

EL DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS:



Análisis del derecho nacional, internacional y comparado



**EL DERECHO A LA CONSULTA
DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS:
ANÁLISIS DEL DERECHO
NACIONAL, INTERNACIONAL
Y COMPARADO.**

Informe 19
IWGIA - 2014

OBSERVATORIO CIUDADANO

EL DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS:
ANÁLISIS DEL DERECHO NACIONAL, INTERNACIONAL
Y COMPARADO.

ISBN: 978-87-92786-46-3

Edición y Producción Editorial

Paulina Acevedo

Diseño y diagramación

Angelo Escobar

Fotografía de Portada

José Luis Vargas

Impresión

Copygraph

Ediciones e Impresiones

Santiago, Chile



EMBAJADA DE NORUEGA

Edificio Visionario, Los Militares 5001, Piso 7, Las Condes, Casilla 2431, Santiago

Tel.: 56 (02) 2484 2000 - Tel: 47 2395 8200 - Fax: 47 2395 8201

E-mail: emb.santiago@mfa.no - Web: www.noruega.cl



OBSERVATORIO CIUDADANO

Antonio Varas 428 - Temuco, Chile

Tel.: 56 (45) 221 3963 - Fax 56 (45) 2218353

E-mail: contacto@observatorio.cl - Web: www.observatorio.cl



GRUPO INTERNACIONAL DE TRABAJO SOBRE ASUNTOS INDÍGENAS

Classensgade 11 E, DK 2100 - Copenhagen, Dinamarca

Tel.: (45) 35 27 05 00 - Fax (45) 35 27 05 07

E-mail: iwgia@iwgia.org - Web: www.iwgia.org

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

José Aylwin 5

I.- EL DERECHO A LA CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL

Nancy Yáñez y Hernando Silva 9

II.- EL DERECHO A LA CONSULTA Y SU INCORPORACIÓN AL SISTEMA JURÍDICO CHILENO

Matías Meza-Lopehandía, Nancy Yáñez y Hernando Silva 19

III.- LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA EN CHILE EN MATERIA DE CONSULTA: UN LARGO Y COMPLEJO CAMINO

Hernando Silva 47

IV.- LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO COMPARADO

José Aylwin 59

INTRODUCCIÓN

José Aylwin

Como ha sido señalado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta de los pueblos indígenas en relación con las cuestiones que les conciernen es la piedra angular del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el instrumento jurídico internacional más relevante referido a los pueblos indígenas, ratificado por 22 Estados, 15 de ellos en América Latina¹. La consulta es un mecanismo fundamental para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones en las materias que les atañen directamente. Así, estos derechos establecidos a lo largo del Convenio 169, y de manera particular en sus artículos 6 y 7, a juicio de la OIT constituyen disposiciones claves sobre las cuales “reposa la aplicación de las demás disposiciones”².

A 25 años de la aprobación del Convenio 169 de la OIT en 1989, la implementación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (artículo 6.1 Convenio 169), sigue constituyendo un desafío para los estados.

Chile no es la excepción a este respecto. En efecto, el Estado chileno ratificó el Convenio 169 de la OIT en el año 2008. Conforme a su artículo 38, dicho Convenio entró en vigencia plena en

septiembre de 2009, doce meses después de su registro ante el Director General de la OIT. Desde entonces a la fecha este ha dictado tres Decretos Supremos (DS N° 124 el 2009, DS N° 40 el 2012 y DS N° 66 el 2013) que han intentado reglamentar el ejercicio de este derecho en diversos ámbitos, incluyendo la consulta a los pueblos indígenas en el marco de proyectos sometidos a procesos de evaluación de impacto ambiental. Dados los cuestionamientos de forma y de fondo que no solo desde los pueblos indígenas del país, sino que también desde diversas instancias internacionales de derechos humanos, incluyendo por cierto la propia OIT, han sido formulados a esta reglamentación, fundamentalmente por no estar acordes con los estándares establecidos en el propio Convenio 169 en la materia, muchos pueblos indígenas han recurrido a los tribunales de justicia, desarrollándose por parte de los tribunales superiores una rica, pero oscilante jurisprudencia sobre este derecho y sus formas de ejercicio.

Es en este contexto que desde el Observatorio Ciudadano, organización no gubernamental de promoción y defensa de derechos humanos que ha acompañado a los pueblos indígenas en el país en el proceso de hacer exigible este derecho, hemos considerado necesario elaborar este estudio sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el sistema nacional, internacional y comparado. Se trata del segundo estudio elaborado por el Observatorio Ciudadano en relación a la aplicación del Convenio 169. En el primer estudio, elaborado el 2009, intentamos identificar “Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile”³, a partir de los compromisos adquiridos por Chile tanto frente a la OIT como ante el

¹ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Observación General sobre el Convenio núm. 169, 79ª reunión, 2008, en OIT, *Un Manual*, 2009.

² Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 76ª reunión, 2005. Observación Guatemala (párrafo 6), en OIT, *Un Manual*, 2009, pág. 59.

³ Ver Aylwin, José *et al.*, 2010.

sistema jurídico interno, al ratificar dicho Convenio.

En este estudio hemos querido profundizar en la determinación del sentido y alcance del derecho a la consulta, y relacionado con este, del derecho a la participación de los pueblos indígenas, establecido en el Convenio 169. Con este objeto, en la primera sección de este estudio analizamos los estándares del derecho a la consulta y a la participación indígena de acuerdo a las normas y principios del Convenio 169. En esta sección, además, se analiza la interpretación fidedigna del sentido y alcance de este derecho realizada por la propia OIT, en particular por su Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y por la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia. En la misma sección, finalmente, se analizan las directrices para la aplicación de este derecho realizadas por instancias internacionales preocupadas de los derechos de pueblos indígenas, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

La segunda sección de este estudio trata sobre la incorporación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el sistema jurídico chileno. En ella se entregan antecedentes generales sobre las implicancias jurídicas de la ratificación del Convenio 169 por el Estado chileno, sosteniéndose que de acuerdo a la interpretación de la Corte Suprema los derechos humanos de este Convenio, al igual que los de otros Convenios internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, forman parte del llamado bloque de constitucionalidad. Igualmente se sostiene que de conformidad a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio 169 del año 2000, el derecho a la consulta de los pueblos indígenas es un derecho autoejecutable. Posteriormente se analiza en profundidad la reglamentación del derecho a la consulta indígena en Chile, en particular del Decreto Supremo N° 66 de 2013 sobre Consulta Previa Indígena, y del Decreto Supremo N° 40 que

reglamenta el sistema de evaluación de impacto ambiental, en materia de consulta indígena. En este análisis se constatan los cuestionamientos de que fueron objeto los procesos de elaboración de estos decretos, así como también los diversos aspectos en que dicha reglamentación incumple el estándar establecido en el Convenio 169 sobre este derecho.

En la tercera sección de este estudio se aborda lo que se identifica como “el largo y complejo camino” de la jurisprudencia de los tribunales de justicia en Chile referida al derecho a la consulta. En ella se analiza un total de nueve casos de sentencias de las cortes recaídas en acciones judiciales en que los pueblos indígenas han demandado al Estado frente al incumplimiento de este derecho, la mayoría de ellas referidas a resoluciones de calificación ambiental sobre proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas. A través de este análisis se da cuenta de cómo dicha jurisprudencia ha ido evolucionando, generándose con el trascurso del tiempo una mayor receptividad a las reclamaciones de los pueblos indígenas, y ordenándose a través de ellas al Estado la implementación del derecho de consulta.

En la cuarta y última sección se da cuenta de la recepción del derecho a la consulta en los ordenamientos jurídicos de los estados de América Latina, en particular en el caso de Bolivia, de Colombia y Perú. Se identifican los avances existentes en estos estados en esta materia, como la legislación sobre consulta aprobada por el parlamento de Perú, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana reconociendo el derecho de los pueblos indígenas no solo a la consulta, sino también en ciertos casos, al consentimiento libre, previo e informado de estos pueblos. Igualmente, se da cuenta de la existencia de mecanismos de participación de pueblos indígenas en las instancias en que se elaboran las leyes que les conciernen. También se analiza la recepción de este derecho en otros contextos geográficos donde este derecho

ha tenido desarrollo, como es en los casos de Canadá, Noruega y Nueva Zelanda. Se constata que no obstante en varios de estos estados el Convenio 169 no ha sido ratificado, este derecho ha tenido una importante acogida ya sea mediante la adopción de legislación como a través de la jurisprudencia de los tribunales de justicia. También se destaca la existencia en algunos de estos estados –Nueva Zelanda y Noruega– de mecanismos de participación de pueblos indígenas en instancias de toma de decisión, a través de las cuales estos pueblos también pueden incidir en las medidas administrativas y/o legislativas susceptibles de afectarles directamente.

La necesidad de profundizar en la identificación del sentido y alcance del derecho a la consulta de los pueblos indígenas en nuestro país se ve corroborada por la constatación realizada en julio de 2014 por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en sus observaciones al informe del Estado de Chile sobre la implementación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, del cual es parte. En sus observaciones finales el Comité, si bien valora la ratificación del Convenio 169 de la OIT por el Estado chileno, le sigue preocupando que los pueblos indígenas no sean consultados previamente a la adopción de decisiones respecto de cuestiones que afectan a sus derechos, y que todavía no se haya establecido un mecanismo efectivo de consulta y participación indígena, de acuerdo a las normas internacionales. Al respecto recomienda al Estado que, junto con acelerar los procesos de reforma constitucional y legal referidos a estos pueblos, “[...] establezca un mecanismo efectivo de consulta y que este se ajuste a los principios del artículo 27 del Pacto y garantice el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas con respecto a decisiones relativas a proyectos que afecten a sus derechos”. Agrega además que el Estado “debe velar por que se obtenga el consentimiento libre, previo e informado, de las comunidades indígenas antes de que se adopte cualquier medida que ponga en peligro sus

actividades económicas de importancia cultural o interfiera sustancialmente en ellas” e insta a que “[...] redoble sus esfuerzos encaminados para garantizar el pleno derecho a las tierras ancestrales de los pueblos indígenas”⁴.

