres (párr. 7.2)*” o “*emprender actividades sociales y económicas que forman parte de la cultura a la que pertenecen (párr. 7.3)*.” Incluso, reconoce su derecho al consentimiento cuando tales medidas puedan generar un impacto significativo sobre sus formas de vida y costumbres.

A nivel regional, la Corte interamericana de Derechos Humanos, en las últimas décadas ha conocido de una veintena de casos que le han permitido construir estándares jurisprudenciales sólidos dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la protección y el respeto de los derechos de los pueblos indígenas. En particular, la Corte, a través de una *interpretación evolutiva*, ha establecido estándares normativos en relación con el derecho/deber de Consulta, apoyados en el derecho internacional de los derechos humanos, y para ello ha utilizado como herramienta de interpretación “*la Declaración de Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas (La Declaración) conjuntamente con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Convenio 169), las recomendaciones del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, además de su propia jurisprudencia relativa a derechos colectivos indígenas*” (Yrigoyen, 2009, p.2), así como los dictámenes y las observaciones generales de los Comités de Naciones Unidas, según veremos respecto del caso *Saramaka contra Surinam (2007)* y el caso *Sarayaku contra Ecuador (2012)*. Así, la CIDH ha fijado su jurisprudencia en relación con los derechos de los pueblos indígenas incorporando conceptos reconocidos tanto en el Convenio 169 como en la Declaración de Naciones Unidas.

En cuanto principio general del derecho, a partir del caso *Sarayaku contra Ecuador (2012)*, la CIDH ha considerado que la Consulta, además de constituir una obligación convencional, es también un principio general del Derecho Internacional (CIDH, 2012, párr. 164) que los Estados deben cumplir, con independencia a su incorporación o reconocimiento formal en normas convencionales o de derecho interno, esto es, aun cuando los Estados Parte (del Sistema Interamericano de Derecho Humanos) no hayan firmado y ratificado el

Convenio 169. La obligación de Consulta y de Participación -reflexiona la Corte- están “*en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1)*” (CIDH, 2012, párr. 165). Los principios generales del derecho internacional son valores inspiradores, informadores y ordenadores del derecho que “*constituyen una directriz eficaz para el intérprete y aplicador del derecho - juez o árbitro internacional- al momento de imprimir unidad, lógica y coherencia a su decisión concreta, aportando una determinada racionalidad jurídica, dependiendo de la materia de que se trata*” (Aguilar, 2009), relevada como fuente del Derecho Internacional por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, artículo 38, y, por tanto, los Estados se encuentran obligados a su observancia.

Finalmente, cabe recordar que la ausencia de legislación o las incongruencias en las normas vigentes, de ningún modo libran al Estado del cumplimiento de una obligación internacional. Dicha afirmación se basa en los principios de *pacta sunt servanda* y de la primacía del derecho internacional, recogidos respectivamente en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

1. Estándares normativos de la Consulta

1.1 Susceptibilidad de afectación

El Convenio 169 OIT establece que los Estados deberán consultar a los pueblos indígenas, “*cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*”. Al respecto, y aunque el estándar normativo de *susceptibilidad de afectación directa* en el artículo 6 del Convenio ha sido planteado en términos genéricos, debe interpretarse siempre en atención a la finalidad de la Consulta y, en particular, a las exigencias de buena fe que le asisten. Esto es, con el propósito de establecer un verdadero diálogo intercultural que permita el entendimiento mutuo y la resolución conjunta de potenciales conflictos, para lo cual es imprescindible el reconocimiento de los derechos e intereses en pugna. En este sentido, el Convenio viene en significar un cambio en el paradigma de relacionamiento entre los pueblos indígenas y el Estado.

Para Anaya, “*el deber de celebrar consultas se aplica siempre que una decisión legislativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos*”

por la población general del Estado (criterio de especificidad), y en tales casos el deber se aplica en relación con los pueblos indígenas que se ven particularmente afectados y respecto de esos intereses particulares” (Anaya, 2009, párr. 63). En otras palabras, se debe consultar respecto de toda decisión que tenga un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas, “[s]in embargo, la afectación directa a los intereses de los pueblos indígenas **no implica necesariamente que la medida propuesta afecte únicamente** -o exclusivamente- **a dichos pueblos**” (Anaya, 2011, párr. 16)¹⁴, de manera que constituyera un requisito extra la circunstancia que el resto de los integrantes del estado no se vieran afectados en absoluto por ella.

Por su parte, la Corte IDH, a partir del caso Saramaka vs. Surinam, señala que procede la consulta ante cualquier actividad que **probablemente** afecte la integridad de las tierras y recursos naturales dentro de su territorio (CIDH, 2007), que han poseído tradicionalmente y que son necesarios para la subsistencia económica y cultural de dichos pueblos. Esto, en conformidad con el artículo 32.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, según corresponde consultar “...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 propósito del derecho a la propiedad privada establecido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en referencia a la propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas y tribales. En la misma línea, reitera en caso Sarakayu contra Ecuador que el Estado debe consultar a los pueblos indígenas “sobre asuntos **que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social**” (CIDH, 2012, párr. 217).

La Corte indica que “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían **un mayor impacto** dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe **obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones**” (CIDH, 2007, párr. 135), transitando de la sola Consulta a la exigencia del Consentimiento de los pueblos indígenas implicados, en los casos que la decisión administrativa o legislativa

¹⁴ Comentario del ex Relator Especial para Naciones Unidas, don James Anaya, en relación con el Borrador Preliminar de Reglamento para el proceso de Consulta del Convenio 169 en Guatemala (2011), que contempla el ámbito de aplicación de la consulta en relación con las medidas “que incidan directa, exclusiva y únicamente” a los pueblos indígenas.

genere “un **impacto significativo** en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales” (CIDH, 2007, párr. 136) o que ponga en riesgo su existencia e integridad física y cultural.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, en una interpretación evolutiva del artículo 27 del Pacto a la luz del Convenio 169 OIT y la Declaración, ha establecido en el caso *Ángela Poma Poma contra Perú (2009)* que “la permisibilidad de las medidas que comprometen **significativamente** las actividades económicas de valor cultural de una minoría o comunidad indígena o interfieren en ellas, guarda relación con el hecho de que los miembros de esa comunidad hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas y de que sigan beneficiándose de su economía tradicional. El Comité considera que la participación en el proceso de decisión debe ser efectiva, por lo que no es suficiente la mera consulta, sino que se requiere el **consentimiento libre, previo e informado** de los miembros de la comunidad” (OACDH, 2009, párr. 7.7). Queda establecido, entonces, que de implicar una afectación significativa en los derechos y/o intereses de los pueblos indígenas, la medida deberá contar, además, con el Consentimiento de los pueblos indígenas afectados y no únicamente con la Consulta.

En Chile, el artículo 7 del Reglamento de Consulta General (DS 66/2013) ha determinado que las medidas legislativas y administrativas son susceptibles de afectarles directamente a los pueblos indígenas “cuando tales medidas sean **causa directa de un impacto significativo y específico** sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas”, optando por una fórmula legal más restrictiva respecto del estándar internacional, al exigir un impacto directo, significativo y específico. Al respecto, el relator ha rechazado la delimitación de los objetos de la consulta mediante un criterio de significatividad (Millaleo, 2014, p.85).

Tratándose de proyectos de inversión que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, SEIA¹⁵), el artículo 85 del Reglamento del SEIA en su inciso

¹⁵ Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. [<https://www.sea.gob.cl/sea/que-es-seia>] ¿Qué es el SEIA? Uno de los principales instrumentos para prevenir el deterioro ambiental es el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Este instrumento permite introducir la dimensión ambiental en el diseño y la ejecución de los proyectos y actividades que se realizan en el país; a través de él se evalúa y certifica que las iniciativas, tanto del sector público como del sector privado, se encuentran en condiciones de cumplir con los requisitos ambientales que les son aplicables, incluyendo las medidas de mitigación y restauración. La Evaluación de Impacto Ambiental concluye con una Resolución de Calificación Ambiental que puede ser de aprobación o rechazo (RCA Favorable o Desfavorable).

1° señala que “[...] en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta...”. Esto significa que no solamente se deben verificar las causales generales para la procedencia de la Consulta, sino que debe haber una **afectación directa y significativa**, en los términos de aquellas enumeradas en las letras c), d) y f) del artículo 11 de la ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y que, en cuyo caso, se exige la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental.

“Artículo 11. Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: [...]

c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;

d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar;

f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural. [...]”

Criterio que ha seguido la Corte Suprema en sentencia del 17 de mayo de 2010, Corte Suprema, Rol N°1.525-2010 (caso *Palguín*), a saber: *“Que, como se aprecia, en el evento de existir la afectación que supone la consulta prevista en el Convenio 169, ello hubiese significado -de manera indefectible- que concurren los efectos ambientales negativos que detalla el artículo 11 de la Ley de Bases del Medio Ambiente y, por tanto, se tornaba indispensable un Estudio de Impacto Ambiental, cuya regulación implica otorgar a la comunidad interesada instancias plena de participación (considerando 12°).”*¹⁶

En consecuencia, la Consulta es exigible únicamente en tanto se verifique la necesidad de presentar un Estudio de Impacto Ambiental para la aprobación ambiental del proyecto, restringiendo la aplicación del Convenio 169 a aquellos casos, sobre la base errónea que el procedimiento de participación ciudadana regulada en los artículos 26 a 31

¹⁶ Criterio es reiterado en caso Plan Regulador San Pedro de Atacama (CS, Rol N°2.261-2011); caso Parque Eólico Chiloé (CS, Rol N° 10.090-2011); entre otros.

del Reglamento de la Ley N°19.300 satisface las exigencias de la consulta indígena del Convenio 169. Este criterio podemos encontrarlo en la decisión de la Corte Suprema chilena sobre el caso Mehuín (Corte Suprema, Rol 4.078-2010) con *“el voto de minoría de parte del ministro Haroldo Brito, quien se pronunció a favor de acoger el recurso. Lo anterior, fundado en que la consulta del Convenio difiere de la Participación Ciudadana ambiental, pues aquella debe responder a la particularidad que ostentan los pueblos indígenas, cuestión que no está considerada en la legislación ambiental”* (Aylwin, 2014, p. 50), no estando conforme con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT ni con los estándares internacionales sobre la materia.

1.2 Oportunidad de la Consulta: debe ser previa

La Consulta debe ser anterior a la adopción, implementación o ejecución de la medida administrativa o legislativa prevista, es decir, con suficiente antelación para que sus efectos sean observados en relación con el objeto último de la consulta, esto es, el pretendido diálogo intercultural. Para tales efectos, la oportunidad idónea para llevar a cabo un proceso de consulta es aquella que permita a los pueblos consultados participar efectivamente, ser oídos en sus intereses e influir de manera significativa en la decisión final.

Si bien *“[e]l artículo 6 del Convenio no establece exactamente el momento en que debe iniciarse la consulta, su espíritu indica que deben establecerse mecanismos que aseguren la consulta de las medidas legislativas y administrativas con la suficiente antelación para que dicha consulta resulte **efectiva y significativa**, esto es, las consultas deben emprenderse mientras los proyectos están aún en trámite”* (Mereminskaya, 2011, p. 236), previéndose que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso.

Así, por ejemplo, *“las consultas y acuerdos con los pueblos indígenas sobre un proyecto extractivo deben tener lugar antes de que el Estado autorice, o una empresa realice, o se comprometa a realizar, cualquier actividad relacionada con el proyecto dentro de un territorio indígena o en zonas utilizadas, exclusivamente o no, por los indígenas. En la práctica, la consulta y el consentimiento puede ser necesarias en las distintas etapas de un proyecto extractivo, **desde la exploración hasta la producción y la clausura del proyecto**”* (Anaya, 2013, párr. 18).

En el mismo sentido, el Consejo de Derechos Humanos señaló que “[l]os pueblos indígenas deben participar en todas las etapas de diseño de mecanismos de consulta apropiados. Las consultas con los pueblos indígenas en relación con actividades extractivas propuestas deben iniciarse en las primeras etapas del proceso de planificación, incluidos la proposición y el diseño” (OHCHR, 2012, párr. 14).

La implementación temprana de instancias de participación indígena así sea en la etapa de formulación del proyecto extractivo o de formulación de la medida legislativa, administrativa o política susceptible de afectar a pueblos indígenas, permite un efectivo diálogo intercultural, y la prevención y resolución de posibles conflictos sociales. Ello implicaría hacer exigible la celebración de la consulta incluso en la fase concesional, en caso de proyectos extractivos, en concordancia con lo establecido en el artículo 15.2 de Convenio 169¹⁷.

De igual forma razona la CIDH, en el caso Sarayaku versus Ecuador:

“Puesto que el Estado debe garantizar estos derechos de consulta y participación en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo, estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes” (CIDH, 2012, párr. 167).¹⁸

¹⁷ Convenio 169 OIT, artículo 15. 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados 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.

¹⁸ Este criterio a sido reiterado por la CIDH en caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay (2010); caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras (2015), entre otros.

Asimismo, la debida antelación para realizar la consulta será aquella que otorgue un plazo prudente para que el pueblo consultado pueda informarse apropiadamente del alcance de la medida propuesta y decidir acorde a sus propios procesos de toma de decisiones internas. Esto es, sin presiones de tiempo indebidas. El establecimiento de plazos legales, sean fijos o máximos, de duración de las consultas debe considerar el componente intercultural de la misma, siendo preferible una regulación flexible que permita una adecuación a toda circunstancia.

En este sentido, debe evitarse toda interpretación que deforme el derecho de consulta a una instancia de mero trámite dentro de un *checklist* mayor dentro del desarrollo del proyecto o medida.

1.2 Debe ser libre

Pareciera no existir discusión entorno a la idea que la Consulta debe realizarse *libre de presiones o manipulaciones*, así como de intromisiones foráneas no solicitadas. Este principio se encuentra expresamente recogido en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, como en los artículos 10, 11, 19 y 28 de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas relativos al Consentimiento. Asiste tanto a la decisión del pueblo indígena afectado a someterse o no a un proceso de Consulta como a la deliberación colectiva dentro de un proceso de Consulta ya iniciado.

1.3 Debe ser *plenamente* informada

Un proceso de Consulta apropiado exige “*que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una **comunicación constante** entre las partes*” (CIDH, 2012, párr. 208), de manera que las comunidades cuenten con información suficiente y adecuada sobre el proyecto que se pretende desarrollar en su territorio o que sea susceptible de afectarles. Como se aprecia de lo señalado por la Corte, “*es relevante que*

*esta información sea parte de un **proceso de diálogo** que les permita a las comunidades resolver las dudas y hacerse de toda la información relevante”* (Nash, 2014, p. 9).

De lo expuesto se desprende, a lo menos, lo siguiente: Primero, el flujo de información debe ser constante en cuanto lo exijan las circunstancias del asunto sometido a Consulta. Esto, en armonía con los principios y objetivos declarados del Convenio 169, donde un acceso desigual o incompleto a la información impediría una participación efectiva de los pueblos indígenas y reduciría su capacidad de negociación ante las empresas y/o el Estado. Segundo, una consulta plenamente informada involucra que la información sea entregada en términos de ser recibida y entendida correctamente por el receptor, valiéndose para tales fines de intérpretes o traductores. Asimismo, no se agota con la entrega de antecedentes, debiendo resolverse las dudas que resulten durante el proceso con la debida antelación para que los pueblos indígenas puedan deliberar sobre el asunto, acorde a sus propios modelos de toma de decisiones.

Finalmente, y ajustándose al principio de buena fe que rige a la actuación del Estado en el ejercicio de su función pública, la información debe ser entregada de manera apropiada, esto es, la información debe ser veraz, exacta y pertinente. Al respecto, la entrega de información excesiva e innecesaria con intenciones de confundir a quien la recibe sería contraria al principio de buena fe.

1.4 Debe ser culturalmente adecuada

La consulta debe realizarse *“mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas”* elegidas conforme a sus usos y costumbres. En otras palabras, la consulta debe ser culturalmente adecuada y es deber del Estado respetar y adecuarse a los momentos, tiempos y formas de los procesos internos de toma de decisión de los pueblos indígenas consultados.

En relación con este punto, la CIDH ha señalado lo siguiente:

“La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT señaló que la expresión "procedimientos apropiados" debe entenderse con referencia a

la finalidad de la consulta y que por tanto no hay un único modelo de procedimiento apropiado, el cual debería “tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como [contextualmente de] la naturaleza de las medidas consultadas” Así, tales procesos deben incluir, según criterios sistemáticos y preestablecidos, distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos. La adecuación también implica que la consulta tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión” (CIDH, 2012, párr. 202).