Esperamos que el Estado de Chile pueda hacerse cargo de estas recomendaciones en un futuro próximo, revisando los decretos promulgados, como lo ha comprometido a través de su representante en audiencia temática sobre este derecho ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el mes de marzo pasado⁵. De la misma manera, esperamos también que esta publicación pueda aportar antecedentes a los distintos órganos del Estado para una mejor comprensión del alcance y sentido de este derecho fundamental para hacer efectiva la participación de los pueblos indígenas, y que permita un mayor conocimiento de las experiencias de otros estados de la región y del mundo que han intentado, no siempre con éxito, hacer efectivo este derecho.

Igualmente, anhelamos que este estudio pueda contribuir a que los propios pueblos indígenas y sus instituciones representativas cuenten con mayores antecedentes para hacer exigible este derecho frente a las decisiones de carácter administrativo y legislativo, susceptibles de afectar directamente sus vidas y las de quienes los integran.

Agradecemos al Ministerio de Asuntos Internacionales de Noruega, a la Fundación Ford y al Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA) el apoyo otorgado para hacer posible la elaboración de este estudio, así como para su publicación.

⁴ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2014, pág. 10.

⁵ 150º Periodo de sesiones, 27 de marzo de 2014.

I. EL DERECHO A LA CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL

Nancy Yáñez y Hernando Silva

El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa ha sido reconocido y regulado por diversas instancias en el sistema jurídico internacional, tanto universal como regional. Ello a través de instrumentos jurídicos de distinta naturaleza jurídica, incluyendo convenciones y declaraciones, así como a través de la jurisprudencia y de la doctrina internacional. A continuación veremos las fuentes más relevantes de su desarrollo. Sobre el carácter vinculante de esta normativa, nos referiremos en el acápite correspondiente a su aplicación en el derecho interno chileno.

1.- Estándares del derecho de consulta y participación indígena de acuerdo a las normas y principios del Convenio 169 de la OIT

Los derechos a la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado se encuentran establecidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante Convenio 169). Sus bases fundamentales se encuentran definidas en los artículos 6 y 7 de dicho Convenio. Así como también en su artículo 4 N° 2, 5 letra b), 15, 16, 17 y 28.

Sobre la base de esta constatación, los órganos del Estado deben supeditar su actuación a las normas de este instrumento legal. Conforme a ello, el presente acápite se circunscribe al análisis de las normas del Convenio 169 en materia de consulta, participación y consentimiento previo, libre e informado, para identificar el alcance de las obligaciones que este cuerpo normativo impone a los órganos del Estado.

Los artículos 6 y 7 del Convenio 169 proveen de indicadores claros que, aplicados a un proceso de consulta y participación, permiten determinar si

en el caso se ha cumplido con los estándares que impone el deber de respetar, promover y garantizar el derecho de consulta y participación a pueblos indígenas. De acuerdo a estas disposiciones, las principales características de la consulta a los pueblos indígenas son las siguientes:

i. La consulta debe ser previa

Al respecto el Convenio 169 señala:

Los gobiernos deben velar porque, siempre que haya lugar, **se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados**, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. **Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.** (Artículo 7 N° 3).

ii. Mediante procedimientos apropiados

Al respecto el Convenio 169 señala:

Al aplicar las disposiciones del presente convenio, los gobiernos deberán [...] consultar a los pueblos interesados, **mediante procedimientos apropiados** y, en particular, a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. (Artículo 6 N° 1, letra a).

iii. A través de sus instituciones representativas

Al respecto el Convenio 169 señala:

Al aplicar las disposiciones del presente convenio, los gobiernos deberán [...] consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y, en particular, **a través de sus**

instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. (Artículo 6 N° 1, letra a).

iv. Cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas

Al respecto el Convenio 169 dispone:

Al aplicar las disposiciones del presente convenio, los gobiernos deberán [...] consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instituciones representativas, **cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas** susceptibles de afectarles directamente. (Artículo 6 N° 1, letra a).

v. Susceptibles de afectarles directamente

Al respecto el Convenio 169 señala:

Al aplicar las disposiciones del presente convenio, los gobiernos deberán [...] consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas **susceptibles de afectarles directamente**. (Artículo 6 N° 1, letra a).

vi. Buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias

Al respecto el Convenio 169 señala:

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 6 N° 2).

vii. Con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento

Al respecto el Convenio 169 señala:

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 6 N° 2).

El Convenio 169 ha impuesto a los Estado partes la obligación de consultar a los pueblos indígenas y generar procedimientos adecuados al efecto, en los siguientes casos:

- Consulta para la aplicación del Convenio y la adopción de medidas legislativas y/o administrativas susceptibles de afectarles (6.2)
- Consulta en el caso de explotación del suelo y subsuelo (15.2)
- Consulta en caso de enajenación de las tierras (17.2)
- Consulta en materia de planes educativos (28.1)

El Estado debe consultar mediante procedimientos apropiados (principio de buena fe) y a través de las instituciones representativas de los interesados (principio de representatividad), cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

La particularidad del estándar de consulta es que si bien no otorga derecho a veto, debe 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.

La finalidad de la consulta es visibilizar impactos en un marco de interculturalidad para proteger derechos. Asimismo debe orientarse a la obtención del consentimiento de los pueblos afectados respecto de la medida propuesta. De ahí que esta obligación estatal de consulta previa se extienda a la autorización administrativa que los estados suelen requerir para visar un proyecto de inversión, en aquellos casos en que la misma pueda alterar el hábitat de una comunidad indígena.

2. Los lineamientos e interpretación fidedigna de la OIT

2.1. Consulta previa, libre e informada

Conforme a la interpretación fidedigna de la OIT⁶, el artículo 6 exige que los gobiernos establezcan los medios que permitan a los pueblos interesados participar en la toma de decisiones a todos los niveles, tanto en instancias legislativas como administrativas. También exige que consulten a los pueblos indígenas y tribales mediante procedimientos adecuados, y a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Con respecto a la determinación de procedimientos apropiados, los órganos de control de la OIT han señalado que:

La forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión –con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteada– de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes⁷.

Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe. El alcance del principio de buena fe supone

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.

Al respecto se ha pronunciado la OIT estableciendo el alcance de las exigencias de buena fe y representatividad, del modo que se expresa:

Lo que interesa recordar es que las consultas deben efectuarse:

a) De buena fe, respetando los intereses, valores y necesidades de la otra parte. El proceso de consulta debe ser específico a cada circunstancia y a las características especiales de un determinado grupo o comunidad. De tal manera que, por ejemplo, una reunión con ancianos de una aldea mantenida sin interpretación en una lengua que no les sea familiar, como puede resultar el idioma oficial del país (inglés, español, entre otros), no puede considerarse como una verdadera consulta.

b) Respetando el principio de representatividad lo cual es “un componente esencial de la obligación de consulta”. [...] Pudiera ser difícil en muchas circunstancias determinar quién representa a 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 Convenio⁸.

Con respecto a la buena fe y a las maneras apropiadas a las circunstancias, los órganos de control de la OIT han señalado que:

Las consultas deben tener lugar en un clima de confianza mutua. En general, es necesario que los gobiernos reconozcan los organismos de representación y procuren llegar

⁶ Dicha Interpretación corresponde a la realizada por los órganos de la OIT, en particular la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) y la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia (CANC). La información que se recoge en los párrafos siguientes ha sido extraída de: *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*. OIT, 2009, Ginebra. Disponible en línea: www.indigenas.oit.or.cr/conten.htm [consultada el 20 marzo de 2014].

⁷ *Ibid.*, pág. 62, extrayendo cita de Comisión de Expertos, Observación General de 2008 (publicación 2009).

⁸ OIT, *Un Manual*, 2007, pág. 16.

a un acuerdo, lleven adelante negociaciones genuinas y constructivas, eviten demoras injustificadas, cumplan con los acuerdos pactados y los implementen de buena fe. Por otra parte, los gobiernos deben garantizar que los pueblos indígenas cuenten con toda la información relevante y puedan comprenderla en su totalidad. Debe otorgarse tiempo suficiente a los pueblos indígenas para que organicen sus propios procesos de toma de decisiones y participen de manera eficaz en las decisiones tomadas de forma coherente con sus tradiciones culturales y sociales⁹.

También se ha pronunciado la OIT respecto a que la obligación de consulta es del Estado y no de los particulares, por lo que corresponde a los órganos del Estado instrumentalizar el proceso de consulta. Una reclamación en esta línea fue la presentada el 2004 por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), referida a la comunidad indígena guaraní de *Tentayapi* del Departamento de Chuquisaca, propietaria de un territorio de 20.000 hectáreas legalmente tituladas, denunciando a una empresa petrolera (MAXUS-REPSOL) que pretendía desarrollar actividades de exploración y explotación sin consulta ni aprobación de las comunidades. En su Informe de 2005 la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) da cuenta de que la empresa tuvo una reunión de información con la comunidad, pero que esta reunión no satisface los requerimientos del Convenio 169 en materia de consulta. Tales requerimientos implican, según la CEACR, el establecimiento de un diálogo genuino caracterizado por la comunicación y entendimiento, el respeto mutuo, y la buena fe, obligación que corresponde desarrollar a los gobiernos y no a las empresas privadas¹⁰.

La OIT ha establecido que las consultas con los pueblos indígenas y tribales, son asimismo

obligatorias antes de emprender cualquier actividad de exploración o explotación de minerales y/u otros recursos naturales que se encuentren en las tierras de dichos pueblos; o cada vez que sea necesario trasladar a las comunidades indígenas y tribales de sus tierras tradicionales a otro lugar; y antes de diseñar y ejecutar programas o políticas públicas dirigidas a los referidos pueblos.

Pronunciándose sobre el alcance del artículo 7, específicamente respecto a proyectos que incidan en la explotación de recursos naturales y la ejecución de planes de desarrollo en territorios indígenas, el CEACR ha señalado que: “[...] la consulta, en el caso de recursos naturales y proyectos de desarrollo, es un requisito del Convenio que debe integrarse en un proceso participativo más amplio previsto en el artículo 7 del Convenio”¹¹.

El artículo 7, por otra parte, establece las bases jurídicas del derecho a la autonomía, la que se manifiesta en el derecho de estos pueblos “[...] de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que este 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. (Artículo 7.1). En esta misma línea se establece el derecho de los pueblos interesados a “[...] participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”. (Artículo 7.1).

Cabe recordar que conforme a lo dispuesto en el artículo 7 numeral 3, este derecho implica la realización de estudios en cooperación con los pueblos interesados que permitan evaluar la incidencia social, espiritual, cultural y ambiental de los proyectos de desarrollo, información que

⁹ *Ibid.*, pág. 62.

¹⁰ *Ibid.*, pág. 110.

¹¹ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, 2009, Capítulo sobre Pueblos Indígenas, Observación a Colombia, pág. 737.

constituye un criterio fundamental para la toma de decisiones.

Como se observa en el análisis el Convenio 169 este no solo habla del derecho de consulta, sino que también de otros derechos que permiten la concurrencia de los indígenas a la toma de decisiones. En efecto, se reconoce el derecho de participación y el consentimiento previo, libre e informado. Para una mejor comprensión de estos derechos, a continuación analizaremos el alcance normativo de cada uno de ellos.

2.2. Participación

La participación, tal y como ha sido señalado, es un principio general que inspira el Convenio 169 de la OIT. Este principio, está establecido en el artículo 2.1 que impone a los Estados la obligación de asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática para proteger los derechos de los pueblos y garantizar el respeto a su integridad como entidades colectivas. Su objetivo fundamental es garantizar la participación indígena en la toma de decisiones que involucran sus intereses, particularmente en la formulación e implementación de los planes y programas de desarrollo que se ejecuten en sus territorios, a fin de cautelar su derecho a establecer sus prioridades en materia de desarrollo y visibilizar la perspectiva indígena sobre las cuestiones sometidas a su consideración, en pro de que estas instancias de participación fructifiquen en un genuino diálogo intercultural.

El Convenio establece el estándar de participación en los siguientes artículos:

- Participación en general (2.1).
- Participación en la toma de decisiones (6.1.b).
- Desarrollo de las Instituciones de los pueblos indígenas (6.1.c).
- Participación en los planes y programas de desarrollo (7.1).
- Participación en la utilización de los recursos naturales (15.1).

A partir de estos preceptos legales, la OIT ha definido los elementos de la participación, identificando cuatro criterios básicos, a saber¹²:

- Los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de participar en todas y cada una de las etapas de un proyecto, política o programa;
- También se permitirá dicha participación durante la concepción o diseño de políticas, programas o proyectos hasta su aplicación y evaluación;
- Dichos pueblos participarán en la adopción de decisiones a todos los niveles (local, nacional o regional), sean de instituciones políticas electivas, sean de administraciones nacionales y locales.
- La participación se efectuará a través de las propias instituciones tradicionales u organismos representativos de los pueblos interesados, y no mediante estructuras impuestas desde fuera de la comunidad, salvo que esta las acepte.

Con respecto a la determinación de las instituciones representativas, los órganos de control de la OIT han señalado que: "Lo importante es que estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas"¹³.

2.3. Consentimiento previo, libre e informado

El consentimiento es un estándar vinculante exigido por el Convenio 169 para ciertos casos específicos, a saber:

- Medidas a favor de los pueblos indígenas (bienes, trabajo, cultura y medio ambiente) no deben contrariar los deseos libremente expresados por estos pueblos (4.2).
- Prohibición general de desplazamiento forzoso (16.1).
- Consentimiento para traslado o reubicación (16.2).

¹² OIT, 2007, pág. 19.

¹³ OIT, 2009, pág. 61.

- Derecho a regresar a sus tierras (16.3).

Como principio rector la OIT ha establecido que los pueblos indígenas y tribales no deberán ser trasladados de sus tierras. En el evento de producirse la reubicación, esta tendrá lugar a título de medida excepcional y en circunstancias que se consideren inevitables¹⁴.

La medida adoptada por el Convenio para evitar el desplazamiento forzoso es exigir que se pida a los pueblos interesados su consentimiento, expresado libremente, y luego de haber recibido una información clara y cabal sobre todos los hechos y cifras pertinentes.

La OIT ha determinado el alcance de la expresión “consentimiento dado libremente y con conocimiento de causa”, en los siguientes términos: Significa que los pueblos indígenas y tribales deben comprender cabalmente el sentido y las consecuencias del desplazamiento sobre el cual han de manifestar su acuerdo y aceptación¹⁵.

Se ha establecido que en el evento de que los pueblos indígenas y tribales no estén de acuerdo pero la reubicación sea inevitable, esta debe llevarse a cabo en forma participativa y transparente, con plena conciencia y colaboración de los interesados¹⁶, y de acuerdo a las siguientes directrices¹⁷:

- Posible encuesta pública, se refiere a la exigencia de un “procedimiento adecuado”, que puede consistir en una audiencia o investigación pública u otra pertinente a las circunstancias del caso;
- Derecho de regresar, el Convenio reconoce el derecho de los pueblos a regresar a sus territorios una vez que cesen las causas que determinaron la reubicación, tales como guerras o catástrofes naturales;

- Reasentamiento y rehabilitación, aplicable en el caso que se haga imposible el regreso a las tierras de origen, por ejemplo, cuando estas han sido inundadas, en cuyo caso debe haber un plan de reasentamiento y al mismo tiempo de rehabilitación de pueblos desplazados;
- Tierras de calidad equivalente, en caso de reubicación y, a fin de garantizar la certeza jurídica de su dominio, se exige que el título de dichas tierras sea igual o mejor que el que ostentaban respecto a las tierras perdidas. Se establece, sin embargo, que en caso de que los pueblos interesados lo deseen podrán aceptar otras formas de pago en compensación.
- Indemnización, implica la reparación íntegra de los daños sufridos como consecuencia de la reubicación.

3. Directrices sobre el derecho a la consulta del Relator Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Indígenas

Resulta oportuno mencionar los principios aplicables a la consulta que el Relator Especial de Naciones Unidas sobre derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, entregó al Estado de Chile en relación a la reforma constitucional relativa a pueblos indígenas que se discute en el país y que más tarde hizo extensivas a todo proceso de consulta. En este documento el Relator destacó la necesidad de realizar consultas en relación con cualquier “proyecto que pueda afectar las tierras, territorios y otros recursos de alguna comunidad indígena –tanto al interior como al exterior de las denominadas ‘Áreas de Desarrollo Indígena’– de conformidad con las normas internacionales aplicables”. Aplicando las normas del Convenio 169 y de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 2007, estableció los estándares para dar por cumplida la obligación estatal de consulta previa¹⁸.

¹⁴ OIT, 2007, pág. 44.

¹⁵ *Ibid.*, pág. 44.

¹⁶ *Ibid.*, pág. 47.

¹⁷ *Ibid.*, pág. 45.

¹⁸ RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS,

Conforme al Relator Especial, la consulta:

- Debe ser previa¹⁹.
- El mecanismo de consulta debe ser consensuado con las organizaciones indígenas²⁰.
- No se agota con la mera información: requiere mecanismos de ida y vuelta²¹.
- La consulta debe ser de buena fe y orientarse a alcanzar un acuerdo²².
- Debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas²³.
- Debe ser sistemática y transparente²⁴.

El Relator Anaya ha sostenido que:

[...] la norma de consulta, con su principio conexo de consentimiento libre, previo e informado, se presenta en el derecho internacional como una salvaguarda para el conjunto de derechos sustantivos de los pueblos indígenas que pueden ser afectados por las decisiones administrativas o legislativas de los estados²⁵.

Asimismo, el Relator Anaya en el Informe sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, de

julio de 2009, también identificó importantes lineamientos relativos a la consulta.

Respecto al ámbito de aplicación del deber de celebrar consultas manifestó que:

[...] es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes²⁶.

Por otra parte, en dicho Informe el Relator Anaya señala que las características específicas del proceso de consultas requerido por el deber de celebrar consultas variarán necesariamente en función de la naturaleza de la medida propuesta y del alcance de su impacto sobre los pueblos indígenas. En ese sentido, manifiesta que:

Las medidas de reforma constitucional o legislativa que interesan o afectan a todos los pueblos indígenas de un país requerirán mecanismos consultivos y representativos apropiados que estén de alguna manera abiertos a todos ellos y a su alcance. En cambio, las medidas que afecten a pueblos o comunidades indígenas particulares, como las iniciativas para la actividad de extracción de recursos naturales en sus territorios, requerirán procesos de consulta que garanticen la participación activa de los grupos particularmente afectados y presten atención especial a sus intereses²⁷.

Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de pueblos indígenas en Chile, 24 de abril 2009, en *La situación de los Pueblos Indígenas en Chile: seguimiento de las recomendaciones hechas por el Relator anterior*, A/HRC/12/34/Add.6, formato pdf, 14 de septiembre 2009. Disponible en línea: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A.HRC.12.34.Add.6_sp.pdf, párr. 6 [consultada el 21 de junio de 2013].

¹⁹ *Ibid.*, párrs. 18-20.

²⁰ *Ibid.*, párrs. 25

²¹ *Ibid.*, párrs. 21-22.

²² *Ibid.*, párrs. 23-26.

²³ *Ibid.*, párrs. 26-33.

²⁴ *Ibid.*, párrs. 34-37.

²⁵ ANAYA, James, *El deber de consulta estatal a los pueblos indígenas dentro del derecho internacional*, Documentos de Políticas Pública y Derechos de Pueblos Indígenas, 30704/2013. Disponible en línea: <http://www.politicaspUBLICAS.net> [consultado el 15 de junio de 2013].

²⁶ RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, 15 de julio de 2009, A/HRC/12/34, párr. 43.

²⁷ *Ibid.*, párr. 45.

También hace referencia a que, necesariamente, la solidez o importancia de la finalidad de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses indígenas que estén en juego. En ese sentido enuncia:

Un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas²⁸.

4. Directrices de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos de la ONU

En la construcción de estos estándares sobre la consulta y la participación indígenas, ha tenido un rol fundamental el Sistema Interamericano de Derechos Humanos –a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)– y el Comité de Derechos Humanos de la ONU, cuya jurisprudencia será analizada en el presente acápite.

La Corte IDH se ha pronunciado específicamente sobre el estándar de consulta, estableciendo que la obligación del Estado de consultar es un principio de derecho internacional, coincidiendo con los planteamientos que al respecto ha formulado el Relator Anaya²⁹.

En cuanto a la obligación de consulta la Corte IDH, en el marco del caso del pueblo *Saramaka con Surinam*, ha determinado que el Estado está obligado a consultar acerca de seis asuntos:

- El proceso de delimitación y demarcación del territorio comunal.

²⁸ *Ibid*, párr. 47.

²⁹ Caso del Pueblo *Sarayacu con Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012, Sentencia de Fondo y Reparaciones.