El Convenio 169 OIT ha optado por un modelo flexible de consulta *“que permita la expresión de las diversas manifestaciones culturales, lo que implica, reconocimiento de las autoridades de la comunidad, respeto por los tiempos en la toma de decisiones, que se respete y garantice que las decisiones se tomen de acuerdo con los usos y costumbres de la comunidad”* (Nash, 2014, p. 40), en reconocimiento al pluralismo jurídico dentro del territorio estatal. En consecuencia, las normas y procedimientos de toma de decisión de la comunidad consultada hacen parte de las reglas aplicables al procedimiento de consulta.¹⁹

Adicionalmente, *“la representatividad de las autoridades y dirigentes que participan en los procesos de consulta es fundamental para la legitimidad de todo el procedimiento”* (Millaleo, 2014, p. 71). Así lo han resuelto los diversos órganos internacionales especializados, quienes entregan la cuestión de representatividad a los mismos pueblos indígenas de acuerdo con su especificidad. En 2001, el Comité²⁰ de la OIT encargada de examinar la reclamación contra Ecuador presentada por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (2001), consideró en su informe que *“el principio de representatividad es un componente esencial de la obligación de consulta. El Comité es consciente de que pudiera ser difícil en muchas circunstancias determinar quién representa una comunidad en particular. Sin embargo, si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio”* (Comité de Expertos OIT, 2001, párr. 44). Asimismo, la Corte

¹⁹ *“El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos”* por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Documento en línea, disponible en: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7602.pdf?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7602]

Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Saramaka versus Surinam (2008)* estableció que son los pueblos indígenas y no el Estado los que determinan quienes son sus representantes en los procedimientos de consulta. Consecuentemente, los órganos de control de la OIT han señalado en diversas oportunidades que “*dada la diversidad de los pueblos indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa*”²¹, reafirmando el criterio de flexibilidad y teniendo en cuenta las condiciones específicas del caso.

Todavía, otros criterios deben ser considerados al momento de determinar cuándo una Consulta es apropiada. Por ejemplo, un proceso de Consulta debe ser, además, culturalmente accesible. Esto es, se deben “*tomar medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces, teniendo en cuenta su diversidad lingüística, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena*” (CIDH, 2012, párr. 201).²² Igualmente, toda actividad susceptible de afectar a los pueblos y comunidades indígenas debe ser consultadas con *todos* los pueblos y comunidades indígenas involucrados, con respeto absoluto al principio de auto adscripción (o autoidentificación) reconocido en el Convenio 169 como un derecho.²³ En particular, el Estado no podrá, en virtud de este principio, “*unilateralmente adjudicar o desmentir denominaciones de las Comunidades Indígenas, por*

²⁰ Un Comité *ad hoc* es designado por el Consejo de Administración de la OIT para el examen las reclamaciones particulares por incumplimiento del Convenio presentadas ante el organismo.

²¹ Podemos encontrar este criterio en: Informe del Comité de Expertos OIT encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF), GB.295/17:GB.304/14/ (2006); Informe del Comité de Expertos OIT encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales, 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), GB.282/15/3:GB.289/17/3 (2004); Comité de Expertos OIT encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Argentina del Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Unión de Trabajadores de la Educación de Río Negro (Un.T.E.R.), gremio de base de la Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina (C.T.E.R.A.), GB.297/20/1:GB.303/19/7 (2006).

²² En la misma línea, el artículo 13 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas indica que “*Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar la protección de ese derecho y [derecho a tener y conservar su idioma] también para asegurar que los Pueblos Indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.*”

²³ Esto está plasmado en el artículo 1.2 del Convenio 169: “*La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio*”, aun en contra de criterio estatal. El derecho a la auto adscripción se manifiesta tanto individual como colectivamente, para determinar la propia pertenencia como miembro de una comunidad o la condición de pueblo indígena como tal.

corresponder este acto a la Comunidad en referencia. La identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía (párr. 37)”, especialmente si de ello resulta la exclusión de comunidades indígenas de los derechos que se les reconoce en el Convenio, entre ellos, la Consulta.

1.5 Debe ser de Buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento

De la redacción del inciso segundo del artículo 6 del Convenio, a saber: *“[l]as 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”*, se sigue que la exigencia de buena fe debe entenderse en relación a la finalidad de la consulta, es decir, de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento y que, para ello, debe implementarse de una manera apropiada a las circunstancias²⁴ dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes. **Así, la regla de buena fe refiere a la disposición de los gobiernos en la realización de la Consulta, manifestada en las formas y condiciones del proceso, y constituye una garantía frente a los procesos de consulta meramente formales (CIDH, 2009).**

De este modo, la legitimidad de todo proceso de consulta dependerá, también, del procedimiento de elaboración e implementación del mecanismo general de Consulta a los Pueblos Indígenas en cada país. En efecto, el ex relator James Anaya recomendó a Chile la realización de una *“consulta sobre la consulta”*, de buena fe y con la participación de los pueblos indígenas, que permitiría implementarla de acuerdo con los estándares internacionales y otorgarle legitimidad al procedimiento (Anaya, 2009; Millaleo, 2009). Al respecto, añade que: *“[d]icho proceso, dirigido a establecer y regularizar los mecanismos de consulta ajustándolos a los estándares internacionales, podría ser necesario para generar confianza y crear canales de diálogo con los pueblos indígenas en los procedimientos de*

²⁴ La profesora Nancy Yáñez y Hernando Silva, respecto al alcance del principio de buena fe, en “El derecho a la consulta de los Pueblos Indígenas: Análisis del derecho nacional, internacional y comparado” (Informe N°19 IWGIA, 2014) por Observatorio Ciudadano: *“[S]upone que los mecanismos de consulta deben implementarse de una manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad precisa de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (Aylwin, 2014, p.11)”*.

consulta que debe implementar el Estado y, de este modo, consecuentemente, alcanzar resultados sustantivos aceptables” (Anaya, 2009, párr. 11).

Al mismo tiempo, y en palabras del Consejo de Administración de la OIT, *“será apropiado el procedimiento que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente del resultado alcanzado. No es necesario, por supuesto, que un acuerdo se logre o que se obtenga el consentimiento” (Consejo de Administración OIT, 2004, párr. 89).* En el caso de llegarse a un acuerdo, el Estado queda vinculado a los términos de este. En caso contrario, el Estado tomará una decisión sin el acuerdo o consentimiento del pueblo indígena consultado, acto decisorio que en todo caso debe ser motivado conforme a las reglas del Derecho Administrativo²⁵.

Así lo ha expresado el Ministro de la Corte Suprema de Chile, don Sergio Muñoz, en voto de minoría en causa Rol N°44.037-2016, donde la decisión impugnada *“incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, porque no es fruto de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta y se haga cargo de las aspiraciones y formas de vida de las comunidades originarias interesadas. Tal carencia torna ilegal la decisión al faltar a un deber de consulta que debía acatar la autoridad por imperativo legal, aspecto que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega un trato de iguales a dichas comunidades indígenas.”*

En su decisión, la Administración deberá ponderar los intereses y derechos comprometidos, hacerse cargo de las observaciones realizadas al proyecto por las comunidades indígenas dentro del proceso y responderlas fundadamente, examinar la idoneidad, la proporcionalidad²⁶ y la necesidad de su decisión, y resolver conforme a los

²⁵ La motivación del acto administrativo consiste en expresar los fundamentos de hechos y de derecho que la Administración ha tenido en consideración en su decisión, y constituye una garantía contra la arbitrariedad estatal. En Chile, la motivación de los actos administrativos se trata en la Ley N°19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (LBPA), en particular en los artículos 8, 11, 16 y 41.

²⁶ En palabras de la relatora especial de la ONU, Victoria Tauli-Corpuz, los pueblos indígenas *“asumen una carga desproporcionada de los efectos globales de los regímenes de inversión y de libre comercio”*, puesto que gran parte de las inversiones se proyectan o implementan sobre los territorios y recursos indígenas. En Victoria Tauli-Corpuz (ONU, 2015). Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas relativo a las repercusiones de las inversiones internacionales y el libre comercio sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, 07 de agosto de 2015. Documento en línea, disponible en: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/annual/2015-annual-ga-a-70-301-sp.pdf>

estándares del Derecho Internacional relativos a la materia. En otras palabras, la falta de acuerdo o consentimiento no significa que el Estado podrá, en su decisión y aun en ejercicio de su derecho a regular en beneficio del interés público²⁷, disponer arbitrariamente [del resto] de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile -como aquellos reconocidos en el Convenio 169 OIT-, en virtud de lo que la doctrina ha denominado la buena fe pública (interdicción de la arbitrariedad), donde la aplicación del principio de buena fe exige su máxima vigencia. Esto, porque el ciudadano ha depositado legítimamente su confianza en que la Administración no excederá sus prerrogativas más allá de lo exigido por el interés general y con absoluto apego a los derechos reconocidos en la Constitución. Adicionalmente, la actuación del Estado se rige bajo el principio de razonabilidad²⁸ y el principio de legalidad²⁹.

La regla de buena fe en el ámbito público constituye un límite al ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración, restringiendo siempre la arbitrariedad y la desviación de poder. En su dimensión formal, la regla de buena fe resulta aplicable a todo el procedimiento administrativo entendido como la sucesión de actos trámites vinculados entre sí, emanados de la Administración y que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal³⁰ (decisión). En su dimensión material, la buena fe establece el límite del actuar estatal, y cuya transgresión importa abuso de poder por el órgano administrativo.

En este sentido, el Convenio 169 ha establecido estándares normativos precisos respecto del actuar del Estado en el contexto de una Consulta y que operan como verdaderos requisitos de validez del proceso, estos son, debe ser previa, libre, informada y

²⁷ Al respecto, doña Victoria Tauli-Corpuz plantea: “Los órganos de derechos humanos han aclarado que no se puede invocar el crecimiento económico ni el desarrollo nacional como base para una actuación no consentida que vulnera los derechos territoriales y culturales de los pueblos indígenas (párr. 18).” En Victoria Tauli-Corpuz (ONU, 2016). Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas al Consejo de Derechos Humanos relativo a los impactos de los acuerdos internacionales de inversión sobre los derechos de los pueblos indígenas, 11 de agosto 2016. Documento en línea, disponible en: [<http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/annual/2016-a-hrc-33-42-sp.pdf>]

²⁸ La Administración, al tomar una decisión, debe procurar que esta sea razonable (contrario a una decisión irracional o arbitraria), adecuada para el fin que persigue y compatible con el respeto a los derechos. El principio de razonabilidad tiene su fundamento en el principio de igualdad ante la ley, de modo que la actuación pública se encuentra sometida a un examen de proporcionalidad para “determinar hasta qué punto resulta constitucionalmente admisible una intervención estatal.” Para más información, revisar (Martínez y Zúñiga, 2011, p. 201) Documento en línea, disponible en: [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126694/Martinez_Jose_Ignacio.pdf?sequence=1&isAllowed=y]

²⁹ El principio de legalidad o primacía de la ley es un principio conforme al cual toda actuación de los órganos estatales debe ajustarse a la Constitución y las leyes vigentes. En nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra recogido expresamente en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

³⁰ Definición de la Ley N°19.880 que Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.

culturalmente adecuada, y de cuyo cumplimiento estricto depende la generación de un clima de confianza con los pueblos indígenas o, en otras palabras, su omisión resultaría incompatible con la regla de buena fe en los términos del artículo 6. Por otro lado, el Convenio nada dice sobre las obligaciones específicas de los pueblos indígenas y tribales consultados, fuera de concurrir a la generación de un clima de confianza y respeto mutuos en cumplimiento del principio general de buena fe.³¹

Todavía, difícilmente podría configurarse un actuar de mala fe por quienes ostentan un derecho (en este caso, el derecho a ser consultados de los pueblos indígenas) en contra de quien mantiene una mera expectativa, como es el desarrollo e implementación de un proyecto o medida, y respecto del cual se genere un perjuicio por un actuar malicioso o culpable del primero. Incluso, para algunos autores, plantear la posibilidad de un ejercicio abusivo de un derecho fundamental como sucede, por ejemplo, en el ámbito del derecho privado, importaría la *destrucción de la esencia de los derechos fundamentales*, donde, además, toda limitación o suspensión legítima de estos derechos ya se encuentran recogidas en las Constituciones o a través de prohibiciones específicas (Rovira, 1983, p. 63). No sería el caso de la Consulta.

Finalmente, la generación de dicho clima de confianza es particularmente importante en relación con los pueblos indígenas, *“por la desconfianza hacia las instituciones del Estado y [el] sentimiento de marginación que encuentran sus raíces en realidades históricas sumamente antiguas y complejas, y que no terminan de superarse aún”* (Comité de Expertos OIT, 2004, párr. 107 citado en Anaya, 2009, párr. 24).

1.6 Derecho de participación

El derecho de participación de los pueblos indígenas, junto con el derecho a la Consulta, son la piedra angular del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales. En particular, el derecho de participación se encuentra consagrado en el artículo 7 del Convenio, conforme el cual los pueblos indígenas podrán decidir *sus propias prioridades en lo que*

³¹ Al respecto, la CIDH (2009) plantea: *“las responsabilidades de los pueblos indígenas en relación con la consulta no pueden ser interpretadas de forma tal que se limiten sus derechos humanos o el ejercicio de formas pacíficas de protesta social”* En Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y

atañe al proceso de desarrollo y de controlar su propio desarrollo económico, social y cultural, a la vez que constituye un principio general reconocido en el Convenio, por el cual el Estado debe garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en la vida pública en igualdad con los demás miembros de la población y, especialmente, en las decisiones de los asuntos que les conciernen, desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, debiendo, para ello, realizar esfuerzos especiales y dirigidos para promover la participación de las comunidades.

Aunque se diferencia de la Consulta, ambos principios se complementan en cuanto uno (obligación de consultar) es la materialización del otro (derecho de participación). Esto se aprecia en cuanto la Consulta es un derecho colectivo específico que tienen los pueblos indígenas a participar en la decisión respecto de medidas administrativas o legislativas específicas que sean susceptibles de afectarles directamente. Mientras que el derecho de participación consiste en la definición de procedimientos y mecanismos de participación efectiva, coordinada y sistemática en la realización de los derechos e intereses indígenas (2.1) (5.c), así como en el diseño e implementación de políticas y programas orientadas a su desarrollo (7.1), y en las decisiones de los asuntos que les conciernen. (6.1). Y eso sí les da la oportunidad de asegurar el respeto de sus prioridades y modelo de desarrollo (Yrigoyen, 2008).

Para la profesora Raquel Yrigoyen, el derecho de participación permite que los pueblos puedan discutir, proponer, oponerse y modificar propuestas de políticas de desarrollo con las que no están de acuerdo. Luego, la participación en los procesos de toma de decisiones de políticas permite garantizar que los pueblos puedan expresar e integrar sus propias prioridades de desarrollo en tales políticas, programas o planes de desarrollo. Esto, sin eliminar la obligación de consulta que pesa sobre el Estado respecto de las medidas legislativas o administrativas concretas susceptibles de afectarles (Yrigoyen, 2008).

Finalmente, ambos derechos se encuentran en relación directa con la obligación general de los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana de los Derechos Humanos en su artículo 1.1, que constituye una

recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, párr. 321. Documento en línea, disponible en: [<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.IX.htm>]

manifestación del principio de la indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos humanos.

2. Estándar normativo de Buena fe en el derecho de consulta indígena

2.1 El deber de Consulta del Estado

El Convenio 169 OIT establece la implementación de la Consulta como una obligación de los Estados, lo que se desprende de la redacción de su artículo 6 (“...*los gobiernos deberán*”), por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta, idea que ha sido desarrollada por la Corte Interamericana en diversos fallos.³² Incluso cuando las empresas tienen la responsabilidad independiente de respetar los Derechos Humanos reconocidos por los instrumentos internacionales en sus diversas interacciones con los pueblos indígenas, “*el Estado sigue siendo el responsable último de las deficiencias de los procedimientos de Consulta o negociación, por lo que debe emplear medidas para supervisar y evaluar los procedimientos y sus resultados, y especialmente para mitigar los desequilibrios de poder entre las empresas y los pueblos indígenas con los que negocia*” (Anaya, 2013, párr. 18).

Así, “[l]a consulta siendo un derecho para los pueblos indígenas constituye una obligación para los Estados” (INDH, 2011, párr. 1), en consecuencia, será deber del Estado - y no de los pueblos indígenas- demostrar efectivamente, en el caso concreto, que todas las dimensiones del derecho a la consulta fueron efectivamente garantizadas (CIDH, 2012, párr. 179). Luego, la exigencia de buena fe adquiere un alcance distinto sobre los pueblos indígenas involucrados respecto del Estado, de quienes se espera -conforme a los estándares generales- contribuir en la generación de un clima de confianza y respeto mutuos. Esto, porque las responsabilidades de los pueblos indígenas en relación con la consulta no pueden ser interpretadas de forma tal que se limiten sus derechos o el ejercicio de formas pacíficas de protesta social (CIDH, 2009). En cambio, el principio de buena fe implica obligaciones principalmente para el Estado, donde el Convenio 169 ha establecido

³² Caso del Pueblo Indígena de Saramaka vs. Surinam (CIDH, 2007). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, párrs. 102, 129 y 131; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (CIDH, 2012). Fondo y Reparaciones, párrs. 179 y 187.

estándares normativos precisos respecto de su actuar en el contexto de una Consulta y que operan como verdaderos requisitos de validez del proceso, algunos ya desarrollados en el acápite anterior.

Las actitudes que pueden adoptar los pueblos indígenas ante un proceso de consulta son las siguientes: restarse de la consulta, participar de ella o, habiéndose iniciado un proceso de consulta, deciden no continuar su participación. Esto, en ejercicio de su derecho a decidir sus propias prioridades en materia de desarrollo. La entidad consultora, independiente de la actitud adoptada por los pueblos indígenas, debe agotar todos los medios posibles para generar escenarios de diálogo y poder dar por concluido el proceso. Una interpretación distinta de la obligación de consultar podría conducir a un resultado manifiestamente injusto o contrario a los derechos que el Convenio, a través de la consulta, pretende proteger. Es el caso cuando los pueblos indígenas consideran que el proceso no cuenta con la confianza necesaria, ni otorga las garantías suficientes de participación conforme a los estándares internacionales, o bien cuando los Estados incurren en prácticas constitutivas de mala fe.

Se evidencia, entonces, la relevancia del actuar estatal en la generación de un clima de confianza óptimo con el fin de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento dentro de un proceso de consulta y sobre los riesgos del vaciamiento del contenido esencial del derecho de consulta y participación como materialización del derecho a la autodeterminación de los pueblos.

Desde luego, la buena fe *“es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales”* (CIDH, 2012, párr. 186), así como suspender o condicionar beneficios y/o programas estatales a la realización de la consulta.

2.2 La consulta sobre la consulta

El ex relator especial de las Naciones Unidas, don James Anaya, ha observado que *“en muchos casos, los procedimientos de consulta no son efectivos ni gozan de la confianza de los pueblos indígenas porque estos no son incluidos debidamente en las deliberaciones que dan lugar a la definición y aplicación de los procedimientos de consulta”* (Anaya, 2009, párr. 51), de modo que considera necesario efectuar una consulta destinada únicamente en la determinación de una metodología o procedimiento de consulta, antes de la adopción de cualquier medida que sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, y conforme a los estándares internacionales.

En efecto, una consulta sobre la consulta realizada en cooperación con los pueblos indígenas y en observancia de las reglas que el mismo Convenio 169 establece, *“podría ser necesaria para generar confianza y crear canales de diálogo con los pueblos indígenas”* (Millaleo, 2014, p. 64), otorgándole legitimidad al mecanismo.

2.3 La Consulta no implica derecho a veto

El principio de consulta *“no confiere 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”* (Anaya, 2009, párr. 49), máxime preocupación de parte de los gobiernos y sectores empresariales que buscar evitar un “poder de veto” de los pueblos indígenas sobre las medidas propuestas. Ciertamente, la consulta como una verdadera herramienta de diálogo intercultural, mal podría implicar un derecho a veto, y su finalidad es *“llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas”*. Para ello, las partes deben actuar procurando el entendimiento mutuo y con miras a alcanzar un consenso, aunque finalmente este no se produzca.

Sin embargo, y aunque la oposición al proyecto o medida consultada no es vinculante en aquellos casos donde no opera el consentimiento, las observaciones realizadas y los acuerdos logrados dentro del proceso sí lo son. En otras palabras, declarar que la consulta no implica derecho a veto, no obsta a entender el proceso de consulta como siempre vinculante para la decisión del Estado, quien no podrá desatender los intereses, opiniones y observaciones expresadas en su realización.

Por otra parte, las expresiones de protesta y resistencia de parte de personas o colectivos indígenas que se susciten en el contexto de aprobación de un proyecto de desarrollo o medida corresponden al ejercicio legítimo del derecho que asiste a dichos pueblos “a oponerse y a manifestar activamente su oposición” (Anaya, 2013, párr. 83) a las medidas propuestas, y forman parte de su libertad de expresión y derecho a la participación, ambos principios protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

2.4 La mitigación de los desequilibrios de poder

Actualmente, y en general, los pueblos indígenas en el mundo se encuentran en condiciones de discriminación, pobreza y vulnerabilidad en el goce de sus derechos, producto de un modelo histórico de exclusión y despojo del que han sido víctima. Como respuesta, el Convenio 169 -cuyo fundamento último es el respeto y promoción de los derechos de los pueblos indígenas- se orienta a la superación de la asimetría existente en la relación de los Estados con los pueblos indígenas, y para ello ha reconocido el derecho que les asiste a la autodeterminación y a decidir sus propias prioridades en materia de desarrollo. Luego, el objetivo de la consulta previa, como uno de los mecanismos de participación que contempla el Convenio, es poner fin a la marginación de los pueblos indígenas en el proceso de toma de decisiones para la realización de sus derechos específicos.

Diversos Estados de la región, a través de su normativa interna y por medio de sus tribunales de justicia, se han referido a la importancia de la consulta como garantía democrática en el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas. Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén (Argentina) ha señalado que: *“el reconocimiento [del derecho a la consulta previa] surge como resultado de la conciencia de la necesidad de abogar de manera especial por la salvaguardia de los intereses de las poblaciones humanas que, por factores ligados a su identidad cultural, se han visto relegadas de los procesos de decisión del poder público y del funcionamiento de las estructuras estatales en general. En ese orden de ideas, se erige como garantía de igualdad o mecanismo de equiparación, en cuanto a la aptitud real de dichas poblaciones de pronunciarse e influir sobre las disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida, a fin de situarla en el mismo plano que la que corresponde a cualquier grupo de ciudadanos (TSJN, Acuerdo N°6 en autos “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del*

Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad” del 25 de octubre de 2010, Expte. No. 1090/04)” (citado en CIDH, 2012, párr. 164).

En la obtención de este fin, los Estados deben contribuir en mitigar los desequilibrios de poder entre los pueblos indígenas y las empresas explotadoras de recursos naturales o los mismos Estados. Esta desigualdad en el poder, que es una expresión de las desigualdades económicas y sociales existentes, se refleja, no sólo en una reducida participación en las decisiones y en las estructuras del poder, sino también en un limitado acceso a derechos sociales como la educación, la salud y la justicia. Por esta razón es que la sola existencia de la consulta como mecanismo jurídico de participación es insuficiente si no está acompañada de medidas positivas tendientes a la reducción de este desequilibrio.

En el mismo sentido se ha pronunciado el ex relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, don James Anaya: “[e]l 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” (Anaya, 2009, párr. 49). Además, “por lo general, los pueblos indígenas se encuentran en desventaja en cuanto a influencia política, recursos financieros, acceso a la información y educación pertinente con respecto a las instituciones estatales o las partes del sector privado, como las empresas, que son sus contrapartes en las consultas” (Anaya, 2009, párr. 50). Particularmente, para lograr un clima de confianza y respeto mutuo en las consultas, “los Estados deben tratar debidamente de superar el desequilibrio de poder, garantizando a los pueblos indígenas la asistencia financiera, técnica y de otro tipo que necesiten y haciéndolo sin utilizar dicha asistencia como palanca o para influir en las posiciones de los indígenas en las consultas” (Anaya, 2009, párr. 51). En este aspecto, es indispensable la discusión sobre la financiación de los procesos de consulta que permitan su implementación adecuada, considerando la realización de talleres informativos, asesorías técnicas, traslados de dirigentes y otras actividades necesarias para suplir la asimetría de información entre las partes, estableciendo para ello mecanismos nacionales para el aseguramiento de estos recursos, sin afectar la autonomía del proceso.

Finalmente, la obligación de los Estados de mitigar los desequilibrios de poder entre las partes en un proceso de consulta se encuentra también relacionada con la idea que la consulta permite un diálogo intercultural fundado en la igual dignidad de las culturas, en

consecuencia, no corresponde percibirla como negociación de derechos por medio de compensaciones, lo que importaría una reducción economicista del mecanismo.

2.5 Ausencia de presiones indebidas, represalias y violencia para aceptar proyectos extractivos o participar en consultas

La consulta consiste en *“un diálogo de buena fe, libre de presiones o manipulaciones, por la cual las partes intentan y cooperan para llegar a una decisión consensuada”* (Anaya, 2011 citado en INDH, 2011, p. 1), que se ve obstaculizada, por ejemplo, mediante la presencia de funcionarios militares o policiales en los territorios en conflicto, cuando se ejercen presiones indebidas a los asistentes a las reuniones para firmar listas y actas, la aplicación de políticas de criminalización de las comunidades y sus líderes, y, en general, toda práctica tendiente a restringir los procesos de deliberación de los pueblos consultados.

Así lo ha sostenido la CIDH en el caso Sarayaku contra Ecuador (2012), donde se señala que *“es inherente a toda consulta con comunidades indígenas, el establecimiento de ‘un clima de confianza mutua’ y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia”* (CIDH, 2012, párr. 186). En el caso en concreto, la Corte consideró que *“el Estado apoyó la actividad de exploración petrolera de la empresa CGC al proveerles seguridad con miembros de sus fuerzas armadas en determinados momentos, lo cual no favoreció un clima de confianza y respeto mutuo para alcanzar consensos entre las partes”* (CIDH, 2012, párr. 193). Adicionalmente, *“la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales”* (CIDH, 2012, párr. 186).

La presencia de presiones indebidas, represalias y violencia en el contexto de una consulta es contraria al principio de una consulta desarrollada libremente y podría provocar la desconfianza y rechazo de los pueblos indígenas al proceso por no contar con las garantías democráticas mínimas de realización. En este caso, el deber de consulta del

Estado persiste, dado que la consulta no cumple con los estándares internacionales del Convenio 169.

La legislación boliviana ha recogido expresamente este principio en el artículo 18 de su Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarburíferas, en el que el acuerdo logrado por presión, amedrentamiento, soborno, chantaje o violencia³³ se encuentra viciado de nulidad.

2.6 La Consulta no se agota con la mera información

En el cumplimiento de la finalidad autoimpuesta de la consulta, esto es, de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento en la realización de un proyecto o medida mediante un diálogo equitativo entre las culturas, debe concebirse como un proceso comunicativo continuo y no un mero acto formal. Esto porque “[l]a validez de los procesos de consulta previstos por el Convenio como mecanismo para prevenir y resolver conflictos depende de la construcción de mecanismos de diálogo fecundos. La consulta prevista por el Convenio no es por lo tanto un requisito formal, sino un verdadero instrumento de participación” (Mereminskaya, 2011, p. 241).

Don James Anaya, el ex relator especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, en su informe del año 2010 sobre la aplicación del principio de consulta con los pueblos indígenas en Guatemala, sostuvo que *“no es conforme con las normas internacionales una consulta que se limite a la mera información o una consulta meramente formal que se limite a la firma de un documento por parte de las autoridades comunales, máxime cuando las estructuras tradicionales de*

³³ Artículo 18.- (Nulidad del proceso de consulta y participación).

I. De conformidad con el Artículo 116 de la Ley N°3058, las resoluciones y consensos registrados como producto del proceso de consulta tienen validez para las AOP hidrocarburíferas objeto de la consulta.

II. El proceso de consulta estará viciado de nulidad en caso de incumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en el presente reglamento y en particular, cuando:

a) La información o parte de la misma presentada por la AC no correspondiere a la AOP hidrocarburífera que se pretende desarrollar fuere falsa o contradictoria.

b) La consulta y participación fuera realizada alterando totalmente el procedimiento establecido en el presente reglamento.

c) El proceso de consulta y participación sea realizado sin considerar el Acta de Entendimiento suscrito.

d) La 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.

toma de decisiones al interior de las comunidades no siempre se corresponden con dichas autoridades. Tampoco debe interpretarse la consulta como un simple plebiscito para recabar un “sí” o un “no” por parte de las comunidades afectadas” (Anaya, 2010, párr. 15).

Entendida la consulta como un proceso, se concluye, en primer lugar, que “[e]ste deber requiere que el Estado (o el privado) acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes” (CIDH, 2007, párr. 133), para que el proceso de deliberación sea plenamente informado en los términos desarrollados al inicio de este capítulo. En segundo lugar, que la consulta no se agota con la mera información, sino que debe permitirles influir significativamente en la decisión final, sea en su materialización, contenido y/o alcance. Y, en tercer lugar, llevar adelante una consulta sin una disposición real de *“tomar en cuenta las preocupaciones, demandas y propuestas expresadas por los pueblos o comunidades afectados, y de prestar la debida consideración a dichas preocupaciones, demandas y propuestas en el diseño final del plan o proyecto consultado”* (CIDH, 2009, párr. 326) o mediando una decisión previamente tomada, lo que constituye una conducta contraria la buena fe.

2.7 Mecanismos de garantía

Los Estados, a la luz del principio de buena fe, deben contar con mecanismos legales de garantía de los derechos de consulta y consentimiento, que sean efectivas y de fácil acceso para las comunidades afectadas, en atención a sus particularidades culturales y circunstancias materiales. Esto es, *“crear mecanismos e instancias que permitan a los pueblos indígenas plantear directamente a los órganos de la administración la necesidad de un proceso de consulta ante una medida a adoptar, y establecer recursos para impugnar administrativa o judicialmente una negativa de consulta, cuando estimen que sus derechos o intereses puedan ser afectados por una medida administrativa o legislativa en proceso de adopción”* (Anaya, 2012, párr. 50), o cuando estimen que se han ejecutado con falta a los principios desarrollados por el derecho internacional de derechos humanos. Ello conlleva, además, la necesidad de que el Estado provea de los recursos necesarios para que estos mecanismos e instancias incorporen dentro de sus principios un enfoque intercultural, con respeto a la diversidad cultural y lingüística.

CAPÍTULO III. Derecho comparado. Contenido del estándar de Buena fe: sujeto obligado, obligaciones y mecanismos de garantía.

No existe una fórmula específica para consultar a los pueblos indígenas aplicable a todos los países en todas las circunstancias. A este respecto, el artículo 34 del Convenio 169 afirma que: *"la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país"* (Anaya, 2009, párr. 37). Sin embargo, cualquiera sea la técnica jurídica utilizada, no puede ser acordada de forma tal que se limiten sus derechos.

En general, existe una tendencia regional a reglamentar la consulta a través de leyes generales (o leyes marco), reglamentos o en leyes sectoriales que desarrollen el contenido, el procedimiento y las reglas aplicables para la implementación de los procesos de consulta dentro del país. Con todo, a excepción de Chile, el resto de los países en estudio otorgan expresamente rango constitucional al derecho de consulta como derecho fundamental.

En cuanto al sujeto obligado, en el caso de Bolivia, Perú y Chile se entrega la ejecución del proceso a la entidad promotora de las medidas legislativas o administrativas sujeta a la consulta. En el caso de Colombia, existe una entidad pública especializada dependiente del Ministerio del Interior (Dirección de Consulta Previa en Colombia) que ejecuta los procesos de consulta en coordinación con las entidades relacionadas al proyecto.

1. Bolivia³⁴

La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia (adoptada mediante referéndum y promulgada el 7 de febrero de 2009) reconoce el carácter pluricultural del Estado boliviano y lo incorpora en su estructura del Poder, lo que han denominado la "refundación" de la

³⁴ Según el Censo Nacional de 2012, 2.8 millones de personas mayores de 15 años, o el 41% de la población total, son de origen indígena. Existen 36 pueblos reconocidos, siendo el Quechua y el Aymara, los mayoritarios en los Andes occidentales.