- El reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva de las organizaciones representativas indígenas.
- El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que incidan en el reconocimiento, protección y garantía de los derechos colectivos indígenas.
- El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho de los pueblos indígenas a ser efectivamente consultados, de conformidad con sus tradiciones y costumbres.
- Sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental.
- En relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad de los pueblos indígenas, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten sus territorios³⁰.

En una interpretación progresiva de la Convención Americana de Derecho Humanos y aplicando como baremo de interpretación las normas y principios del Convenio 169, la Corte IDH analiza los derechos de participación efectiva de los Pueblos Indígenas para pronunciarse sobre la ejecución de planes de inversión o desarrollo en sus territorios, reconociendo que tienen el derecho de consulta previa y que este es un proceso comunicativo continuo³¹.

Sobre el carácter previo de la consulta se dispone que el Estado tiene: “[...] el deber, desde el inicio de la actividad que se propone, de consultar activamente [...] de buena fe, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, lo cual a su vez requiere que el Estado acepte y

³⁰ Caso del Pueblo *Saramaka con Surinam*. Sentencia de 12 de agosto de 2008, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 16.

³¹ Caso del Pueblo *Saramaka con Surinam*. Sentencia de 12 de agosto de 2008, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

brinde información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible³².

La Corte IDH ha enfatizado que cuando se trata de planes de desarrollo o inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales indígenas, el Estado no solo tiene la obligación de consultar, sino también de obtener el consentimiento previo, libre e informado, acorde a la costumbre y las tradiciones de estos pueblos³³.

En síntesis la obligación estatal acorde a estos lineamientos implica el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dichas comunidades según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes³⁴.

La misma Corte IDH ha señalado, además, que las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo, de modo que sea un verdadero instrumento de participación. El objetivo último es establecer un diálogo entre las partes basado en la confianza y el respeto mutuo, con miras a alcanzar un consenso y precavido cualquier tipo de coerción o cohecho contra la representación indígena por parte del Estado o de terceros con la anuencia de este. Debiendo consultarse con el pueblo o la comunidad, de conformidad con sus propias tradiciones. Se entiende que hay mala fe de parte del Estado y sus instituciones si no aplica estos estándares y, específicamente, en el caso que haya intentos de desintegración de la cohesión social de la comunidad. La representación indígena corresponde a las organizaciones que determinen los mismos pueblos indígenas, de acuerdo a procesos internos de auto identificación y acorde a sus sistemas tradicionales y no a través de estructuras impuestas por el Estado. La Corte

³² *Ibid.*, párr. 17.

³³ *Ibid.*, párr. 17.

³⁴ Caso del Pueblo *Sarayacu con Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012, Sentencia de Fondo y Reparaciones, párrs. 208 - 211.

IDH dispone que si surgiera algún conflicto interno entre los miembros de los Pueblos Indígenas con ocasión de la implementación de un proceso de consulta, este debe ser resuelto por los miembros de los pueblos involucrados, de conformidad con sus propias costumbres, es decir por sus normas tradicionales, y no por el Estado o instancias judiciales (nacionales o internacionales)³⁵. Estas exigencias hacen parte además del estándar que impone que la consulta sea adecuada y accesible³⁶.

Respecto a la oportunidad de la consulta, hay consenso que esta debe llevarse a cabo en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad al plan o proyecto que se pretende implementar³⁷. Implica que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso, y en todo caso antes de tomar la medida o realizar el proyecto susceptible de afectar el interés indígena³⁸.

Es importante resaltar que la Corte IDH ha exigido la realización de estudios de impacto ambiental, social y de derechos humanos, para determinar los impactos de un proyecto de desarrollo o inversión y, al mismo tiempo, como salvaguarda de los derechos indígenas comprometidos³⁹. Se ha exigido entonces Estudios de Impactos Ambiental y Social que permitan evaluar de forma imparcial los impactos que de un modo independiente y/o acumulativo generan estos proyectos de desarrollo o inversión y cómo interfieren o niegan el disfrute efectivo

³⁵ Caso del Pueblo *Saramaka con Surinam*. Sentencia de 12 de agosto de 2008, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 26. Caso del Pueblo *Sarayacu con Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012, Sentencia de Fondo y Reparaciones, párrs. 185 - 200.

³⁶ Caso del Pueblo *Sarayacu con Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012, Sentencia de Fondo y Reparaciones, párrs. 201 - 203.

³⁷ *Ibid.*, párr. 180.

³⁸ *Ibid.*, párr. 181.

³⁹ *Ibid.*, párrs. 204 - 207.

de los derechos indígenas sobre sus tierras tradicionales, territorios y recursos, para lo cual exige además un Estudio de Impacto de Derechos Humanos⁴⁰.

Acorde a estos lineamientos, la Corte IDH ha desarrollado estándares de consulta que coinciden en lo sustancial con la OIT y con lo señalado por el Relator Anaya:

- El carácter previo de la consulta;
- La buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo;
- La consulta adecuada y accesible;
- El estudio de impacto ambiental, y
- La consulta informada.

El Comité de Derecho Humanos, por su parte, ha determinado que las actividades económicas

u otras de valor cultural que realizan las comunidades indígenas y que podrían verse comprometidas por un proyecto de desarrollo o inversión sobre recursos naturales en sus territorios, demandan su participación en el proceso que involucra la extracción de tales recursos. Dicha participación debe ser efectiva y, tomando los parámetros de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas, ha determinado que requiere el consentimiento libre, previo e informado de los miembros de la comunidad. Concluyendo que la falta de consulta, estudios de impacto ambiental, medidas para minimizar impactos e imposibilidad de seguir con las actividades tradicionales compromete de manera sustantiva el modo de vida y la cultura, lo que vulnera el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁴¹.

⁴⁰ Caso del Pueblo *Saramaka con Surinam*. Sentencia de 12 de agosto de 2008, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 30. Caso del Pueblo *Sarayacu con Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012, Sentencia de Fondo y Reparaciones, párr. 204 - 207.

⁴¹ Caso *Angela Poma Poma con Perú*, Com. N° 1457/2006, dictamen de 24/04/2009; párrs. 7.4; 7.5; 7.6; y 7.7.

II. EL DERECHO A LA CONSULTA Y SU INCORPORACIÓN AL SISTEMA JURÍDICO CHILENO

Matías Meza-Lopehandía, Nancy Yáñez y Hernando Silva

1.- Antecedentes generales e implicancias jurídicas de la ratificación del Convenio 169 por el Estado chileno

La consulta indígena es una institución forjada en el derecho internacional de los derechos humanos, reconocida expresamente en el Convenio 169 de la OIT, instrumento ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008. Cabe recordar que este es un tratado internacional relativo a la prevención de la discriminación, por lo que tiene la calidad de tratado internacional de derechos humanos. Por ello, los derechos fundamentales en él reconocidos han entrado a formar parte de la Constitución material según lo establecido en el artículo 5 inciso 2º de la Constitución Política de la República (CPR), lo que se traduce en que los mismos constituyen un límite para la soberanía del Estado, e imponen a los órganos que conforman el Estado el deber de respetarlos, promoverlos y garantizarlos. En este sentido ha fallado la Corte Suprema:

Trigésimonono: [...] los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos⁴².

La Corte Suprema de Justicia, además, ha adherido de un modo explícito a la denominada doctrina del bloque de derechos constitucionales, lo que permite incorporar al texto constitucional no solo las normas convencionales de derechos humanos, sino también los principios imperativos de derecho internacional y los derechos implícitos en los instrumentos internacionales, como es el derecho de consulta indígena concebido de esta forma en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 23) y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 27)⁴³.

En esta materia, cabe tener presente que la ratificación de un tratado internacional de derechos humanos incorpora en el ordenamiento jurídico no solo sus normas sustantivas, sino también aquellas relativas a su creación, validez, aplicación e interpretación. De esta manera, el alcance de las disposiciones del Convenio 169 citadas supra se determina por la interpretación que de ellas hacen los mecanismos de control de la OIT, en especial, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC) y la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia (CANC). Asimismo, y en función del principio de interconexión de los derechos humanos, consagrado en el propio Convenio 169 (artículo 35) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) (artículo 29), resulta también determinante la jurisprudencia de los tribunales internacionales a los que Chile ha reconocido competencia, tales como la Corte IDH que realiza la interpretación auténtica de la CADH y que ha utilizado las normas del

⁴² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rol N° 3125 - 04, del 13 de marzo de 2007; en el mismo sentido, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol N° 4.183-06, del 18 de abril de 2007, considerandos 9º y 10º. Destacado de los autores.

⁴³ Cfr. Corte Suprema, Caso Agua Mineral Chusmiza con Comunidad Aymara Chusmiza - Usmagama, Rol N° Rol 2480-2008, confirmando sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N° 817-2006.

Convenio 169 para interpretar el alcance de las normas de la CADH.

De esta manera, los tribunales de justicia al aplicar las normas de derecho internacional de los derechos humanos que forman parte de la Constitución material chilena, están obligados a interpretarlas respetando las decisiones emanadas de las instancias internacionales que configuran la interpretación auténtica de dichos tratados. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en una sentencia en contra del Estado de Chile ha señalado que “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”⁴⁴. De hecho, los tribunales superiores de justicia del país han seguido esta doctrina, y cuando aplican los instrumentos internacionales de derechos humanos los interpretan conforme a la comprensión que de los mismos hacen los órganos de tratados⁴⁵.

En virtud del principio de legalidad contenido en los artículos 6 y 7 de la CPR, los órganos del Estado están constitucionalmente obligados a aplicar las disposiciones del Convenio 169 y de los otros instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes cuyas normas han sido interpretadas de modo que implícitamente reconocen el derecho de consulta indígena como la CADH y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP), citados supra conforme a su interpretación auténtica. Actuar de forma distinta pondría en entredicho la fuerza normativa de la Constitución y, con ello, el Estado de Derecho. Por otra parte, los derechos garantizados por la Constitución quedarían subordinados a la ley, y disminuirían

considerablemente las posibilidades de control eficaz de la actividad de la Administración.

Por otra parte, cabe recordar que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 309 del año 2000, declaró como *autoejecutables* las normas de los artículos 6.1. y 7.1. del Convenio 169, relativas al derecho a la consulta y la participación política. Como hemos señalado previamente, todas las normas de derechos humanos del Convenio son *autoejecutables* precisamente porque configuran límites al ejercicio de la soberanía. Por ello, es que entendemos que la calificación hecha por el Tribunal Constitucional se refiere a que se trata de derechos *justiciables*, esto es, exigibles directamente ante los tribunales de justicia, sin perjuicio de la conveniencia de dictar reglamentación o legislación complementaria para facilitar su ejercicio⁴⁶.