Un gran desafío para los pueblos indígenas de Bolivia está relacionado con las prospecciones sísmicas en busca de nuevas reservas de petróleo y gas, así como con los proyectos hidroeléctricos, que impactan directamente

República hacia un nuevo Estado Plurinacional, con la voluntad de avanzar en la descolonización y la recuperación de los recursos naturales. En particular, el desarrollo del proyecto plurinacional significó el reconocimiento constitucional de las autonomías indígenas (de su derecho a la libre determinación, lo que en la práctica se traduce en la desconcentración del poder y descentralización) y de la existencia del pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico dentro del país.

En el artículo 30.II.15 del texto constitucional, denominado “Derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos” recoge expresamente el derecho a la consulta, otorgándole rango de derecho fundamental. Del mismo modo, dispone que los derechos y deberes establecidos en la Constitución se interpretaran conforme a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia (artículo 13.IV), es el caso del Convenio 169, aprobado y ratificado por el Congreso Nacional Boliviano el 11 de julio de 1991 (Ley N°1257 de 1991). Sobre la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (ratificada mediante Ley N°3897 de 2008), el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia ha señalado que, junto con el Convenio 169 de la OIT, forman parte del “bloque de constitucionalidad” (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia N° 2003/2010-R del Expediente N° 2008-17547- 36-RAC, 25 de octubre de 2010, considerando III.6.).

Asimismo, *“Bolivia cuenta con una Ley de Hidrocarburos (Ley N° 3.058 de 2005), el Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarburíferas (Decreto Supremo N° 29.033 de 2007) y el Reglamento de monitoreo socio-ambiental en actividades hidrocarburíferas dentro del territorio de los Pueblos Indígenas Originarios y Comunidades Campesinas (Decreto Supremo N°29.103 de 2007). Esta legislación, impulsada especialmente por el pueblo Guaraní, establece una regulación detallada sobre el derecho a la consulta en ese sector”* (DPLF, 2015, pp.19). El referido Reglamento de Consulta y Participación fue ampliado y modificado por los Decretos Supremos N°29.124, de 9 de mayo de 2007 y N°29.574, de 21 de mayo de 2008.

En específico, el artículo 114 de la Ley de Hidrocarburos dispone que los pueblos campesinos, indígenas y originarios deberán ser consultados de manera previa, obligatoria y

sobre la vida de los pobladores indígenas y campesinos que habitan dichos territorios. En <https://www.iwgia.org/es/bolivia>.

oportuna cuando se pretenda desarrollar cualquier actividad hidrocarburífera prevista en la presente Ley. Asimismo, la consulta se efectuará de buena fe, con principios de veracidad, transparencia, información y oportunidad. Deberá ser realizada por las autoridades competentes del Gobierno Boliviano y con procedimientos apropiados y de acuerdo a las circunstancias y características de cada pueblo indígena, para determinar en qué medida serían afectados y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las Comunidades y los Pueblos Indígenas y Originarios (artículo 115). Asimismo, dispone en su artículo 117 que el proceso de consulta deberá ser financiado por el Poder Ejecutivo, con cargo al proyecto, obra o actividad hidrocarburífera de que se trate. En caso de un resultado negativo, el Estado podrá promover un proceso de conciliación en el mejor interés nacional (artículo 116). Finalmente, los procesos de consulta se realizarán con las instancias representativas de las Comunidades Campesinas y los Pueblos Indígenas y Originarios, independientemente de su tipo de organización, respetando su territorialidad, sus usos y costumbres, siendo nula cualquier otro tipo de consulta individual o sectorial (artículo 118). En general, hace suyos los principios del Convenio 169 y la propia Constitución nacional.

Sin embargo, el presidente boliviano Evo Morales expresó continuamente su intención por promocionar y promover las inversiones en la industria hidrocarburífera mediante alianzas público-privadas debilitando con ello la consulta. Lo anterior, se ha materializado en la aprobación de la Ley de Minería y Metalurgia (Ley N°535 de 2014) y la Ley de Promoción de Inversión de Exploración y Explotación Hidrocarburífera (Ley N°767 de 2015), y en la actualización de la Ley de Hidrocarburos actualmente vigente que alista el gobierno, donde la consulta es vista como una barrera para el desarrollo del país. A más de una década de iniciado el proceso que culminó con la aprobación de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, la economía sigue basándose en la explotación y exportación de materias primas, en particular, en los hidrocarburos como el gas natural, con gran presencia en áreas protegidas y territorios indígenas.³⁵

Así, por ejemplo, la Ley de Minería y Metalurgia, en sus artículos 207 a 213, que establece el procedimiento de la consulta previa, reconoce el derecho de consulta que asiste

³⁵ El artículo 351 del Texto Constitucional, determina que el Estado asumirá el control y la dirección sobre la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de los recursos naturales estratégicos a través de entidades públicas, siendo una prioridad del Estado la industrialización y comercialización de esos recursos naturales. Asimismo, respecto de los Hidrocarburos, la Constitución en su artículo 359 establece que El Estado, en nombre y representación del pueblo boliviano, ejerce la propiedad de toda la producción de

a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y pueblo afroboliviano como derecho colectivo, fundamental y obligatorio para la suscripción de contratos administrativos mineros, **excluyéndose aquellas operaciones mineras que comprendan sólo prospección y exploración (artículo 207)**. Luego, señala que la consulta constituye un proceso de diálogo intracultural e intercultural, concertado, de buena fe, libre e informado que contempla el desarrollo de etapas sucesivas de un procedimiento, entre el Estado, con la participación del actor productivo minero solicitante y el sujeto de la consulta respetando su cultura, idioma, instituciones, normas y procedimientos propios, con la finalidad de alcanzar acuerdos para dar curso a la solicitud de suscripción del correspondiente contrato administrativo minero y coadyuvar así al Vivir Bien del pueblo boliviano, en el marco de un desarrollo sustentable de las actividades mineras (artículo 208). Finalmente, previene que **los recursos naturales minerales son de carácter estratégico y de interés público para el desarrollo del país y su administración, dirección y control, en función del interés colectivo, corresponde al Estado a nombre de todo el pueblo boliviano**, asimismo el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, **no otorgan a los sujetos de la consulta previa el derecho a veto a la ejecución de las actividades de la explotación minera (artículo 209)**.

Respecto al procedimiento, el solicitante de un contrato administrativo minero deberá notificar de su solicitud al o los sujetos de la consulta previa dentro del plazo de 15 días contados desde el procesamiento de su solicitud por la Autoridad Jurisdiccional Administrativa Minera o resolución de inicio. **La consulta previa deberá realizarse en un máximo de tres reuniones**, que deberán realizarse en el lugar más cercano a la ejecución del proyecto de explotación minera, realizándose la primera a más tardar dentro del plazo de 20 días desde la resolución de inicio (artículo 211) **y no podrá durar más de 4 meses** contados desde la última notificación a los sujetos consultados (artículo 212). Durante la primera reunión, los sujetos consultados serán informados de los antecedentes y normas legales aplicables al procedimiento, de los detalles de las actividades que se proponen realizar y de los posibles derechos que pudieran ser afectados, así como los posibles mecanismos de reparación. A continuación, los sujetos consultados podrán formular sus observaciones y propuestas de acuerdo. El procedimiento de consulta concluirá con la firma

hidrocarburos del país y es el único facultado para su comercialización. La totalidad de los ingresos percibidos por la comercialización de los hidrocarburos será propiedad del Estado.

del respectivo documento de acuerdo, quedando condicionada la realización de una segunda y hasta máximo una tercera reunión para tales efectos (artículo 213). **Dicha ley fue adoptada sin consulta legal y en directa contravención a los estándares internacionales sobre la materia, específicamente sobre los principios relativos a su finalidad, oportunidad y adecuación cultural del proceso.** Cabe recordar que la observancia del principio de buena fe constituye una garantía del proceso que protege a la consulta de ser reducida a un requisito puramente formal.

Junto con lo anterior, el conflicto que se suscitó por la construcción de la carretera Villa Tunari – San Ignacio de Mojos, atravesando el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS), que tiene su origen el año 2008, cuando el gobierno adjudicó el diseño y ejecución del proyecto vial a una empresa constructora brasileña de manera inconsulta e ilegal, y que ha contado con una activa oposición por los pueblos que habitan la zona, dejan en evidencia las limitaciones estructurales que atraviesa el proyecto boliviano, donde la aplicación de políticas redistributivas asociadas a un alto gasto social se encuentran apoyadas sobre un modelo económico que prioriza una mayor captación estatal de las rentas provenientes de la industria primaria-exportadora (con procesos de nacionalización o alianzas público-privadas) e inversión extranjera en el territorio, en desmedro de los derechos ambientales y los derechos territoriales de los pueblos indígenas. El diseño institucional plurinacional cede ante el paradigma de desarrollo neo extractivista, en un retroceso o debilitamiento continuo de la democracia de las autonomías.

A continuación, se detallan los tres principales hitos del conflicto TIPNIS que dan cuenta del actuar gubernamental: 1) la realización de la VIII marcha indígena (de fecha 15 de octubre de 2011) concluyendo en la ciudad de La Paz, en rechazo a la construcción de la Carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxosla y que culminó con la aprobación de la Ley N°180 del 24 de octubre de 2011, que declara la intangibilidad del territorio y la no-construcción de la carretera en territorio TIPNIS; 2) cuatro meses más tarde y en contravención a lo resuelto con la Ley N°180, la promulgación de la Ley N°222 que convoca al proceso de consulta a los pueblos indígenas del TIPNIS para definir la intangibilidad del territorio y la construcción de la Carretera, así como su procedimiento; y 3) la Sentencia Constitucional N°0300/2012 que declara la “constitucionalidad condicionada” de la Ley N°222, instando a los pueblos indígenas originarios habitantes del TIPNIS a participar de un proceso que no quieren.

A partir del conflicto TIPNIS, se inició la elaboración de la propuesta de una Ley Marco de Consulta (2012) por iniciativa del Gobierno, con el objeto de regular las exigencias contraídas a través de la aprobación del Convenio 169, en un intento evidente de consolidar un modelo de consulta que le permita desarrollar su política económica extractiva, garantizando una mayor seguridad jurídica a los inversores. De igual forma, el proceso no ha estado exento de críticas en su metodología y contenido, poniendo en duda su legitimidad. Organizaciones indígenas acusan al Gobierno de trabajar la propuesta de anteproyecto en reuniones limitadas a socializar el contenido de la propuesta y con la exclusión de los representantes de los pueblos indígenas de la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB), el Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ) y la Asamblea del Pueblo Guaraní (APG), quienes desarrollaron y presentaron su propia propuesta de ley de consulta previa.

De la lectura del anteproyecto elaborada por el Gobierno, se evidencia un vaciamiento del derecho de consulta, en particular, respecto de las siguientes consideraciones:

1) En su artículo 11³⁶ se establecen las excepciones a la consulta previa, libre e informada, entre ellas, las *“expresamente prohibidas en la Constitución Política del Estado, o que por su naturaleza no admitan la aplicación de este procedimiento o por seguridad del Estado o seguridad ciudadana”*, excluyendo a priori y definitivamente temas que podrían tener un impacto sobre los pueblos indígenas, arguyendo cuestiones de seguridad. Especial preocupación ha suscitado entre los expertos y miembros de la sociedad civil respecto a qué debe entenderse como aquellos asuntos expresamente prohibidos por la Constitución, y que estarían definidas en el artículo 298³⁷ de la norma suprema, que señala como competencias

³⁶ Artículo 11. (*Excepciones a la consulta previa libre e informada*).: *“Las únicas excepciones admitidas a la implementación de los procesos de consulta son aquellas expresamente prohibidas en la Constitución Política del Estado, o que por su naturaleza no admitan la aplicación de este procedimiento o por seguridad del Estado o seguridad ciudadana.”*

³⁷ Artículo 298. I. *Son competencias privativas del nivel central del Estado: 1) Sistema financiero; 2) Política monetaria, Banco Central, sistema monetario, y la política cambiaria; 3) Sistema de pesas y medidas, así como la determinación de la hora oficial; 4) Régimen aduanero; 5) Comercio Exterior; 6) Seguridad del Estado, Defensa, Fuerzas Armadas y Policía boliviana; 7) Armas de fuego y explosivos; 8) Política exterior; 9) Nacionalidad, ciudadanía, extranjería, derecho de asilo y refugio; 10) Control de fronteras en relación a la seguridad del Estado; 11) Regulación y políticas migratorias; 12) Creación, control y administración de las empresas públicas estratégicas del nivel central del Estado; 13) Administración del patrimonio del Estado Plurinacional y de las entidades públicas del nivel central del Estado; 14) Control del espacio y tránsito aéreo, en todo el territorio nacional. Construcción, mantenimiento y administración de aeropuertos internacionales y de tráfico interdepartamental; 15) Registro Civil; 16) Censos oficiales; 17) Política general sobre tierras y territorio, y su titulación; 18) Hidrocarburos; 19) Creación de impuestos nacionales, tasas y contribuciones especiales de*

privativas del gobierno y la administración central del Estado cuestiones tales como la “política general sobre tierras y territorio, y su titulación”, “hidrocarburos”, entre otros, de relevancia para los pueblos indígenas.

2) En su artículo 27, sobre los procesos participativos, confunde los principios de participación con la consulta, aun cuando del Convenio se deduce o es de manifiesto que no se tratarían de lo mismo. En efecto, el artículo declara que *“los procesos participativos de construcción y concertación de medidas legislativas o administrativas entre el Estado y las instituciones representativas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y pueblo afroboliviano, que arriben en acuerdos serán homologados como consulta y los acuerdos son de cumplimiento obligatorio”*.

3) Tres, en su artículo 32³⁸ se enumera un catálogo completo sobre actuaciones de las partes constitutivas de mala fe, con un amplio margen de indeterminación que podrían importar vulneración de derechos tales como, por ejemplo, el derecho a la protesta social. Luego, tanto en su elaboración como en su contenido, esta propuesta de Ley Marco de Consulta da cuenta de una disposición gubernamental hacia una mirada restrictiva del derecho de consulta, un retroceso a la luz de los estándares internacionales.

dominio tributario del nivel central del Estado; 20) Política general de Biodiversidad y Medio Ambiente; 21) Codificación sustantiva y adjetiva en materia civil, familiar, penal, tributaria, laboral, comercial, minería y electoral; 22) Política económica y planificación nacional”.

³⁸ Artículo 32. Acciones contrarias a la buena fe.: “I. La Entidad Responsable de la Consulta, el sujeto de la consulta y otros que participan en los procesos de consulta previa, libre e informada transgreden el principio de buena fe cuando: a) generan corrupción durante el proceso de consulta; b) realizan acciones proselitistas o político partidarias que influyan en el proceso de consulta; c) ejecutan acciones orientadas a evadir o desconocer acuerdos alcanzados; d) ejecutan acciones que impidan o pretendan limitar el ejercicio del derecho a la consulta previa, libre e informada; e) condicionan la realización de procesos de consulta previa, libre e informada o la conclusión de los mismos, a la atención de otros temas que no estén relacionados con el objeto de la consulta; f) personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras, que no son sujetos de consulta interfieren en la toma de decisiones u obstaculizan el desarrollo del proceso de consulta; g) ejecutan acciones, manifestaciones y artificios contrarios a las normas y procedimientos propios e instituciones de los sujetos de consulta; h) no brindan información oportuna y necesaria para el normal desarrollo del proceso de consulta previa, libre e informada; i) pretendan alterar las condiciones sociales y culturales propias, para obtener ventajas. II. Los servidores públicos, representantes de entidades privadas, miembros del sujeto de consulta, asesores técnicos y personas particulares que obstaculicen el normal desarrollo del proceso de consulta o realicen acciones contrarias a la buena fe, serán pasibles de acciones legales que correspondan. III. La Entidad Responsable de Consulta no podrá entregar obsequios ni dádivas o prebendas, que pretendan condicionar el proceso y la decisión del sujeto de consulta, lo que no impide que el Estado cumpla con sus responsabilidades constitucionales de ejecutar la gestión pública y la atención de emergencias. IV. Esta prohibición se extiende a persona natural y jurídica privada, partidos políticos, organizaciones no gubernamentales y otras entidades, que no podrán entregar regalos o desarrollar actividades y prebendas, que impidan el ejercicio del derecho de consulta o pretendan influir en las decisiones del sujeto de consulta. V. Cuando una de las partes considere la existencia de actuaciones de mala fe, podrá solicitar la apertura de la vía conciliatoria.”

El deber de consultar corresponde siempre al Estado, siendo esta una obligación indelegable, que según la legislación boliviana corresponde su realización a la entidad responsable de la ejecución de los procesos de consulta conforme a la normativa boliviana es la entidad promotora de la medida o proyecto. Esto podría cambiar de aprobarse el Anteproyecto de Ley Marco de Consulta que propone la creación de un Consejo Consultivo Plurinacional para la Gestión Intercultural del Derecho a la Consulta (artículos 14), y una Dirección General de Consulta dependiente del Poder Ejecutivo (artículos 16).

Sobre la existencia de mecanismos efectivos de garantía del derecho de consulta, los pueblos indígenas bolivianos se han valido de la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, con algunos reveses para la efectividad de sus derechos, es el caso de la Sentencia Constitucional N° 0300/2012 que declara la “constitucionalidad condicionada” de la Ley N°222 en caso TIPNIS, que insta a los pueblos en conflicto a participar de una consulta previamente ya rechazada por ellos y respecto de un territorio declarado intangible, para la construcción de una carretera que lo atraviese.

2. Colombia³⁹

El Convenio 169 fue ratificado por Colombia mediante la Ley N°21 del 4 de marzo de 1991, mismo año en que el país adoptó un nuevo texto constitucional con importantes avances en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Como refiere la Fundación para el Debido Proceso (DPFL por sus siglas en inglés) en su informe del año 2015: *“[e]n efecto, la Constitución reconoce que Colombia es un Estado pluralista (artículo 1), reconoce y protege la diversidad étnica y cultural (artículo 7), y precisa que los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural (artículo 68). Asimismo, la Constitución colombiana reconoce expresamente derechos territoriales de los pueblos indígenas, dispone que las tierras comunales de grupos*

³⁹ Según datos oficiales, se estima que en Colombia vive actualmente un millón y medio de personas pertenecientes a pueblos indígenas, lo que representa el 3.4 % de la población nacional. Junto con campesinos y afrocolombianos, muchos pueblos indígenas en el país continúan luchando contra el desplazamiento forzado y la falta de tierra a consecuencia del conflicto armado interno en Colombia.

Según datos de la Unidad para las Víctimas, 192.638 personas pertenecientes a los pueblos indígenas y 794.703 afrocolombianos se vieron afectados por la guerra en los años recientes. La guerrilla les hizo la vida imposible y se produjeron masacres como las del pueblo Awá en Nariño y la de afrocolombianos en Bojayá. La violencia de las FARC contra los pueblos indígenas queda reflejada en los territorios colectivos que fueron minados, en los territorios que arrebataron a las comunidades y en el reclutamiento forzoso de jóvenes y niños.

Casi una tercera parte del territorio nacional está categorizado como reserva indígena, donde tienen lugar graves conflictos ambientales y acaparamiento de tierras para actividades extractivas. En <https://www.iwgia.org/es/colombia>.

étnicos son inalienables, imprescriptibles e inembargables (artículos 63 y 329), establece que los territorios indígenas son entidades territoriales que gozan de autonomía (artículo 287) y que son gobernados de acuerdo con el derecho propio de los pueblos indígenas (artículo 330)” (DPLF, 2015, p.4).

En particular, el artículo 330 de la Constitución de 1991 establece que “[l]a explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”, que ha de interpretarse a la luz del artículo 93 del texto constitucional, esto es:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Luego, y en lo que se refiere al Convenio 169, la Corte Constitucional colombiana ha sostenido que **el derecho fundamental de la comunidad a preservar su integridad cultural, social y económica se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones, a través del mecanismo de la consulta.**⁴⁰

Adicionalmente, los Tribunales Superiores de Justicia han aplicado los estándares sobre la materia contenidas en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por Colombia en mayo de 2009, y hecho suyos los pronunciamientos de órganos internacionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el ámbito reglamentario, por su parte, el Gobierno colombiano ha dictado cuatro normas relevantes para la implementación de la consulta: (1) el Decreto N°1320 de 1998, por la cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la

⁴⁰ Véase: Corte Constitucional, sentencia SU-039/97. Acción de Tutela en favor de la comunidad indígena U'wa. Rama Judicial, República de Colombia. Documento en línea, disponible en: [\[http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/su039-97.htm\]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/su039-97.htm)

explotación de recursos naturales dentro de sus territorios; (2) la Directiva Presidencial N° 001 de 2010, la cual estableció qué acciones requieren consulta, cuáles no y los mecanismos para realizarla; (3) el Decreto N°2893 de agosto de 2011, que establece formalmente la **Dirección de Consulta Previa (DCP), dependiente del Ministerio del Interior, que es la responsable de implementar y coordinar los procesos de consulta;** y (4) la Directiva Presidencial N°10, de Noviembre de 2013, una guía para la realización de la consulta previa. Sin embargo, todas han sido adoptadas de manera inconsulta y en contravención a los estándares internacionales.

Específicamente, la Corte Constitucional en varias ocasiones ha manifestado que el Decreto N°1320 se trata de una norma abiertamente inconstitucional, dada su incompatibilidad con el Convenio 169 y la Constitución⁴¹, pues restringe su ámbito de aplicación únicamente a proyectos, obras o actividades que se pretendan desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras, o en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras (artículo 2), siguiendo un criterio geográfico diverso al análisis de susceptibilidad de afectación utilizado por el Convenio; por otro lado, limita su objetivo a analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio y las medidas propuestas para proteger su integridad (artículo 1), obviando el propósito de la consulta, esto es, lograr un acuerdo o consentimiento respecto a la medida propuesta; Por último, también falla en su adecuación cultural en materia de plazos y representatividad. La falta de conformidad del Decreto N°1320 con el Convenio 169 también ha sido materia de conocimiento del Consejo de Administración de la OIT (noviembre de 2001)⁴², quien recomendó al Gobierno de Colombia la modificación de la normativa vigente.

Actualmente, existe un Proyecto de Ley Estatutaria propuesto por el Ministerio del Interior desde 2016 por el cual se pretende regular el derecho fundamental a la Consulta Previa, el que ha sido elaborado de manera inconsulta restándole legitimidad al proceso. Entre tanto, el alcance del derecho de consulta previa de los pueblos indígenas seguirá

⁴¹ Véase: Corte Constitucional, sentencia T-652/98. Acción de Tutela en favor del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú. Rama Judicial, República de Colombia. Documento en línea, disponible en: [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-652-98.htm>]

⁴² Véase: Informe del Consejo de Administración de la OIT establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169),

desarrollándose bajo los parámetros señalados por la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia. Al respecto, en la sentencia T-294 de 2014 (caso Cantagallo⁴³) la Corte desarrolló de forma integral y comprensiva el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, incorporando a su razonamiento los estándares señalados por el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas respecto al ámbito de aplicación, definición de territorio, consentimiento previo libre e informado, titularidad, entre otros.

Criterios que han sido reiterados y desarrollados constantemente por la Corte, en particular, en la sentencia de unificación SU-217 de 2017 que precisó cuestiones procedimentales, por ejemplo, que la obligación del Ministerio del Interior de emitir una certificación sobre la presencia o no de comunidades indígenas en la zona de influencia (de un proyecto o medida) para la determinación de la existencia de la obligación de consulta, no es excluyente ni agota el ámbito de exigibilidad del proceso consultivo. En otras palabras, la existencia de una comunidad que podrían verse afectadas en un territorio no depende de la certificación estatal, porque contraría el derecho a la autoadscripción o autoidentificación étnica, porque se limita a lo geográfico y porque confunde el concepto de zona de influencia con el análisis de afectación directa que realiza el Convenio.⁴⁴

Respecto a la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de garantía del derecho de consulta previa, *“la Corte Constitucional ha considerado, en jurisprudencia constante, pacífica y uniforme, que la acción de tutela procede como mecanismo preferente para la protección de los derechos de los pueblos indígenas”* (Corte Constitucional, 2017, párr. 68), incluida la protección a su derecho a ser consultados. Esto, porque es labor del juez constitucional lograr la efectividad de los derechos fundamentales, para lo cual cuenta con herramientas jurídicas tales como la suspensión provisional. Adicionalmente, los pueblos indígenas afectados podrán recurrir de nulidad respecto del acto administrativo dictado con omisión de la consulta o en contravención a las normas que la regulan.

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); GB.282/14/4, 2001.

⁴³ Para más información, véase: [<https://www.diarioconstitucional.cl/noticias/tutela-de-derechos/2014/10/09/cc-de-colombia-acoge-tutela-deducida-por-comunidad-indigena-respecto-de-proyecto-de-relleno-sanitario/>]

⁴⁴ Para más información, véase: Corte Constitucional, sentencia SU217/17. Acción de tutela presentada por el Club Montería Jaraguay Golf, el Cabildo Indígena Jaraguay y otros. Rama Judicial, República de Colombia. Documento en línea, disponible en: [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU217-17.htm>]

Finalmente, ha surgido una discusión sobre la necesidad de contar con una normativa general de consulta, pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido, en general, suficiente en la aplicación de los estándares internacionales sobre la consulta desarrollados en los instrumentos internacionales y a través de la interpretación evolutiva de los tribunales internacionales de justicia, la que ha permeado la práctica institucional en la materia. Por otro lado, la posibilidad de discutir una ley estatutaria de consulta podría ser más o menos beneficiosa para la protección de sus derechos según sea la capacidad política del movimiento indígena de influir en la discusión parlamentaria, la que sabemos limitada, versus las continuas presiones del sector empresarial por contar con un marco regulatorio a su favor (DPFL, 2015, p. 30). Con todo, entre la principal amenaza actual para los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes en Colombia es el conflicto armado que aun subsiste en el país.

3. Perú⁴⁵

El Tribunal Constitucional de Perú, en sentencia N°0022-2009.PI/TC (Previamente, en Exp. N° 03343-2007-PA/TC) reafirmó el rango constitucional del Convenio 169 de la OIT - Texto aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26.253 del 2 de diciembre de 1993 y ratificado el 17 de enero de 1994- y, en específico, del derecho de consulta previa indígena. Esto, en virtud del artículo 55 de la Constitución que establece que los tratados sobre derechos humanos *“forman parte del derecho nacional”*, y que respecto del cual el texto constitucional les confiere efectos normativos de forma directa, sin necesidad de una normativa legal o reglamentaria que lo desarrolle. En el mismo fallo, el Tribunal se pronunció sobre el contenido del derecho a la consulta, desarrollando, además, un conjunto de principios y reglas que le son aplicables. Así, por ejemplo, precisa lo que denomina el *“contenido constitucional protegido”* del derecho a la consulta previa, esto es, *“el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta (párrafo 37).”*

⁴⁵ Según el censo de 2007, la población de Perú incluye a más de 4 millones de indígenas, de los cuales el 83,11% pertenece al pueblo Quechua, el 10,92%, al Aymara, el 1,67%, al Asháninka y el 4,31% pertenecen a otros pueblos indígenas amazónicos. La Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios señala la existencia en el país de 55 pueblos indígenas que hablan 47 lenguas indígenas.

Además, “[e]ntre las disposiciones relevantes de la Constitución peruana [en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas] se encuentra el reconocimiento del derecho a la identidad cultural (artículos 2.19 y 89), a la propiedad comunal (artículos 88 y 89), el derecho a la autonomía (artículo 89), al ejercicio de funciones jurisdiccionales y reconocimiento de autoridades (artículo 149), y el derecho a la participación política (artículo 191)” (DPLF, 2015, pp.4). Sin embargo, por otro lado, la Constitución de 1993 de declarada inspiración neoliberal y extractivista, promulgada por Alberto Fujimori, limitó los derechos territoriales de los pueblos indígenas, quitándoles la calidad de inalienables que gozaban en el texto anterior (1979), dejando abierta la posibilidad de ser adquiridas por privados (artículo 89)⁴⁶, derecho consustancial al derecho de consulta como lo es el derecho a sus tierras, territorios y recursos. En cuanto a los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales dentro de sus tierras tituladas o tradicionales, éstos se encuentran limitados por los derechos e intereses del Estado sobre las mismas. Según la Constitución, los recursos renovables y no renovables son patrimonio de la nación, y según la legislación sectorial, los recursos minerales e hidrocarburos son propiedad del Estado.

Durante este gobierno y los sucesivos⁴⁷ se evidenciaron constantes conflictos socioambientales entre las comunidades campesinas y nativas, el Estado y las empresas extractivas, por la imposición inconsulta de megaproyectos en territorios indígenas, siempre con una agresiva campaña de represión y criminalización contra las comunidades y pueblos indígenas, y sus líderes. Ya durante su segundo periodo presidencial, Alan García declaraba (2007): *“Para crecer, el Perú necesita ampliar sus mercados. Lograr cada vez mayor inversión minera, petrolera y gasífera. Por eso, los invito a invertir en el Perú. Vengan, los empresarios norteamericanos a instalar sus fábricas. Vengan, confiando en que vamos a tener seguridad de largo plazo que no será interrumpida por ningún trastorno político. Si yo*

El 21% del territorio peruano está cubierto por concesiones mineras, que se superponen al 47,8% del territorio de las comunidades campesinas. Del mismo modo, el 75% de la Amazonía peruana está cubierta por concesiones de hidrocarburos. En <https://www.iwgia.org/es/peru>.

⁴⁶ Artículo 89. Comunidades Campesinas y Nativas. Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

⁴⁷ Ya durante su segundo periodo presidencial, Alan García declaraba (2007): *“Para crecer, el Perú necesita ampliar sus mercados. Lograr cada vez mayor inversión minera, petrolera y gasífera. Por eso, los invito a invertir en el Perú. Vengan, los empresarios norteamericanos a instalar sus fábricas. Vengan, confiando en que vamos a tener seguridad de largo plazo que no será interrumpida por ningún trastorno político. Si yo fuera miembro del American Chamber of Commerce, invertiría en el Perú, ciertamente”* (Akbar, Brandenburg y Orzel, 2016).

fuera miembro del American Chamber of Commerce, invertiría en el Perú, ciertamente” (Akbar, Brandenburg y Orzel, 2016).

Entre los casos más emblemáticos relacionados con las protestas contra industrias extractivas en años recientes están: (1) el caso de los sucesos de Bagua del 5 de junio de 2009, que resultó en la muerte de numerosas personas indígenas y no-indígenas, un desaparecido y cientos de heridos. Conflicto originado por la aprobación inconsulta de diversos decretos legislativos con la finalidad de implementar el TLC entre Perú y EE.UU., y de promoción de inversión privada en forestación y agroindustria, con importantes impactos en los derechos territoriales de los indígenas amazónicos; (2) la oposición por parte de comunidades aymaras a la concesión otorgada a la empresa Bear Creek para llevar adelante el proyecto de minería Santa Ana en sus territorios, la cual resultó en investigaciones penales contra docenas de personas aymaras; y (3) las protestas sobre el proyecto minero Conga en la región de Cajamarca, las cuales suscitaron la declaración de dos estados de emergencia, en 2011 y 2012, y sucesos de violencia entre los manifestantes y fuerzas de seguridad en julio de 2012 que resultaron en cinco comunitarios muertos y decenas de personas lesionadas (Anaya, 2014).

En cuanto a su reglamentación, el Perú cuenta, principalmente, con las siguientes normas referidas a la consulta: 1) la Ley N°29.785 del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, publicada el 7 de septiembre de 2011; 2) el Reglamento de la Ley de Consulta, aprobado a través del Decreto Supremo N°001-2012-MC, norma publicada el 3 de abril de 2012, que reglamenta el derecho a la consulta, estableciendo obligaciones para sectores específicos del Estado; y 3) la Resolución Ministerial No 350-2012-MEM, norma que aprueba los procedimientos administrativos del sector Energía y Minas en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa.

Luego de los acontecimientos de Bagua, se conformó la denominada Mesa de Diálogo de la Selva, con la participación de AIDSESP (Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana), la CONAP (Confederación de Nacionalidades Amazónicas de Perú) y representantes del Estado, donde se trabajó una propuesta de proyecto de la Ley del derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas u originarios, que desarrollara el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos

indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. El texto finalmente aprobado durante la primavera de 2011 (Ley N°29.785 de Consulta Previa de 2011) incorpora los estándares internacionales sobre la consulta tales como la oportunidad, interculturalidad, buena fe, flexibilidad, adecuación cultural, plazo razonable, información oportuna y finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. Asimismo, expresa que las obligaciones establecidas en la referida Ley deberán interpretarse de conformidad al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (artículo 1). Respecto al principio de buena fe, dispone que el Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios tienen el deber de actuar de buena fe, **estando prohibidos de todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas** (artículo 4), ambos términos de contenido difuso, esto es, que no precisa la obligación de cuyo incumplimiento emanaría una reacción estatal o sanción, permitiéndole a la autoridad realizar interpretaciones más o menos restrictivas de derechos, según su arbitrio para dar por configurado el incumplimiento. Quedan, entonces, desprotegidas las comunidades ante prácticas represivas, de criminalización de la protesta social o, inclusive, de su derecho a ser consultados.