El primer intento por reglamentar el derecho a la consulta se dio a conocer a pocos días de la entrada en vigencia del Convenio 169. El 25 de septiembre de 2009, fue publicado el Decreto N° 124 del Ministerio de Planificación (MIDEPLAN, hoy Ministerio de Desarrollo Social). Con esta norma, el Estado pretendió dar cumplimiento transitorio a las obligaciones de participación y consulta establecidas en los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT a través de la reglamentación del artículo 34 de la Ley de Desarrollo Indígena, mientras se verificaba un procedimiento de consulta sobre la consulta, tal como lo exige el estándar internacional⁴⁷. El

⁴⁴ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

⁴⁵ Cfr. Corte de Apelaciones de Santiago, caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, rol 11.821-2003, considerandos 49° y 50°.

⁴⁶ Tribunal Constitucional. Requerimiento de inconstitucionalidad Convenio 169 de la OIT. Rol 309-2000: Considerando 7°.

⁴⁷ Considerando 9° al 13° DS N° 124. La transitoriedad del reglamento fue puesta en duda desde un comienzo. Esto porque su redacción y contenido no reflejan su provisionalidad. De hecho, la norma regula la consulta en forma genérica, incluyendo cuestiones como la competencia para definir la pertinencia de la consulta, lo cual no parece indicar que lo que se regula es una consulta específica. Tampoco hace referencia a un plazo o condición para su vigencia (MEZA-LOPEHANDÍA, 2009). En la práctica las aprensiones resultaron fundadas, puesto que el Decreto ha estado vigente por casi tres años y ha sido aplicado en múltiples ocasiones, como tendremos ocasión de verificar.

Reglamento en su artículo 2 establece que el objeto de la consulta es permitir a los pueblos indígenas “expresar su opinión acerca de la forma, el momento y la razón de determinadas medidas legislativas o administrativas”, lo cual constituye un proceso meramente informativo.

Por otra parte, dicho decreto supremo exime a diversos órganos del Estado de la obligación de consulta y participación impuesta por el Convenio 169 a todos los órganos del Estado sin excepción. En efecto, pretende excluir de la aplicación de la consulta a los Municipios, las empresas públicas y los proyectos de inversión, supeditando la consulta –en este último caso– a lo que establezcan las leyes sectoriales que regulan la inversión y que a la postre se reducen a aplicar el mecanismo de participación ciudadana que impone la Ley 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente y sus reglamentos.

Asimismo, restringe la consulta en materia legislativa a las “ideas matrices de los proyectos”, sin aclarar que dichas ideas matrices deben ser objeto de consulta durante todo el debate legislativo, de modo que no se modifique de un modo sustancial las directrices consensuadas con los pueblos indígenas. El Relator Especial de Naciones Unidas sobre derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, ha sido claro en señalar que: “los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas iniciales siempre que tengan relación con las ideas matrices de la medida en cuestión”⁴⁸.

En síntesis, las bases normativas de la consulta son las establecidas en el Convenio 169 y no las que establecen la Ley Indígena y el Decreto N° 124, cuyas normas deben supeditarse al Convenio 169. Los órganos del Estado deben regular su actuación por las normas del Convenio 169 y no por el referido decreto, que viola las normas de dicho Convenio de derechos humanos, por las razones expuestas precedentemente.

⁴⁸ *Op. cit.*, párr. 20.

En síntesis, este reglamento adolecía de graves falencias que, lejos de facilitar la implementación del Convenio 169, la han obstaculizado. Por una parte, la falta de participación indígena en su elaboración provocó el rechazo de las organizaciones indígenas y la crítica de expertos internacionales y de la sociedad civil⁴⁹. De hecho, el propio Relator Especial Anaya advirtió la situación de ilegitimidad de la normativa que hemos consignado, y en esta línea señaló al Estado de Chile que el reglamento provisional “debe ser consultado previamente con los pueblos indígenas del país y debe contemplar los requisitos esenciales de la consulta establecidos en las normas internacionales” (NN.UU/Consejo DD.HH, 2009: párr. 12).

Por su parte, el INDH en su informe 2010 destacó los defectos sustantivos del citado Decreto. El principal es, sin duda, que la norma consagra un procedimiento que se limita a “escuchar y considerar” las opiniones de las organizaciones indígenas reconocidas por ley. A través de una etapa de entrega de información, otra de recepción de observaciones y un informe final en el que se ponderan dichas opiniones, se constituye un mecanismo de información y no de participación, y mucho menos de consulta orientada a alcanzar un acuerdo. (INDH, 2010).

Con este marco normativo, se impulsaron diversos procesos de consulta previa, tanto respecto de medidas administrativas, como de proyectos de ley, los cuales revisaremos a continuación.

⁴⁹ Cfr. MAPUEXPRESS, Reglamento fraudulento dictado por Viera-Gallo mutila Convenio 169, se burla de Pueblos Indígenas y coloca al Estado chileno al margen del derecho, 21 de septiembre de 2009, disponible en línea: <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=4698>; LA NACIÓN, MIDEPLAN abre proceso de Invalidación de DS N° 124 sobre consultas indígenas, 13 de septiembre de 2011, disponible en línea: <http://www.lanacion.cl/noticias/site/artic/20110913/pags/20110913191030.html>; DIARIO EL NORTINO, MIDEPLAN acoge solicitud de invalidación del Decreto Supremo 124, 14 de septiembre de 2011, disponible en línea: <http://diarioelnortino.cl/2011/09/14/mideplan-acoge-solicitud-de-invalidacion-del-decreto-supremo-124/>

2.- Reglamentación de la consulta previa indígena en Chile

El presente informe tiene por objeto analizar la normativa vigente en Chile que regula la consulta previa indígena. Dicho análisis se efectúa a la luz del estándar internacional al que el Estado se encuentra obligado. Nos referimos particularmente a las normas del Convenio 169, que es entendido en este documento conforme a la interpretación auténtica efectuada por los órganos encargados de su aplicación y la doctrina establecida por la jurisprudencia nacional e internacional en la materia.

En primer lugar, se analiza el Decreto Supremo N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social del 15 de noviembre de 2013 que “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”. La exposición cuenta a su vez de dos partes. La primera en que se revisa el procedimiento seguido para la adopción del instrumento y, la segunda, en que se analiza su contenido sustantivo.

En segundo lugar, se analizan las normas pertinentes contenidas en el Decreto N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente de fecha 30 de octubre de 2012, publicado en el *Diario Oficial* el 12 de agosto del 2013, que “Aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”. También se revisa aquí el procedimiento seguido para la adopción del instrumento, para luego analizar su contenido sustantivo.

2.1. El Reglamento de Consulta Previa Indígena

El 15 de noviembre de 2013 el Ministerio de Desarrollo Social dictó un reglamento que regula la consulta indígena, a través del Decreto Supremo N° 66. Este fue ingresado a la Contraloría General de la República (CGR) para la revisión de su legalidad, tomando razón del mis-

mo el 27 de febrero de 2014⁵⁰. Este documento fue publicado en el *Diario Oficial* el 4 de marzo de 2014, acto con el cual entra en vigencia.

A continuación revisaremos brevemente la obligación que tiene el Estado de consensuar con los pueblos indígenas un procedimiento de consulta. Luego verificaremos si esto se cumplió respecto del DS N° 66. Finalmente, analizaremos el contenido de dicho decreto, contrastándolo con el estándar internacional.

(a) El deber de consensuar un procedimiento sobre la consulta previa

Existe un acuerdo en torno a que la consulta previa debe basarse en mecanismos consensuados entre el Estado y los pueblos indígenas, los cuales deben ser relativamente formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes. Esto implica la obligación del Estado de crear, en conjunto con los pueblos indígenas, instituciones y mecanismos apropiados para llevar a cabo las consultas, lo que se conoce como la consulta sobre la consulta. Varias razones explican esta necesidad.

Primero, este requerimiento emana del derecho a la participación que sustenta la obligación estatal de consulta previa. De hecho, en su informe 2013, el Comité de Expertos de la OIT solicitó específicamente al Estado de Chile que “asegure la efectiva participación de los pueblos indígenas en las decisiones susceptibles de afectarles directamente y el pleno efecto de las disposiciones correspondientes de los artículos 6, 7, 15 y 16 del Convenio”⁵¹. También el Relator Especial Anaya se ha pronunciado,

⁵⁰ Cabe señalar que la CGR, además de pronunciarse sobre la legalidad del instrumento, debe hacerlo respecto de las impugnaciones hechas ante dicha instancia. Particularmente, el ente fiscalizador debe hacerse cargo del requerimiento de ilegalidad presentado por el diputado Hugo Gutiérrez el 14 de enero de 2014.

⁵¹ Informe OIT sobre la aplicación del Convenio 169 en Chile, Adoptado por el Comité de Expertos Independientes en sesión de diciembre de 2012, publicado en marzo de 2013. Destacado de los autores.

explícitamente, respecto al deber estatal de consultar a los pueblos indígenas en los procesos de elaboración de las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente⁵².

Segundo, esta necesidad emana de un imperativo práctico. Como ha señalado el Relator, se requiere de “cierto nivel de aceptación mutua por las partes acerca del mismo procedimiento de consulta, con independencia de cuáles puedan ser las posiciones sustantivas dentro del procedimiento”⁵³. En el mismo sentido se ha pronunciado el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas (CERD), el que ha subrayado la necesidad de crear por parte del Estado “un clima de confianza propicio para el diálogo”⁵⁴. Sin este, es difícil concebir cómo se podría orientar el proceso de buena fe hacia alcanzar el consentimiento de los afectados para las medidas propuestas.

Tercero, como lo ha señalado el Relator Especial Anaya, solo de esta manera la consulta puede ser efectiva, al otorgar seguridad jurídica y evitar arbitrariedades⁵⁵.