El Reglamento de la Ley de Consulta complementa este punto disponiendo que: “[e]l principio de buena fe, aplicable a ambas partes, comprende adicionalmente: (i) brindar toda información relevante para el desarrollo del proceso de diálogo; (ii) evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado; (iii) cooperar con el desarrollo de la consulta; (iv) diligencia en el cumplimiento de lo acordado; (v) exclusión de prácticas que pretendan impedir o limitar el ejercicio del derecho a la consulta; y (vi) no realizar proselitismo político partidario en el proceso de consulta (artículo 3).” De su inobservancia, la entidad promotora podrá suspender o poner fin al proceso de diálogo, elaborando un informe sobre las razones que sustentan dicha decisión, sin perjuicio de que las autoridades gubernamentales competentes adopten las medidas previstas en la legislación, de ser el caso, luego de lo cual se pasará a la etapa de decisión (artículo 21).

Por otro lado, la Ley establece que el diálogo intercultural se realiza tanto sobre los **fundamentos** de la medida legislativa o administrativa, sus posibles **consecuencias** respecto al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, como sobre las **sugerencias y recomendaciones** que estos formulan (artículo 14), cuestiones todas que el Estado deberá atender en su decisión, a la vez que debe garantizar los

derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo (artículo 15). En otras palabras, los procesos de consulta, entendidos como instancias de diálogo intercultural, son siempre vinculantes para el Estado, incluso en caso de no llegarse a un acuerdo o lograr el consentimiento, esto porque se encuentra limitado por las observaciones realizadas al proyecto por las comunidades indígenas dentro del proceso.

Un aspecto de preocupación es la exclusión de procesos de consulta ante la existencia de “acuerdos” entre la empresa y las comunidades afectadas por determinado proyecto. En efecto, la Ley N°26.505, Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas, publicada el 18 de julio de 1995, establece en su artículo 7 que “[l]a utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre (...)”. Se ha entendido que en estos escenarios no es aplicable el deber del Estado de realizar procesos de consulta, a pesar de la clara asimetría de poder entre los titulares de las concesiones y las comunidades afectadas, y de tratarse de una negociación sobre un derecho de carácter fundamental que ha culminado frecuentemente en acuerdos abusivos (DPLF, 2015, p. 67).

La entidad responsable de la ejecución de los procesos de consulta conforme a la legislación peruana es la entidad promotora de la medida o proyecto con apoyo de la entidad pública especializada en materia indígena, que en el caso peruano es el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura (Ley de Consulta), y su financiamiento corresponderá a:

“Artículo 26 del Reglamento. Financiamiento del proceso de consulta:

26.1 En el caso de medidas legislativas y administrativas de alcance general, corresponde a la entidad promotora financiar los costos del proceso de consulta.

26.2 En el caso de consultas de actos administrativos, los costos del proceso se incorporarán en las tasas que cubren los costos del trámite de la indicada medida.

26.3 Las entidades promotoras identificarán o modificarán en sus TUPA los procedimientos a los que se aplique el presente artículo.”

Respecto a su exigibilidad, el Reglamento establece el derecho de petición de consulta (artículo 9) ante la autoridad administrativa para solicitar ser incluidos en un proceso ya iniciado o el inicio de uno nuevo. En caso de rechazo, pueden solicitar la reconsideración ante la misma autoridad o apelación por vía administrativa. Asimismo, la justicia constitucional ha sido relevante en la defensa de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas como es el caso de la Consulta. El mejor ejemplo es la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Exp. N°00022-2009-PI/TC que resuelve la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo N°1.089 por la cual se fijaron los principios y reglas para la implementación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, que fue promulgada sin efectuarse la consulta correspondiente, resolviendo que dicho decreto no recibe aplicación para las comunidades indígenas. Los indígenas también se han valido de herramientas tales como acciones populares y procesos de amparo para la impugnación de decisiones tomadas de manera inconsultas.

4. Chile⁴⁸

La Constitución Política de la República de Chile (1980) no reconoce a los pueblos indígenas de manera expresa ni el derecho a la consulta indígena previa ni ningún otro derecho colectivo de los pueblos indígenas. Con todo, pareciera no existir discusión sobre las circunstancias que el Convenio 169 OIT, tratado internacional firmado y ratificado por el Estado chileno en septiembre de 2008, constituye un tratado de Derechos Humanos que forma parte del derecho interno en virtud del artículo 5 inciso 2° del texto constitucional⁴⁹, así lo ha considerado la Corte Suprema en diversas oportunidades, otorgándole rango constitucional. La posición del Tribunal Constitucional, por su parte, en autos Rol 309-2000 con sentencia de 4 de agosto de 2000, ha sostenido la jerarquía infra constitucional (pero

⁴⁸ La población indígena en Chile es de 1.565.915, esto es, el 9% de la población nacional. El pueblo Mapuche representa 84% de la población indígena, mientras que el Aymara, Diaguita, Atacameño y Quechua, representan el 15%.

Los pueblos indígenas de Chile viven principalmente en áreas urbanas. Las regiones Metropolitana (30,1%), Araucanía (19,6%) y los lagos (13,1%) tienen la concentración más grande de población indígena. No obstante, a partir del año 2015, se consideró que el 24,7% se encuentran residiendo en áreas rurales.

La lucha de los pueblos Mapuche sobre los derechos de la tierra y sus territorios, que legal y/o ancestralmente, les pertenecen, es constante. En la región de la Araucanía y Los Ríos, los derechos de los pueblos Mapuche se ven gravemente amenazados por la expansión de proyectos extractivos, de producción y de infraestructuras. La gran mayoría de estas iniciativas proceden de corporaciones privadas. En <https://www.iwgia.org/es/chile>.

⁴⁹ Esto es, “[e]l ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

supra legal) de los tratados internacionales sobre derecho humanos, a la vez que les otorga la calidad de normas programáticas a las disposiciones contenidas en el Convenio 169, sin vigencia sino hasta la dictación de normas legislativas o reglamentarias que permitan su implementación. En definitiva, en opinión del Tribunal Constitucional, tendrían carácter autoejecutable o de aplicación directa únicamente las normas contenidas en los artículos 6 y 7 del Convenio 169 OIT (considerando 6° y 7°), esto es, las referidas al derecho de consulta y de participación, razón de porqué gran parte del debate doctrinario y jurisprudencial se ha dado en el marco de la consulta previa. Estos criterios son luego reiterados en la sentencia de fecha 24 de junio de 2011 (TC Rol N° 1988).

La preocupación central en cuanto a la implementación de este derecho es que sea definida de modo que impida a los pueblos indígenas ejercer un derecho a veto (o incluso un obstáculo) respecto de las medidas y proyectos propuestos. Así, la primera normativa dictada a fin de regular la consulta previa y la participación de los pueblos indígenas es el Decreto Supremo N°124 del Ministerio de Planificación, del 25 de septiembre de 2009, de carácter transitorio. Que, aunque pretendió dar desarrollo normativo a los artículos 6 y 7 del Convenio, “[s]u objeto fue la reglamentación del artículo 34 de la Ley de Desarrollo Indígena (Ley 19253 de 1993), cuyo artículo 34 establece, sin referirse al derecho a la consulta, que la administración pública y las organizaciones de carácter territorial, cuando provean servicios que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce la referida Ley” (DPLF, 2015, p. 25). El decreto estuvo vigente hasta el 04 de marzo de 2014 y no estuvo exento de críticas durante su vigencia, pues no fue consultado o siquiera informado y no cumple con las normas internacionales de derechos humanos aplicables a la consulta, siendo rechazado por los pueblos indígenas y cuestionado por el relator de Naciones Unidas, don James Anaya (Millaleo, 2014).

Posteriormente, se dictaron dos regulaciones actualmente vigentes en materia de consulta previa, el Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, del 04 de marzo de 2014, que regula el procedimiento general de consulta indígena; y el Decreto Supremo N°40 del Ministerio del Medio Ambiente, del 12 de agosto de 2013, que aprueba un nuevo reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y dispone la obligación de desarrollar procesos de consulta indígena para los proyectos de inversión y desarrollo que son evaluados ambientalmente. Ambas normativas han sido cuestionadas en

su legitimidad. Entre los años 2011 y 2013, el Gobierno llevó a cabo un proceso de consulta indígena a nivel nacional (denominada “Consulta sobre Institucionalidad Indígena”), y tenía entre sus principales objetivos consultar el establecimiento de un mecanismo de consulta previa acorde al Convenio 169 de la OIT y la modificación al Reglamento del SEIA. Durante su desarrollo, “[n]umerosas organizaciones indígenas manifestaron su disconformidad con el proceso de consulta nacional indígena convocada por el gobierno de Piñera”, en atención a su arbitrariedad, falta de adecuación cultural, defectos de representatividad, burocratización del proceso y prácticas de mala fe (Millaleo, 2014, p. 67). Ante los cuestionamientos, el gobierno suspendió el procedimiento a fines del año 2011.

Más tarde, a inicios del año 2013, la presidencia decidió retomar el proceso de consulta abandonado, lo que terminó con la conformación de una Mesa de Consenso donde se trabajó sobre el documento denominado “Propuesta de Nueva Normativa de Consulta y Participación Indígena” y que dio como resultado la aprobación del D.S. N°66 que regula actualmente el procedimiento de consulta indígena (2013). Paralelamente, se trabajó en la elaboración del D.S. N°40 que aprueba un nuevo reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).

En cuanto a su contenido, el D.S. N°66, en su artículo 8° inciso 1, primera parte, señala que: “[l]a resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley N°19.300, y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental,” entregando la regulación de la consulta en el caso de la aprobación de proyectos de inversión a la normativa ambiental. Esto se ve complementado por lo dispuesto en el artículo 85 del D.S. N°40, a saber:

"Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7°, 8° y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4° de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus

instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental".

Al respecto, cabe recordar que toda actividad o proyecto que se realice en el país susceptible de causar impacto ambiental deberán someterse a una Evaluación de Impacto Ambiental que determinará si se encuentran en condiciones de cumplir con los requisitos ambientales que les son aplicables. Dependiendo de sus efectos, características o circunstancias, la autoridad ambiental podrá exigir la realización de un Estudio de Impacto Ambiental en el que se integre la participación ciudadana y la aplicación de medidas de mitigación, reparación o compensación, o la sola presentación de una Declaración de Impacto Ambiental que consiste en una declaración jurada del representante de la empresa o entidad interesada.

Por lo tanto, los proyectos con impacto ambiental que dan lugar a la Consulta son aquellos sometidos a evaluación vía Estudio de Impacto Ambiental, en otras palabras, aquellos proyectos que generen un impacto **específico y significativo**, un estándar de afectación más exigente que el establecido por el Convenio, excluyéndose a priori una serie de proyectos susceptibles de afectarles directamente. De igual manera, se eximen de la obligación de consulta los actos administrativos que emanen de la potestad reglada de la administración y las medidas legislativas **de alcance general o no específico** que no refieran a *“ningún elemento esencial de afectación indígena”*, en otras palabras, **no existe obligación de consultar respecto de aquellas medidas administrativas o legislativas que no hayan sido concebidas “en consideración única o con un especial énfasis en los pueblos indígenas”**⁵⁰, argumento recogido y replicado por el Tribunal Constitucional en su sentencia roles N°s 2387-12-CPT y 2388-12-CPT (acumulados) de fecha 23 de enero de 2013, que resuelve requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de congresistas en contra del proyecto de ley que modifica la Ley General de Pesca.

⁵⁰ Véase: Observaciones del Presidente de la República al proyecto de Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la ley N°18.892 y sus modificaciones”, contenida en el boletín N°8.091-21.

Al respecto, el artículo 7 del Reglamento establece que: *“Son medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas los anteproyectos de ley y anteproyectos de reforma constitucional, ambos iniciados por el Presidente de la República, o la parte de éstos **cuando sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.**”*

Por otro lado, en su artículo 4 se enumeran a los órganos de la Administración del Estado que están sujetos a la obligación de consultar conforme a las disposiciones del reglamento, estos son: *“los ministerios, las intendencias, los gobiernos regionales, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.”* Excluye expresamente a los órganos constitucionalmente autónomos, los que *“**podrán** sujetarse a las disposiciones del presente reglamento”*, sin por ello excluirlos del deber de consultar cuando es legalmente debido, para quienes el reglamento es facultativo.

En la legislación chilena, la buena fe ha sido definida como el **deber de los intervinientes de “actuar de manera leal y correcta” con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento**, en que las partes *“no podrán realizar conductas, acciones u omisiones que obstaculicen el normal desarrollo del proceso de consulta previa o impidan alcanzar su finalidad, así como aquellas que pretendan burlar o desconocer los acuerdos alcanzados.”* Sin embargo, la distinción entre el principio de buena fe y el deber de lealtad es relevante, pues la exigencia de lealtad requiere una actitud positiva y de resguardo respecto de los intereses de un tercero (privado o estatal) inclusive en contra de los intereses propios, común en el ámbito de las relaciones fiduciarias en nuestro derecho privado. De la confusión entre ambos conceptos resulta que el diálogo se encuentra limitado de manera previa y externa que no permite la oposición sobre su contenido o aspectos esenciales, siendo irremediabilmente reducido a un proceso meramente formal. Al respecto, *“[c]abe recordar que los pueblos indígenas están en su pleno derecho a oponerse a la medida propuesta, cuestión que con el entendimiento de buena fe propuesto podría quedar en entredicho y ser utilizada como un indicativo de mala fe”* (DPLF, 2015, p. 87).

En fallo de la Corte de Apelaciones de Copiapó, de fecha 28 de abril de 2014, en causa Rol N°436-2013 (acumulados Rol N°437-2013 y N°444-2013) -o caso del proyecto minero el Morro-, el Tribunal se pronuncia sobre las obligaciones de las partes en un proceso de consulta, y señala que las comunidades indígenas tienen un compromiso de participar en forma activa respecto del proceso de consulta indígena. Así lo señala en su considerando 23° y siguiente. A saber:

“23°) Que, en relación al requisito de la “buena fe” en la consulta indígena cabe destacar que esta exigencia implica también un deber de comportamiento para las comunidades consultadas (...)

24°) Que, en estos términos, queda demostrado que si bien la CADHA, como comunidad afectada directamente por la Resolución que se impugna, no sólo es titular de derechos, sino que también es sujeto de obligaciones para con el Estado del que forma parte y para con las demás comunidades y asociaciones indígenas de la etnia diaguita con las que colinda (...)”

En esta ocasión, la Corte rechazó el recurso de protección interpuesto en favor de la comunidad por considerar que el comportamiento de la recurrente dentro del proceso de Consulta resultó ser **“dilatatorio e impositivo”** (considerando 22°), habilitando a la autoridad ambiental para suspender unilateralmente un proceso de consulta, argumentando que la Comunidad Agrícola Diaguita de los Huascoaltinos actuó de mala fe, lo que se deduciría de la demora de la comunidad para aprobar el procedimiento de consulta propuesto por el Gobierno. En consecuencia, la dictación de la resolución de calificación ambiental otorgada por la autoridad, sin efectuar la consulta, se encontraría conforme a derecho.

La Corte Suprema, conociendo en segunda instancia de estos autos, con fecha 07 de octubre de 2014 revocó lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Copiapó, sin hacer mención expresa al contenido del estándar normativo de buena fe, sin embargo, considera que la resolución favorable al proyecto deviene en ilegal y arbitraria por inconsulta. De esta manera, la Corte evidencia que **la decisión de suspender unilateralmente la consulta indígena, de la autoridad ambiental e indígena, carece de fundamento** (Corte Suprema causa Rol 11.299-2014).

Respecto de la responsabilidad de la consulta previa en Chile, *“su implementación y financiamiento le corresponde al organismo público responsable de evaluar, aprobar o rechazar determinada medida, permiso o proyecto. A su vez establece que el Ministerio de Desarrollo Social, es el organismo público competente para asesorar a los diversos organismos públicos en la implementación de esta obligación”* (Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe, 2016, p. 16) y el Consejo Nacional de la CONADI (artículos 13 y 14). Esto, con exclusión de los procesos de consulta para aquellas medidas que requieran de licenciamiento ambiental, donde la entidad encargada de la evaluación ambiental será también la encargada de su realización (Servicio de Evaluación Ambiental, SEA). En ambos casos, no existen partidas específicas en el presupuesto anual para la implementación de los procesos de consulta.