Obviamente, puede resultar excesivamente oneroso consensuar un procedimiento en forma previa a cada proceso de consulta. Por ello, el propio Relator Anaya ha enfatizado la necesidad de que el Estado de Chile realice una “consulta

sobre la consulta’ para generar confianza y crear canales de diálogo con los pueblos indígenas”⁵⁶, mediante un procedimiento adecuado, con plazos flexibles y realistas y mecanismos que faciliten la participación. En el mismo sentido, el CERD ha establecido la necesidad de que se regule de manera concertada con los pueblos indígenas “una legislación que regule el derecho a la consulta previa de conformidad con el Convenio No 169 de la OIT y las recomendaciones pertinentes del CEACR de la OIT, para que se celebren todas las consultas previas de una manera que respete el consentimiento libre y fundamentado de las comunidades afectadas”⁵⁷.

La cuestión de la consulta sobre la consulta también ha sido objeto de la atención del Consejo de Administración de la OIT. Al revisar el Decreto N° 1320 por medio del cual el Estado de Colombia pretendía regular el procedimiento de consulta previa, sin haber consultado a los pueblos indígenas y tribales, el organismo indicó que la obligación de consulta previa debía entenderse a la luz del artículo 2 del Convenio y que por lo tanto, debía crearse un mecanismo “con la participación activa de los representantes de los pueblos indígenas de Colombia, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio”⁵⁸.

De esta manera, es claro que el Estado de Chile, al suscribir el Convenio 169 de la OIT, ha contraído la obligación de generar un mecanismo de consulta previa consensuado con los pueblos indígenas del país.

⁵² Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Principios internacionales aplicable a la Consulta en relación con la Reforma Constitucional en materia de Derechos de Pueblos Indígenas en Chile, 24 de abril de 2009, párr. 8. Disponible en línea: http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2009_special_chile_informeconsulta_abril09_sp.pdf [consultado el 28 de febrero de 2014].

⁵³ *Idem*, párr. 25.

⁵⁴ CERD. Filipinas, CERD/C/PHL/CO/20, 23 de septiembre de 2009, párr. 17.

⁵⁵ CONSEJO DE DERECHO HUMANOS. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Adición: La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009.

⁵⁶ *Idem*, párr. 11.

⁵⁷ CERD. Colombia: CERD/C/COL/CO/14, 28 de agosto de 2009, párr. 20.

⁵⁸ CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN OIT. 2001. Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), 282a reunión, GB.276/17/1, párr. 68a.

(b) El proceso de adopción del reglamento de consulta previa

Varias organizaciones indígenas, actores políticos, y organismos de derechos humanos han cuestionado la legalidad y legitimidad del reglamento de consulta contenido en el DS N° 66. Parte del fundamento de esta impugnación es, precisamente, que en su formulación se habría vulnerado la obligación de consultar apropiadamente a los pueblos indígenas a través de sus organizaciones representativas.

Por su parte, el gobierno sostiene que el reglamento sí fue objeto de consulta previa conforme al estándar del Convenio 169 de la OIT. Argumenta que fue producto de un trabajo desarrollado por el Ministerio del Desarrollo Social en conjunto con el Ministerio Secretaría General de la Presidencia (SEGPRES) y CONADI. Señala que en marzo de 2011, estas entidades convocaron a una serie de talleres donde habrían participado más de cinco mil dirigentes indígenas. A partir de las observaciones levantadas en ese proceso, se ajustó el mismo, separando la discusión en torno a un marco jurídico general de aquella relativa al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Más tarde, el gobierno presentó una "Propuesta de Nueva Normativa de Consulta y Participación" y entregó apoyo logístico y técnico para la discusión de la misma por parte de las organizaciones indígenas que así lo solicitaron. Finalmente, se conformó una "mesa de consenso" con las organizaciones indígenas interesadas para discutir los contenidos de la normativa propuesta⁵⁹.

La discusión se centra en la composición de esta instancia y, particularmente, en su alegada falta de representatividad. De hecho, fue integrada

por solo dos consejeros indígenas del Consejo Nacional de CONADI. Los restantes seis se sustrajeron del proceso argumentando que este era llevado adelante de mala fe por parte del Ejecutivo.

Por otra parte, múltiples organizaciones representativas indígenas se restaron de la convocatoria por la misma razón, incluyendo organizaciones de derecho propio y las más antiguas agrupaciones indígenas⁶⁰.

Adicionalmente, los participantes de la Mesa de Consenso, como parte de los acuerdos con el gobierno, se reunieron en un Congreso Nacional de Pueblos Indígenas al finalizar el proceso de consulta. En este acordaron, entre otras cosas, la Reclamación ante la Oficina Internacional del Trabajo, para denunciar al gobierno por restringir el alcance de la consulta previa a través del reglamento de consulta que se había discutido en dicha instancia⁶¹.

⁵⁹ GOBIERNO DE CHILE. Informe Trabajo Mesa de Consenso. Consulta Indígena Nueva Normativa de Consulta de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT. 6 de agosto de 2013. Disponible en línea: <http://www.consultaindigena.cl/otros%20documentos/Informe%20Final%20Mesa%20de%20Consenso%20v00.pdf> [consultado el 28 de febrero de 2014].

⁶⁰ Entre ellas, la Alianza Territorial Mapuche, la Asociación Indígena de Mujeres del Valle de Lluta "Warmi Chamampi", la Asociación Indígena Wila Pampa (Aymara), la Asociación de Estudiantes de Pueblos Originarios AESPO, el Consejo de Pueblos Atacameños, el Consejo Territorial de Chapiquiña (Aymara), la Comunidad Indígena de Chapiquiña, la Coordinadora Aymara de Defensa de los Recursos Naturales, la Identidad Territorial Lafkenche, el Pacto por la Autodeterminación Mapuche que agrupa a organizaciones, dirigentes y autoridades tradicionales de la Araucanía (entre otros, Ad-Mapu, Consejo de Todas las Tierras, Lonkos de Temucicui, Parlamento de Coz Coz, Temulemu), el Parlamento Aymara del Pueblo Qullana, los Pueblos Indígenas Autoconvocados, los Pueblos indígenas Aymara de Arica-Parinacota y Tarapacá, los Pueblos Indígenas Quechua de Tarapacá, los Pueblos Lickanantay de Antofagasta, el Consejo Nacional Aymara de Malku y Talla de la comuna de Arica Urbano. Por otra parte, dirigentes y representantes del Pueblo Rapa Nui (representantes electos de la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua, y representante electo Consejo Nacional CONADI) comunicaron su no participación y decisión de reglamentar en forma autónoma la consulta para Te pito o te henua/Isla de Pascua (INDH. 2013. *Informe Misión de Observación Mesa de Consenso Indígena*. Disponible en línea: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/588/Informe?sequence=1> [consultado el 27 de febrero de 2014].

⁶¹ *Resoluciones del Congreso Nacional de Pueblos Indígenas "Por el ejercicio del derecho a la consulta y participación."* Santiago de Chile 7, 8 y 9 de agosto de 2013.

El Gobierno ha afirmado que la participación del Relator Especial de Naciones Unidas para los derechos y libertades de los Pueblos Indígenas, James Anaya, en la discusión del Reglamento lo validaría⁶². Sin embargo, el Relator presentó oportunamente un informe en que cuestionó problemas centrales de la normativa propuesta, muchos de los cuales no fueron superados en la normativa aprobada⁶³.

Finalmente, cabe mencionar que durante la tramitación del Decreto N° 66 en la CGR, este fue retirado, modificado y reingresado en diversas oportunidades. La mayoría de los cambios introducidos se refiere a cuestiones formales (sintaxis), salvo dos casos. El primero, en el artículo 13 sobre el uso de lengua indígena, que se verá en su oportunidad, y el segundo, en el artículo 15, que rebajó de 20 a 10 días hábiles el plazo que tiene la autoridad para responder a una solicitud de consulta⁶⁴.

(c) El contenido del reglamento de consulta previa

(i) Estructura de la norma

El DS N° 66 está compuesto por una parte preliminar (vistos y considerandos), dos

artículos permanentes y uno transitorio. El artículo primero establece el reglamento que regula el procedimiento de consulta previa indígena, el cual está organizado en tres títulos (disposiciones generales, principios de la consulta, y procedimiento). El segundo artículo dispone la derogación del DS N° 124 de 2009, que reglamentaba el artículo 34 de la Ley de Desarrollo Indígena N° 19.253. Por su parte, la disposición transitoria establece el efecto inmediato de la nueva normativa en los procesos de consulta iniciados con anterioridad a su entrada en vigencia y que se encuentren pendientes.

A continuación analizaremos los principales aspectos del citado decreto, siguiendo el orden que el mismo propone, contrastándolo con el estándar internacional.

(ii) Parte preliminar

En los vistos del Decreto se enumeran las disposiciones constitucionales, internacionales, legales y reglamentarias—incluyendo el Convenio 169 de la OIT— que se tuvieron a la vista a la hora de elaborar el decreto. En los considerandos invoca con mayor precisión el sustento normativo del mismo y reseña brevemente el proceso de participación indígena que precedió su adopción. Resulta relevante citar en extenso un párrafo de esta parte que establece los objetivos de la normativa en comento:

Considerando [...] Que, la nueva normativa tiene como uno de sus objetivos principales desarrollar aquellos conceptos que el Convenio N° 169 de la OIT utiliza de forma genérica y que requieren ser precisados de acuerdo a la realidad jurídica nacional para darles una correcta aplicación y en particular, establecer la oportunidad en que debe hacerse la consulta y el procedimiento que deberá seguirse cuando se adopte una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas⁶⁵.

Disponible en línea: <http://www.consultaindigena.cl/otros%20documentos/Resoluciones-Congreso-Indigena.pdf> [consultado el 28 de febrero de 2014].

⁶² OVIEDO, H. 2013. Dirigentes critican anuncios de Piñera en materia indígena. Diario *El Austral*, 24 de noviembre de 2013. Disponible en línea: <http://www.australtemuco.cl/impresa/2013/11/24/full/5/> [consultado el 4 de marzo de 2014].

⁶³ Cfr. Comentarios del Relator Especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: "Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo", Chile. Noviembre de 2012. Disponible en línea: <http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2012-11-29-unsr-comentarios-a-propuesta-reglamento> [consultado el 28 de febrero de 2014].

⁶⁴ También se agregó un máximo de 10 días hábiles de espera al informe de la Subsecretaría de Servicios Sociales. En caso de no evacuarse a tiempo, se procede sin él (art. 15 Reglamento consulta).

⁶⁵ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. Decreto Supremo N° 66 del 15 de noviembre de 2013. Énfasis añadido.

De esta manera, el reglamento busca precisar el mandato contenido en el artículo 6° del Convenio 169, de manera de dar mayor seguridad jurídica, estableciendo cuándo (oportunidad) y cómo (procedimiento) debe llevarse a cabo. Es interesante que el propio administrador recuerde que el objeto de la consulta son las medidas *susceptibles de afectar directamente* a los pueblos indígenas, tal como lo señala el propio Convenio.

Respecto al contenido sustantivo del Decreto N° 66, existen diversas normas que son contrarias al estándar internacional del derecho a consulta. Ente otras, las relativas a (i) el cumplimiento del deber de consulta (art. 3); (ii) los órganos a los que le es aplicable la obligación de consulta (art. 4); (iii) las relativas a la definición del concepto de afectación directa (art. 7); y (iv) la aplicación parcial del reglamento en el caso de medidas administrativas adoptadas en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).

(iii) Disposiciones generales

La consulta previa

El artículo 1° establece el objeto del reglamento, esto es, normar el ejercicio del derecho a consulta previa del Convenio 169.

El artículo 2° define la consulta del siguiente modo:

La consulta es un deber de los órganos de la Administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas **susceptibles de ser afectados directamente** por la adopción de medidas legislativas o administrativas, que se materializa a través de un procedimiento apropiado, de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas susceptibles de afectarlos directamente y que debe realizarse de conformidad con los principios recogidos en el Título II del presente reglamento⁶⁶.

⁶⁶ Destacado de los autores.

Como se ve, el decreto sigue en esto de cerca la norma matriz del Convenio, particularmente cuando alude al criterio de oportunidad de la consulta (susceptibilidad de afectación directa), a la adecuación de los procedimientos, a la buena fe, y a la finalidad de la consulta (llegar a un acuerdo).

Un primer defecto del decreto lo encontramos en el artículo 3°. Este señala que:

Cumplimiento del deber de Consulta. El órgano responsable deberá realizar los esfuerzos necesarios para alcanzar el acuerdo o el consentimiento de los pueblos afectados, dando cumplimiento a los principios de la consulta a través del procedimiento establecido en este reglamento. Bajo estas condiciones, se tendrá por cumplido el deber de consulta, aun cuando no resulte posible alcanzar dicho objetivo.

El enunciado final de dicho artículo resulta problemático. Si bien es cierto que el Convenio 169 no establece un derecho a veto *genérico* en el sentido fuerte, sí exige el consentimiento previo al menos en dos circunstancias (adopción de medidas favorables a los pueblos indígenas y traslado de población indígena)⁶⁷. Además, tomando en cuenta el principio de universalidad, interconexión e indivisibilidad de los derechos humanos, recogido expresamente por el propio Convenio⁶⁸, hay que tener presente que el derecho internacional contempla otras situaciones en las que el consentimiento previo opera no solo como finalidad de la consulta, sino también como requisito *sine qua non* para la adopción de la medida propuesta. Entre ellas, las medidas que impliquen una denegación de su subsistencia como pueblos diferenciados⁶⁹; las que impliquen una interferencia en actividades económicas con significación cultural para los

⁶⁷ Cfr. art. 4 y 16 del Convenio 169 de la OIT, respectivamente.

⁶⁸ Cfr. art. 35 Convenio 169 de la OIT.

⁶⁹ Corte IDH. *Caso Comunidad del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

afectados⁷⁰; las que impliquen interferencia con recursos naturales de los pueblos interesados⁷¹; y el almacenamiento de materiales peligrosos en sus tierras o territorios⁷².

De esta manera, el reglamento precisa la regla internacional de un modo incompleto y desfavorable a los pueblos indígenas. De hecho, una redacción más apropiada debería incluir la recomendación del Relator Anaya en orden a que, si el Estado decide adoptar la medida pese a la oposición de los afectados, debe garantizar que el proyecto no tenga un impacto social, cultural o ambiental significativo y que se adopten las “medidas para salvaguardar todos sus derechos, inclusive su derecho a sentar sus propias prioridades para el desarrollo”⁷³. Es más, en su comentario al borrador de reglamento que le envió el Gobierno de Chile, el Relator agregó la necesidad de que el Estado garantice “el derecho a la salud y a un medio ambiente sano, el derecho a la cultura y la religión, y los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras y recursos naturales de acuerdo a sus usos y costumbres”⁷⁴.

⁷⁰ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ángela Poma Poma vs. Perú*. Dictamen comunicación N° 1457/2006 del 24 de abril de 2009.

⁷¹ CERD. Obs. finales Ecuador, CERD/C/62/CO/2, 21 de marzo de 2003 y en general su Recomendación general N° XXIII relativa a los derechos de los pueblos indígenas, donde exhorta a los Estados a que “garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que *no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado*”.

⁷² Art. 29.2 Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas.

⁷³ Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo” aprobada por el Congreso de la República del Perú, 7 de julio de 2010. Disponible en línea: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10194&LangID=S> [consultada el 24 de Enero de 2014]. Énfasis añadido.

⁷⁴ Comentarios del Relator Especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado. *Op. cit.*: párr. 68.

A este respecto, la norma contemplada en la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT de la República del Perú, relativa al modo en que se adoptan las decisiones provee un buen ejemplo de ejecución del estándar internacional. Señala que:

[...] El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para **garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo**⁷⁵.

El sujeto obligado

El artículo 4° enumera a los órganos de la Administración del Estado que están sujetos a la obligación de consulta (“ministerios, las intendencias, los gobiernos regionales, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”) y excluye expresamente a los órganos constitucionalmente autónomos, para los cuales la aplicación del reglamento resulta facultativa. Esta norma ha sido objeto de preocupación en el mundo indígena, pues parece excluir del deber de consulta a los municipios, organismo autónomo por excelencia, y cuya injerencia en la gestión local resulta estratégica para el ejercicio de los derechos indígenas⁷⁶. Sin embargo, una lectura más atenta del articulado descarta esta conclusión. El mismo, señala expresamente que dichos organismos autónomos “no se

⁷⁵ Artículo 15, Ley N° 29.785 (Perú). Destacado de los autores.

⁷⁶ Es más, fue parte de las observaciones que el Relator Especial hizo a la propuesta de reglamento que le enviara el Gobierno de Chile. Cfr. *Comentarios del Relator Especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado... Op. cit. (idem)*.

entenderán exentos del deber de consultar a los pueblos indígenas, cuando ello sea procedente en conformidad a la legislación vigente⁷⁷. De esta manera, la aplicación del reglamento es facultativa, pero la consulta sigue siendo obligatoria. Así, si el organismo autónomo prefiere utilizar un procedimiento distinto al establecido en el DS N° 66, es libre de hacerlo, pero siempre respetando el estándar internacional⁷⁸.

En cuanto a la aplicabilidad del reglamento a las Fuerzas Armadas dependientes del Ministerio de Defensa, y las de Orden y Seguridad, dependientes del Ministerio del Interior, no están nombradas en el artículo, por lo que el reglamento no les es aplicable, sin perjuicio de que deberán consultar a los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente por la medida que pretendan adoptar.

Sujeto de la consulta

El artículo 5° define a los pueblos indígenas remitiéndose a la definición dada en el Convenio agregando que deben estar reconocidos por la Ley de Desarrollo Indígena (LDI) N° 19.253. Por su parte el inciso segundo de la norma remite a la LDI para determinar quiénes son los individuos pertenecientes a un pueblo indígena⁷⁹. Esto

puede ser problemático en la medida en que dichos criterios no sean coincidentes con el derecho propio indígena, que es el relevante desde el punto de vista internacional⁸⁰. Por otra parte, esta regla parece superflua, toda vez que la consulta previa es un derecho colectivo que los pueblos indígenas ejercen a través de sus instituciones representativas, por lo cual el carácter indígena de una persona individual carece de relevancia. De hecho, el propio reglamento reconoce en su artículo 6° a los pueblos indígenas como el sujeto de la consulta.

El problema central de este artículo es que señala que la consulta se verifica a través de las instituciones representativas nacionales, regionales o locales, “según el alcance de la afectación de la medida que sea susceptible de afectarles directamente”⁸¹. En el inciso siguiente, la norma establece que es el propio pueblo el que debe “determinar libremente sus instituciones representativas”. De esta manera, el reglamento establece dos criterios distintos para determinar qué organizaciones deben ser consultadas: (a) el alcance de la posible afectación; y (b) la libre determinación de cada pueblo. En la práctica, ambos criterios pueden ser coincidentes o divergentes y solo el segundo es acorde con el estándar internacional. Es más, la aplicación del primer criterio puede ser

⁷⁷ Art. 4, reglamento de consulta.

⁷⁸ La opción por excluir a los organismos autónomos de esta reglamentación parece justificada en la discusión sobre el alcance de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, de la cual emana el Decreto en comento (cfr. art. 32. 6 Constitución Política de la República). Si el mismo se entiende dictado en ejercicio de la potestad autónoma del Presidente, su aplicación a organismos autónomos parece claramente inconstitucional. Ahora bien, si se entiende como parte del ejercicio de su potestad reglamentaria de ejecución de las leyes (en este caso, el Convenio), pareciera que podría extenderse su aplicación a los organismos autónomos.

⁷⁹ El artículo 2° de la Ley de Desarrollo Indígena señala que: “Se considerarán indígenas para los efectos de esta ley, las personas de nacionalidad chilena que se encuentren en los siguientes casos: a) Los que sean hijos de padre o madre indígena, cualquiera sea la naturaleza de su filiación, inclusive la adoptiva; Se

entenderá por hijos de padre o madre indígena a quienes desciendan de habitantes originarios de las tierras identificadas en el artículo 12, números 1 y 2. b) Los descendientes de las etnias indígenas que habitan el territorio nacional, siempre que posean a lo menos un apellido indígena; Un apellido no indígena será considerado indígena, para los efectos de esta ley, si se acredita su procedencia indígena por tres generaciones, y c) Los que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena, entendiéndose por tales la práctica de formas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual o cuyo cónyuge sea indígena. En estos casos, será necesario, además, que se autoidentifiquen como indígenas.”

⁸⁰ El Convenio establece en diversas disposiciones el deber estatal de respetar las instituciones indígenas, entre las cuales cabe, obviamente, la determinación de quiénes son miembros de la comunidad. Cfr. arts. 2.2.b), 5.b) y 8.2.