La gran mayoría de los casos llevados ante instancias judiciales por la vía de la acción constitucional de protección ha tenido relación con la impugnación de Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA), medida administrativa que autoriza la materialización de proyectos de inversión y, por tanto, debe ser sometida a consulta (Caso Plan Regulador San Pedro de Atacama, Corte Suprema, causa Rol 258-2011; y Caso Parque Eólico Chiloé, Corte Suprema, causa Rol 10.090-2011). No obstante, en fallos recientes, la Corte Suprema ha determinado que la falta de consulta de la RCA (sea por su falta absoluta o por haberse ingresado el proyecto por Declaración de Impacto Ambiental, correspondiendo un Estudio) es de competencia de los tribunales ambientales y no debe ser materia de recurso de protección (Corte Suprema, causa Rol 17.120-2013, considerando 5°) (DPLF, 2015, pp.12).

Al respecto, *“[e]n enero del año 2010 se inició todo un proceso de rediseño de la institucionalidad ambiental que permitiría el resguardo adecuado de los derechos y acciones reconocidos en la Ley 19.300 sobre Bases generales del Medio Ambiente. Así en primer lugar se dictó la Ley N°20.417 que dio origen al Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) y la Superintendencia del Medio Ambiente, concretando la primera etapa de este proceso, la cual se complementó por la dictación de la Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, y que establecía un plazo de 6 meses para su implementación y entrada en funcionamiento. De esta manera, fue el 4 de marzo del año 2013 en que comenzó a funcionar el Segundo Tribunal (siendo el primero de los tres estipulados en la ley en entrar en funcionamiento), y el cual tuvo competencia sobre todas*

las causas originadas en el territorio nacional hasta la entrada en funcionamiento de los restantes tribunales” (Contreras, 2018).

Precisamente, en sentencia de fecha 22 de mayo de 2014, la Corte Suprema, conociendo de los autos "Consejo de Pueblos Atacameños, Comunidad Atacameña de Peine y Comunidad Atacameña de Socaire con Comisión Regional de Evaluación Ambiental" (o "caso Corfo-SQM"; también denominado "caso Litio"), Rol CS. N°16.817-2013, resolvió que: *"no obstante establecerse en la parte final del inciso 1° del artículo 20 de la Carta Fundamental que la interposición del recurso de protección lo es sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacerse valer ante la autoridad o los tribunales competentes, lo que obliga a este Corte a emitir un pronunciamiento sobre el asunto sometido a su conocimiento, no puede perderse de vista que a contar de la dictación de la Ley N°20.600, de 28 de junio de 2012, que crea los tribunales ambientales, son éstos los llamados a conocer de las controversias medioambientales que se encuentren sometidas a su competencia dentro de las cuales se encuentra por cierto la solicitud de invalidación de una resolución de calificación ambiental, conforme se desprende de la nueva institucionalidad ambiental (considerando 2°)"* cuando la controversia consista en dilucidar si el proyecto ser objeto de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o si bastaba con una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), incluyendo lo relativo a la infracción del derecho de consulta de los pueblos indígenas.⁵¹ Esto, en atención al principio de especialidad que tendría la jurisdicción ambiental en el asunto.

Posteriormente, con fecha 22 de abril de 2019, CS Rol N°25.142-2018 caratulado Asociación Indígena Consejo Pueblos Atacameños con Corfo-SQM (caso Litio), que resuelve el recurso de protección referido a la eventual modificación de la RCA 226/2006 y que busca invalidar la suscripción de dos acuerdos de renovación de contratos de explotación de litio en el Salar de Atacama, la Corte estimo que: *"[e]n efecto, más allá de la discusión respecto de si los contratos suscritos, que elevan la cuota de producción y venta del litio, pueden ser considerados una medida administrativa que, en los términos del artículo 6 del Convenio 169 en relación al Decreto N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, debe estar precedida por una*

⁵¹ Criterio es reiterado en Ingreso Corte N°290-2014 (C.A. Iquique); IC N°1.660-2014 (C.A. Concepción); CS Rol N°11.299-2014 (Corte Suprema); IC N°2.587-2014 (C.A. Temuco); CS Rol N°73.562-2014 (Corte Suprema), IC N°3.956-2015 (C.A. Temuco); IC N°758-2015 (C.A. Iquique); IC N°944-2015 y N°945-2015 (C.A. Puerto Montt), CS Rol N°65.349-2016 (Corte Suprema); IC N°682-2016 (C.A. Temuco); IC N°809-2015 (C.A. Puerto Montt); CS Rol N°44.037-2016 (Corte Suprema); CS Rol N°25.142-2018 (Corte Suprema); entre otros (Contreras, 2018, p.77).

consulta indígena o que, por tratarse de una explotación de sustancias minerales que pertenecen al Estado ubicadas en tierras indígenas, deban cumplir con la consulta en los términos del artículo 15 N°2 del referido Convenio, lo relevante es que detrás de las imputaciones, se esconde un alegato de invalidez de los referidos actos jurídicos, fundado en incumplimiento de las mencionadas normas de carácter internacional, como asimismo, respecto de normas de carácter ambiental, ...materias que no pueden ser resueltas a través de la presente vía (considerando 7°).”

Es preocupante constatar que, para la jurisprudencia nacional, el reclamo de protección jurisdiccional frente a la vulneración o afectación en el ejercicio de derechos esenciales o fundamentales ha devenido en inidóneo para la efectividad del derecho de consulta de los pueblos indígenas, aun cuando los naturalmente llamados a conocer respecto de dichas acciones son los Tribunales Superiores de Justicia vía recurso de protección. Dicha línea jurisprudencial incumple con la función cautelar de la acción de protección y la competencia conservativa de los derechos fundamentales que le corresponde al tribunal, a la vez que desnaturaliza la obligación internacional de consulta indígena como derecho humano y vulnera la igualdad ante la ley y el acceso a la justicia de las comunidades afectadas (Contreras, 2018). Al respecto, merece especial atención el voto de minoría del Ministro Sergio Muñoz en causa CS Rol N°44.037-2016, quien amparado en el deber de inexcusabilidad de los tribunales, y para el caso de afectación a las garantías constitucionales como es el caso de la consulta, el recurso de protección no resultaría incompatible con el ejercicio de otros derechos y por las vías ordinarias pertinentes, debiendo la jurisdicción emitir una decisión.

Al primer semestre de 2019, el Ejecutivo decidió iniciar un proceso de consulta indígena para introducir cambios a la Ley Indígena (N°19.253), normativa que fue diseñada en la década del noventa. Este proceso es altamente rechazado en la actualidad por las comunidades indígenas, quienes están en desacuerdo con las modificaciones que se quieren realizar, las que buscan facilitar la entrada de las tierras indígenas al mercado mediante mecanismos de privatización. Todo, en medio de un clima de desconfianza, agravado por la muerte del comunero mapuche Camilo Catrillanca meses atrás en manos de la policía nacional y la discusión de la denominada Ley Corta Antiterrorista para la persecución en contra del pueblo mapuche. Se acusa al Gobierno de un incremento en la represión política contra las comunidades, falta de información, acarreo de concriptos

militares a la consulta, entre otras prácticas constitutivas de mala fe por parte del Estado. Las autoridades ya califican el procedimiento como un fracaso por falta de participación relevante en el proceso y solicitan la suspensión indefinida de este.

Al respecto, cabe resaltar la fuerte cohesión entre los pueblos, quienes han expresado su rechazo masivamente, dejando en evidencia la falta de legitimidad de la medida legislativa propuesta, poniendo en jaque la arremetida del Gobierno. Además, deja en evidencia que una participación baja o no relevante en un proceso de consulta pone en entredicho la legitimidad de la decisión, precisamente porque la consulta no se un procedimiento pro forma. Luego, el derecho a la consulta se consagra como la herramienta institucional por excelencia para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas en la actualidad.

Finalmente, la disposición del gobierno de Sebastián Piñera hacia el Convenio 169 quedó expuesta cuando, a inicios de su periodo presidencial, cercanos expresaron públicamente el eventual retiro de Chile del Convenio 169 de la OIT con el fin del “destrabar las inversiones” -oportunidad que podría verificarse durante el año 2021-, provocando preocupación entre los pueblos indígenas y parte de la sociedad civil.⁵²

CAPÍTULO IV. Conclusiones.

1) El Convenio 169, a través de los mecanismos de la Consulta y el Consentimiento, “*tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones*” (Anaya, 2009, párr. 41), concretizando el derecho a la autodeterminación y de participación de los pueblos indígenas sin poner en riesgo la integridad territorial del Estado, de gran relevancia para las comunidades en la efectividad del resto de sus derechos, principalmente los derechos a la identidad cultural, a definir sus propias prioridades y estrategias de desarrollo, y la subsistencia cultural y material de los pueblos.

⁵² Para más información, véase: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2018/03/22/indigenas-e-intelectuales-denuncian-campana-para-que-chile-abandone-durante-mandato-de-pinera-el-convenio-169-de-la-oit/>

El papel que juega el reconocimiento a la autodeterminación indígena, *“entendida como el derecho de ser partícipes activos de su propio desarrollo, fijando sus prioridades económicas, sociales y culturales. Más aún cuando los procesos de desarrollo nacional pueden afectar sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera”* (Wray, 2002, p.42), es permitir el ejercicio democrático del derecho a la igualdad de quienes han sido histórica y sistemáticamente marginados del poder, y la única vía a través de la cual los Pueblos Indígenas podrán encontrar satisfacción a sus intereses y demandas. En ese sentido, el derecho de consulta previa ha devenido en fundamental para los pueblos indígenas en la defensa de sus tierras, territorios y recursos.

2) Desde el punto de vista del ente promotor o interesado en la aprobación de la medida o proyecto, las consultas llevadas apropiadamente otorgan legitimidad democrática a la decisión adoptada y permite una administración adecuada de la conflictividad social. Lo anterior, es relevante para las economías de crecimiento rápido dependientes de sistema primario exportador, ya que permite rebajar los costos asociados a la implementación de las medidas y proyecto, previniendo o resolviendo eventuales conflictos y en la generación de relaciones de confianza en el largo plazo.

Para Anaya, *“[d]icho consentimiento o acuerdo proporciona la necesaria aprobación social y sienta las bases para que los operadores del proyecto extractivo tengan una relación positiva con las personas más directamente afectadas, lo cual contribuirá a la necesaria estabilidad del proyecto”* (Anaya, 2013, párr. 29).

3) Del análisis comparado se evidencia que han sido las necesidades e intereses de los privados los que han conducido básicamente los procesos de regulación de la consulta indígena en la región, consecuencia de la alta dependencia de las economías nacionales de la extracción de recursos naturales (Millaleo, 2014; DPFL, 2015), que atentan contra las formas productivas de los pueblos indígenas y sus prácticas culturales, sometiéndolos a una competencia desigual con las empresas privadas por el acceso a los recursos presentes en el territorio.

La implementación efectiva del derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas sigue siendo un tema pendiente en la mayor parte de los Estados en estudio, quienes cuentan con un desarrollo legislativo de la consulta

comparativamente más restrictivos respecto de los estándares desarrollados en sede internacional, que avanza hacia la protección efectiva de los derechos de los pueblos indígenas, a través de la interpretación evolutiva de los distintos instrumentos de derechos humanos. En este sentido, no es de extrañar el surgimiento de nuevas voces sobre la inconveniencia de contar con una ley general de consulta.

Destacan, en particular, los casos de Bolivia y Colombia. En el caso boliviano, el análisis de las distintas disposiciones legales que han regulado la aplicación de la consulta en determinados asuntos, especialmente a partir de la entrada en vigor del texto constitucional que declara a país como un Estado Plurinacional, da cuenta que las leyes sectoriales limitan el derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado, a pesar de su consagración constitucional. Asimismo, la dirección de las decisiones político económica adoptadas por el Gobierno de Morales apuntan a un fortalecimiento de las inversiones hidrocarburíferas mediante alianzas público-privadas que anticipan un escenario complejo para el ejercicio del derecho a la consulta. Por otro lado, en el caso colombiano, destaca el rol que cumple el Tribunal Constitucional de Colombia en el control de constitucionalidad de las leyes regulatorias de la consulta conforme a derecho internacional de los derechos humanos. Lo anterior, ha llevado a replantearse la necesidad de contar con una ley general de consulta en el país.

Los casos peruanos y chilenos se caracterizan, en general, por una normativa constitucional y reglamentaria rezagada en la protección de los derechos de los pueblos indígenas, incluida la consulta, a efectos de favorecer el desarrollo de la industria extractiva en el territorio, que repercute en relaciones entre los pueblos indígenas y los Estados marcada por el conflicto social.

Al respecto, cabe recordar que los derechos humanos son por naturaleza evolutivos y expansivos, de manera que toda norma que restrinja el alcance del derecho de consulta se constituye indefectiblemente en un incumplimiento del Estado a sus obligaciones internacionales.

4) La observancia del principio de buena fe en los procesos de consulta indígena es un estándar normativo que genera obligaciones principalmente para el Estado conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha instituido como sujeto de la obligación de consultar al Estado, por un lado, y como sujeto del derecho a ser consultados a

los pueblos indígenas, por el otro. Luego, el sentido y alcance del estándar normativo de buena fe debe fijarse de acuerdo con su finalidad, esto es, llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento respecto de la medida propuesta, que exige del Estado la debida diligencia para la generación de las condiciones mínimas para restablecer la asimetría y desconfianza históricas de los pueblos indígenas hacia el Estado y que hagan posible la consecución de este fin.

Para ello, tanto el Convenio 169 como los diversos órganos internacionales de interpretación (el Comité de expertos de la OIT, las relatorías especiales sobre los derechos de los pueblos indígenas y la jurisprudencia tanto del Sistema Universal de Derechos Humanos y del Sistema Americano), han desarrollado las condiciones mínimas que deben proveer los Estados para la ejecución de los procesos de consulta apropiadas, constituyendo verdaderas obligaciones específicas respecto del Estado; entre ellas, la consulta debe ser previa, libre, plenamente informada, culturalmente adecuada y accesible, de buena fe, debe orientar hacia la obtención del consentimiento de los afectados, la realización de una consulta sobre la consulta, la mitigación de los desequilibrios de poder y, en general, todo esfuerzo destinado a impedir el vaciamiento del derecho de consulta a un acto de mero trámite. En este sentido, la buena fe surge como un principio general integrador que ha sido considerado por la jurisprudencia internacional como garantía ante consultas pro forma.

Finalmente, el mandato de buena fe en el desarrollo de un proceso de consulta indígena mal podría exigir deberes de *“lealtad y corrección”* respecto de las comunidades consultadas, propio de las relaciones fiduciarias en el derecho privado, dada la calidad de garante del Estado del derecho de consulta y en atención a la desconfianza y asimetría de poder históricas existentes. Asimismo, la tipificación de conductas como constitutivas de mala fe respecto de pueblo indígenas ha servido para criminalizar la protesta social y facilitar la ejecución de proyectos de inversión en sus territorios, en desmedro de sus derechos colectivos. El caso más emblemático ha sido el chileno, donde la autoridad ambiental en el caso El Morro (2014) decidió suspender unilateralmente el proceso, acusando al pueblo indígena consultado por prácticas *“dilatatorias e impositivas”* contrarias a la buena fe. La decisión fue revocada por la Corte Suprema.

5) Si bien no es el caso que la consulta sea vinculante en el sentido de que recaiga en las comunidades consultadas la decisión final de realizar o no un proyecto. En cambio, sí se encuentra vinculada en los acuerdos a los que lleguen las partes, los que son exigibles legalmente. Asimismo, también se encuentra vinculada en las observaciones e inquietudes expresadas durante el proceso, con plena vigencia del resto de los derechos de los pueblos indígenas, si el resultado del proceso termina en desacuerdo, oposición a la medida propuesta o, incluso, rechazo al proceso. Esto, porque, primero, la consulta debe ser realizada de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, como salvaguardia ante procesos pro forma o actos meramente formales/informativos. Y segundo, porque el Estado, en sus decisiones, se encuentra sujeto a los principios de buena fe, proporcionalidad y de razonabilidad, que excluye los medios arbitrarios y asegura el respeto por los derechos fundamentales.

En este sentido, esta investigación propone distinguir entre la vinculatoriedad del proceso, por un lado, y el “derecho a veto” que tanto preocupa a los inversores, por el otro. Luego, la consulta indígena no implica derecho a veto, pero es siempre vinculante en virtud del principio general de buena fe, hipótesis que ha sido desarrollada y comprobada a lo largo de esta investigación.

1. BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

1) Aguilar, Gonzalo (2009). La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: un proceso esperanzador. En: Estudios Constitucionales, Año 7, N° 1, 2009, pp. 91-136. Santiago de Chile: Estudios Constitucionales. Documento en línea, disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000100004]

2) Anaya, James. (2009). Consejo de Derechos Humanos. Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile. A/HRC/12/34/Add.6, 3 de septiembre de 2009.

3) Anaya, James. (2009). Consejo de Derechos Humanos. Sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009.

4) Anaya, James. (2009). Consejo de Derechos Humanos. Sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009.

5) Anaya, James. (2010). Nota preliminar sobre la aplicación del principio de consulta con los pueblos indígenas en Guatemala y el caso de la mina Marlin, A/HRC/15/37/Add.8, 8 de julio de 2010.

6) Anaya, James. (2011). La norma de consulta previa. Introducción peritaje ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Sarayaku, 7 de julio de 2011.

7) Anaya, James. (2011). Comentarios del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en relación con el Borrador preliminar de Reglamento para el proceso de Consulta del Convenio 169 de la O.I.T. sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Guatemala), 7 de febrero de 2011.

8) Anaya, James. (2013). Consejo de Derechos Humanos. Estudio sobre las industrias extractivas y los pueblos indígenas. A/HRC/24/41, 1 de julio de 2013.

9) Anaya, James. (2014). Informe Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. Adición. La situación de los derechos de los pueblos indígenas en Perú, en relación con las industrias extractivas. A/HRC/27/52/Add.3, 7 de mayo de 2014.

10) Aylwin, José et al. (2010). Las implicancias de la ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile. Ed. Temuco: Observatorio Ciudadano.

11) Aylwin, José et al. (2013). Los pueblos indígenas y el Derecho. Santiago de Chile: LOM Ediciones.

12) Aylwin, José et al. (2014). El Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas: Análisis del derecho nacional, internacional y comparado. Santiago de Chile: Observatorio Ciudadano.

13) Bengoa, José. (2000). La emergencia indígena en América Latina. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica.

14) Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (OACDH). (1994). Observación General No. 23, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 27 - Derecho de las minorías, 50º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7

15) Consejo De Derechos Humanos (OHCHR). (2012) Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas. A/HRC/EMRIP/2012/2, 30 de abril de 2012. Documento en línea, disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session5/A-HRC-EMRIP-2012-2_sp.pdf]

16) Contreras, María Fernanda. (2018). La desnaturalización de la obligación internacional de consulta indígena como derecho humano. La reticencia de los Tribunales

Superiores de Justicia de conocer por medio del Recurso de Protección y la dicotomía de competencia en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 20.660 que crea los Tribunales Ambientales. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago, Chile.

17) Corte Interamericana De Derechos Humanos (CIDH). (2009) 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. Documento en línea, disponible en: [<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.IX.htm>]

18) Fundación para el Debido Proceso (DPFL). (2015) Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú. Washington DC, EE.UU.: OXFAM. Documento en línea, disponible en: [http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf]

19) Góngora, Mario. (1981). Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX. Santiago de Chile: Editores La Ciudad.

20) Gray, Andrew. (1997). Indigenous rights and development: self-determination in an Amazonian community. Oxford: Berghahn Books.

21) Harvey, David. (2003). The New Imperialism. Oxford: Oxford University Press. Documento en línea, disponible en: [<http://eatonak.org/IPE501/downloads/files/New%20Imperialism.pdf>]

22) Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). (2011). Minuta sobre el deber de consulta a los pueblos indígenas. Santiago, Chile. Documento en línea, disponible en: [<https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/110/derecho-consulta-pueblos-indigenas.pdf?sequence=1>]

23) Marimán, José A. (2012). Autodeterminación. Ideas Políticas Mapuche en el Albor del siglo XXI. Santiago de Chile: LOM Ediciones.

24) Martínez, J. y Zúñiga, F. (2011) Estudios Constitucionales, Año 9, N° 1. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

25) Martínez Cobo, Miguel. (1999). Final report by Miguel Alfonso Martínez, Special Rapporteur: Study on treaties, agreements and other constructive arrangements between States and indigenous populations. E/Cn.4/Sub.2/1999/20, 22 de junio de 1999. Documento en línea, disponible en: [<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/137/73/PDF/G9913773.pdf?OpenElement>]

26) Mereminskaya, Elina. (2011) El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales. Derecho internacional y experiencias comparadas. En: Estudios Públicos N°121. Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos. Documento en línea, disponible en: [https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304095448/rev121_EMereminskaya.pdf]

27) Meza-Lopehandía, Matías. (2009) Territorio y autonomía de los pueblos originarios en Chile: una mirada desde el ordenamiento jurídico chileno y la urgencia del reconocimiento. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago, Chile.

28) Millaleo, Salvador. (2014) ¿Gobernar consultado? Análisis comparativo respecto de los problemas con relación a las bases y objeto de a consulta indígena (Convenio 169) en los reglamentos aprobados en Chile. Santiago, Chile.

29) Naciones Unidas, Alto Comisionado de Derechos Humanos. (Oficina Regional América del Sur). (2012). Reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y estándares internacionales. Documento en línea, disponible en: [<http://acnudh.org/2012/09/reconocimiento-de-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-y-estandares-internacionales/>]

30) Naciones Unidas, Alto Comisionado de Derechos Humanos. (2011). El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada. Una guía de

información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos. Documento en línea, disponible en: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7602.pdf?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7602]

31) Nash, Claudio. (2014). Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos.

32) Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2001) Informe del Comité de Expertos OIT 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), GB.277/18/4:GB.282/14/2.

33) Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2004). Informe del Comité de Expertos OIT 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), GB.282/15/3:GB.289/17/3.

34) Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2006). Informe del Comité de Expertos OIT encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil 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 Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF), GB.295/17:GB.304/14/7.

35) Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2006). Informe del Comité de Expertos OIT encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Argentina del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Unión de Trabajadores de la Educación de Río Negro (Un.T.E.R), gremio de base de la Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina (C.T.E.R.A.), GB.297/20/1:GB.303/19/7.

36) Organización Internacional del Trabajo (OIT), Oficina Regional para América Latina y el Caribe. (2016). Reporte Regional Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la consulta previa a los pueblos indígenas en proyectos de inversión. 2016. Documento en línea, disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_507556.pdf]

37) Rovira, José Antonio. (1983). El abuso de los derechos fundamentales, en Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. (2000). Ilícitos Atípicos. Madrid: Editorial Trotta.

38) Rodríguez, Gloria. (2014). De la consulta previa al consentimiento previo, libre e informado a pueblos indígenas en Colombia. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez S.A.S.

39) Rodríguez, Gloria y Albán Domínguez, Daniela (2015). Las rutas de la Consulta. Una discusión sobre la reglamentación de la Consulta previa, libre e informada. Bogotá: ILSA - Instituto Latinoamericano de Servicios Legales.

40) Seelau, Ryan y Seelau Laura. (2012). Guía para la Consulta según el Convenio 169 de la OIT: ¿Bajo cuáles circunstancias es necesaria la consulta indígena? Documento en línea, disponible en: [<http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/575/consulta-indigena.pdf?sequence=1>]

41) Tauli-Corpuz, Victoria. (2015). Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas relativo a las repercusiones de las inversiones internacionales y el libre comercio sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, A/70/301, 7 de agosto de 2015.

42) Tauli-Corpuz, Victoria. (2016). Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/HRC/33/42, 11 de agosto de 2016.

43) Wray, Norman. (2002). "La Consulta como derecho político de los Pueblos Indígenas" en Iuris Dicto. Revista de Derecho. Vol. 3, Núm. 6 (2002). Documento en línea, disponible en: [<http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdicctio/issue/view/40>]

44) Yrigoyen, Raquel. (2008). Tomando en serio y superando el derecho de Consulta Previa: el Consentimiento y la participación. Ponencia presentada en el V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Bogotá. 2008.

45) Yrigoyen, Raquel. (2009). Integración y complementariedad de los derechos de participación, consulta previa y consentimiento. A propósito de la integración de la Declaración y el Convenio 169 en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

TEXTOS LEGALES:

46) Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Asamblea General De Las Naciones Unidas, Nueva York, 13 de septiembre de 2007.

47) Ley N°3.058 de Hidrocarburos. La Paz, Bolivia, 17 de mayo de 2005.

48) Decreto Supremo N°29.033, Reglamento de consulta y participación para actividades hidrocarburíferas de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas. La Paz, Bolivia, 2007.

49) Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. La Paz, Bolivia, 7 de febrero de 2009.

50) Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ) y Confederación de los Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB). Propuesta de anteproyecto de consulta previa a los pueblos indígenas, 17 de febrero de 2011.

51) Ministerio de Gobierno. Anteproyecto de Ley de Consulta Previa Libre e Informada. Cochabamba, Bolivia, agosto de 2013.

52) Asamblea del Pueblo Guaraní (APG). Propuesta de ley marco de consulta de la Nación Guaraní de Bolivia, 08 de mayo de 2013.

53) Ley N°535 de Minería y Metalurgia. La Paz, Bolivia, 28 de mayo de 2014.

54) Ley N°767 de Promoción de Inversión de Exploración y Explotación Hidrocarburífera. La Paz, Bolivia, 11 de diciembre de 2015.

55) Constitución Política de la República de Chile de 1980. Santiago, Chile, 11 de marzo de 1981.

56) Decreto N°124, Reglamenta el artículo 34 de la Ley N°19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas. Santiago, Chile, 04 de septiembre de 2009.

57) Decreto N°40, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Santiago, Chile, 30 de octubre de 2012.

58) Decreto Supremo N° 66, Aprueba reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6, N°1, letra a) y N°2 del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica. Santiago, Chile, 15 de noviembre de 2013.

59) Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá, Colombia, 04 de julio de 1991.

60) Decreto N°1320 por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio. Bogotá, Colombia, 13 de julio de 1998.

61) Directiva Presidencial N° 001, Garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales. Bogotá, Colombia, 26 de marzo d 2010.

62) Decreto N°2893 por la cual se modifica los Objetivos, la Estructura Orgánica y Funciones del Ministerio del Interior y se Integra al Sector Administrativo del Interior. Bogotá, Colombia, 2011

63) Directiva Presidencial N°10, Guía para la realización de consulta previa. Bogotá, Colombia, 07 de noviembre de 2013.

64) Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblo Indígenas y Tribales en países independientes. Ginebra, Suiza, 27 de junio de 1989.

65) Decreto Supremo N°001-2012-MC, Reglamento de la ley de consulta. Lima, Perú, 3 de abril de 2012

66) Resolución Ministerial No 350-2012-MEM, Norma que aprueba los procedimientos administrativos del sector Energía y Minas en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa. Lima, Perú, 20 de julio de 2012.

67) Ley N°26.505, Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas. Lima, Perú, 18 de julio de 1995.

JURISPRUDENCIA:

68) Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (21 de febrero de 1997) Sentencia SU-039/97, Acción de Tutela en favor de la comunidad indígena U'wa. Rama Judicial, República de Colombia. Documento en línea, disponible en: [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/su039-97.htm>]

69) Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta. (10 de noviembre de 1998) Sentencia T-652/98, Acción de Tutela en favor del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú. Rama

Judicial, República de Colombia. Documento en línea, disponible en: [\[http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-652-98.htm\]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-652-98.htm)

70) Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (18 de abril de 2017) Sentencia SU217/17, Acción de tutela presentada por el Club Montería Jaraguay Golf, el Cabildo Indígena Jaraguay y otros. Rama Judicial, República de Colombia. Documento en línea, disponible en: [\[http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU217-17.htm\]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU217-17.htm)

71) Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (31 de agosto de 2001) Fondo, reparaciones y costas. Serie C N°79, Caso de la Comunidad Mayagna Awas Tigni Vs. Nicaragua

72) Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (17 de junio de 2005) Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N°125, Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay.

73) Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (28 de noviembre de 2007) Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N°172, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.

74) Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (27 de junio de 2012) Fondo y reparaciones. Serie C N°245, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador.

75) Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (OACDH). (29 de marzo de 2009) Dictamen del Comité de Derechos Humanos emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos respecto de la comunicación N°1457/2006, Caso Ángela Poma Poma vs. Perú.

76) Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (OACDH). (26 de marzo de 1990) Comunicación N°167/1984. CCPR/C/38/D/167/1984, Caso Chief Bernard Ominayak y Lubicon Lake Band vs. Canadá.

77) Corte Suprema de Chile, Tercera Sala. (07 de octubre de 2014) ICA Copiapó Rol N°436-2013 y N°437-2013, CS Rol N°11.299-2014. Comunidad Indígena Diaguita Yastai de Juntas de Valeriano y otros con Comisión de Evaluación Ambiental (“CEA”) (acumulada con autos Rol N°437-2013 y Rol N°444-2013), “Caso El Morro”.

78) Corte Suprema de Chile, Tercera Sala. (21 de enero de 2010) CS Rol N°1525-2010. Recurso de Protección presentado por la Comunidad Palguín Bajo y la Comunidad Antonio Huenuñanco contra la Comisión Regional de Medio Ambiente, “Caso Palguín”.

79) Corte Suprema de Chile, Tercera Sala. (13 de julio de 2011) CS Rol N°2.261-2011. Recurso de Protección presentado por la Asociación indígena Consejo de Pueblos Atacameños contra la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Antofagasta, “Caso Plan Regulador San Pedro de Atacama”.

80) Corte Suprema de Chile, Tercera Sala. (22 de marzo de 2012) CS Rol N°10.090-2011. Recurso de Protección presentado por la Comunidad Indígena Antu Lafquen de Huentetique contra la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos, “Caso Parque Eólico Chiloé”.

81) Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (25 de octubre de 2010) Sentencia N°2003/2010-R del Expediente N°2008-17547- 36-RAC.

82) Tribunal Constitucional de Chile, Tribunal Pleno. (04 de agosto de 2000) Rol N°309-00. Requerimiento formulado por diversos diputados para que el Tribunal resuelva la constitucionalidad del Convenio N°169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989, de acuerdo al artículo 82, N°2, de la Constitución Política de la República.

83) Tribunal Constitucional de Chile, Tribunal Pleno. (23 de enero de 2013) Rol N°s 2387-12 y 2388-12 (acumulados). Requerimiento presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, para que se declare la inconstitucionalidad del artículo 1°, numerales 20, 3, letra c) y 48 del proyecto de ley que “modifica en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y

fiscalización, la ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la ley N° 18.892 y sus modificaciones”, contenido en el Boletín N° 8091-21.

a. **ANEXOS**

EL ESCORPIÓN Y LA RANA.

Había una vez una rana sentada en la orilla de un río, cuando se le acercó un escorpión que le dijo:

—Amiga rana, ¿puedes ayudarme a cruzar el río? Puedes llevarme a tu espalda...

—¿Que te lleve a mi espalda? —contestó la rana—. ¡Ni pensarlo! ¡Te conozco! Si te llevo a mi espalda, sacarás tu aguijón, me picarás y me matarás. Lo siento, pero no puede ser.

—No seas tonta —le respondió entonces el escorpión—. ¿No ves que si te pincho con mi aguijón te hundirás en el agua y que yo, como no sé nadar, también me ahogaré?

Y la rana, después de pensárselo mucho se dijo a sí misma:

—Si este escorpión me pica a la mitad del río, nos ahogamos los dos. No creo que sea tan tonto como para hacerlo.

Y entonces, la rana se dirigió al escorpión y le dijo:

—Mira, escorpión. Lo he estado pensando y te voy a ayudar a cruzar el río.

El escorpión se colocó sobre la resbaladiza espalda de la rana y empezaron juntos a cruzar el río.

Cuando habían llegado a la mitad del trayecto, en una zona del río donde había remolinos, el escorpión picó con su aguijón a la rana. De repente la rana sintió un fuerte picotazo y cómo el veneno mortal se extendía por su cuerpo. Y mientras se ahogaba, y veía cómo también con ella se ahogaba el escorpión, pudo sacar las últimas fuerzas que le quedaban para decirle:

—¿Cómo has podido hacer algo así?, ahora moriremos los dos.

Y entonces, el escorpión la miró y le respondió:

—Lo siento ranita. No he podido evitarlo. No puedo dejar de ser quien soy, ni actuar en contra de mi naturaleza.

Y poco después de decir esto, desaparecieron los dos, el escorpión y la rana, debajo de las aguas del río.