⁸¹ Art. 6 reglamento de consulta.

utilizado para evitar consultar organizaciones de mayor alcance territorial⁸².

Objeto y criterios de aplicabilidad de la consulta

El artículo 7° establece qué medidas deben ser consideradas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Siguiendo de cerca el Convenio, parte señalado que “[l]os órganos de la Administración del Estado [...] deberán consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente”. Los problemas vienen cuándo se especifica la regla respecto de cada tipo de medida.

En lo que se refiere a las medidas legislativas, señala:

Son medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas los anteproyectos de ley y anteproyectos de reforma constitucional, o la parte de estos, **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**⁸³.

Cuatro aspectos resultan atentatorios contra el estándar internacional –al menos potencialmente– en la medida en que agregan requisitos no establecidos en el Convenio para la procedencia de la consulta o recortan su alcance.

Lo primero, es que la redacción sugiere que se trata de impactos ciertos (“cuando sean causa directa”), mientras que el Convenio lo que establece es que se trate de medidas

“susceptibles” de afectar directamente a los pueblos interesados. Es la posibilidad de que dicha afectación ocurra lo que gatilla la necesidad de consultar, y no su certeza. Esto por cuanto es precisamente la determinación de los alcances de la medida en un contexto de interculturalidad lo que hace que la consulta sea necesaria. Si fuera posible determinarlos *ex ante*, la consulta misma carecería de sentido.

El segundo aspecto se trata de la adición de un requisito no contemplado en el Convenio: la magnitud del impacto. De esta manera, el reglamento fija un umbral de aplicabilidad no contemplado por el Convenio 169 y asume una concepción restrictiva de afectación directa, lo que limita la exigibilidad del derecho. Es más, como hemos visto, en el derecho internacional vigente la magnitud del impacto funciona como criterio para determinar cuándo es indispensable obtener el consentimiento previo, libre e informado en la consulta, y no para establecer cuando procede la consulta.

Una tercera cuestión, estrechamente vinculada a lo anterior, la plantea la mención a la especificidad de la afectación del impacto. La norma reglamentaria exige que la afectación cause un “[impacto] específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales”. Esto no debería ser un problema, toda vez que una interpretación sistemática del Convenio 169 de la OIT permite inferir que la afectación es a los pueblos indígenas en tanto sujetos colectivos de derechos, por lo tanto debe ser específica, en el sentido señalado por el reglamento. Sin embargo, la inclusión de este elemento resulta preocupante debido a la interpretación que el Estado de Chile ha hecho de su obligación de consultar, excluyendo de la consulta previa a proyectos de ley de alcance general, que afectan también los intereses y derechos de los pueblos indígenas en tanto tales. Es el caso, por ejemplo, de leyes sectoriales, como la ley de pesca, donde fundándose en este criterio de especificidad el Gobierno se negó a llevar a cabo la consulta indicando ante el Tribunal Constitucional que la propuesta legislativa era de alcance general y que dicho proyecto “no ha sido concebido

⁸² Imagínese el caso de un proyecto de inversión en territorio indígena. El Estado puede argumentar que solo afecta a la comunidad en cuyas tierras está emplazado, mientras que las organizaciones representativas de carácter regional o nacional, pueden invocar que el proyecto afecta la territorialidad del pueblo en su conjunto y no solo a una comunidad determinada.

⁸³ Destacado de los autores.

en consideración única o con un especial énfasis en los pueblos indígenas⁸⁴. En otras palabras, el Estado ha pretendido equiparar la *especificidad de la afectación*, que sí es parte del estándar internacional, con la *exclusividad de la afectación*, que no lo es⁸⁵. De esta manera, en tanto la especificidad de afectación se entienda en el primer sentido esbozado, la norma es compatible con las obligaciones internacionales del Estado. Si se pretende aplicar como exclusividad de afectación, la norma será violatoria de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. A este respecto, el Relator Especial ha sido explícito:

El Relator Especial recomienda que se añada al texto del artículo 9 [texto actual: artículo 7] esta precisión, para que quede claro que la consulta se aplica incluso con respecto a medidas administrativas o legislativas de aplicación general, por ejemplo, con respecto a una nueva ley de pesca o de fomento forestal, cuando dichas medidas de algún modo afecten de manera diferenciada a los pueblos indígenas dadas sus condiciones y derechos específicos⁸⁶.

⁸⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Requerimiento de inconstitucionalidad 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". Rol 2388-12. Sentencia de 23 de enero de 2013, considerando cuarto.

⁸⁵ Otra forma de entender restrictivamente la especificidad de afectación es la que ha aplicado el Estado en la consulta previa que se intentó llevar a cabo en 2011 respecto del "Proyecto Ley de Fomento Forestal que reemplaza al Decreto Ley 701". En esta, en el Plan de Consulta solo se incluyó el texto de los artículos que mencionaban explícitamente a los pueblos indígenas, desconociendo así que el estatuto completo de fomento forestal constituye una materia que afecta directa y específicamente a los pueblos indígenas que habitan las regiones forestales.

⁸⁶ Comentarios del Relator Especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, en relación con el documento titulado "Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo". *Op. cit.*: párr. 43.

El cuarto problema de la norma, es la restricción cualitativa del tipo de afectación. No se refiere ya a la "cantidad" de afectación (magnitud), sino que a su calidad: únicamente deben ser consultadas aquellas medidas que causen una afectación directa y específica al "ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas". Lo cierto es que el Convenio en ningún momento restringe la consulta a los aspectos culturales que pueden distinguir a los indígenas. Por el contrario, la consulta está concebida como un mecanismo para visibilizar impactos en un contexto de interculturalidad y como un mecanismo de protección de los derechos e intereses de los pueblos indígenas. Por lo mismo, la norma debería limitarse a señalar que las medidas deben consultarse cuando puedan afectar directamente los derechos e intereses de los pueblos indígenas.

En lo que se refiere a las medidas administrativas, el reglamento señala:

Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, **cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad** que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción; y, 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**⁸⁷.

Como puede apreciarse, la norma padece de los mismos defectos apuntados arriba respecto de la aplicabilidad de la consulta previa respecto

⁸⁷ Destacado de los autores.

de medidas legislativas: certeza, magnitud, especificidad del impacto y su restricción culturalista. Adicionalmente, el reglamento agrega una nueva limitación relativa a los actos administrativos reglados, que se tratará en el apartado siguiente.

Justiciabilidad

Todas las adiciones revisadas que el reglamento hace al estándar internacional constituyen formas de limitación de la aplicabilidad de la consulta, particularmente respecto del criterio de afectación directa, que es fundamental para determinar la pertinencia de la consulta previa. De esta manera, la adopción de estos criterios restrictivos tiene implicancias en la *exigibilidad* del derecho. Esta cuestión es aun más grave al constatar que el reglamento intenta limitar la *justiciabilidad* del derecho a la consulta, al establecer que:

Todo requerimiento que tenga por fin impugnar la decisión de no realizar una consulta deberá acreditar su eventual procedencia, señalando de manera clara y específica la forma en la que se produce la afectación directa invocada, **de acuerdo al contenido del artículo 7° del presente reglamento**⁸⁸.

En otras palabras, pretende impedir que al reclamar por el rechazo a realizar la consulta previa, se invoque directamente el artículo 6 del Convenio 169 y la susceptibilidad de afectación directa. Cabe señalar que un reglamento carece de la jerarquía normativa como para producir este efecto.

Actos administrativos eximidos de consulta previa

Potestad reglada

El estándar internacional exige que se consulte en forma previa toda medida susceptible de

afectar directamente a los pueblos indígenas. Como ya vimos, el artículo 7 agrega nuevos criterios generales que restringen la aplicabilidad de la consulta. Adicionalmente, dicho precepto establece un nuevo elemento, al señalar que únicamente deben consultarse los actos formales que contengan "una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción".

La distinción entre potestad reglada y no reglada o discrecional es confusa. La primera se refiere a aquellas en que la ley determina específicamente todas y cada una de las condiciones del ejercicio de la referida potestad, su contenido y sus efectos jurídicos. Así por ejemplo, una ley que ordena el pago de un subsidio a todas aquellas personas que cumplan determinados requisitos, exige el ejercicio de potestades regladas. La segunda, esto es, la potestad discrecional, es aquella en que la ley remite a la estimación subjetiva del órgano administrativo en alguno de los aspectos de su ejercicio (condiciones de aplicación, contenido o efectos). Un ejemplo de ello es la resolución que califica un proyecto ingresado al sistema de evaluación ambiental⁸⁹. Ahora bien, cabe preguntarse ¿cuál es el sentido de utilizar esta distinción en materia de consulta previa indígena? Si hubiese una decisión administrativa emanada de la potestad reglada susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, lo cierto es que la ley que le da sustento debería haber sido consultada y no el acto administrativo que se limita a aplicarla. Por otra parte, el estándar internacional no distingue y ordena consultar toda medida administrativa susceptible de afectar a los pueblos indígenas. De esta manera, la norma en comento tiene como único efecto provocar confusión y aumentar los márgenes de discrecionalidad de la administración a la hora de determinar

⁸⁸ Artículo 13 inciso final. Destacado de los autores.

⁸⁹ Agradecemos a Rodrigo Vallejo Garretón la orientación en esta materia.

cuándo tiene el deber de consultar. En definitiva, esta regla viola las obligaciones internacionales del Estado de Chile.

Actos de mero trámite

Por otra parte el mismo artículo 7 excluye de consulta previa los actos de mero trámite y de ejecución material o jurídica, los cuales se entienden consultados en el acto terminal que los fundamenta, también excluye los actos de conocimiento y los que dicen relación con la actividad interna de la Administración (nombramientos, potestad jerárquica, gestión presupuestaria), todo lo cual parece justificado.

Medidas urgentes

En cuanto a las medidas urgentes, esto es, aquellas dictadas con ocasión de terremotos y otras catástrofes naturales, la norma también las excluye de la consulta previa. Esto podría estar justificado en tanto la efectividad de dichas medidas depende de su adopción e implementación inmediata. Sin embargo, la norma resulta incompleta, toda vez que la misma debería establecer explícitamente la obligación de la administración de garantizar los derechos sustantivos de los pueblos eventualmente afectados, lo que incluye que, una vez superada la emergencia, los efectos de dichos actos podrían estar afectos a consulta previa⁹⁰.

⁹⁰ Respecto de la consulta sobre los efectos de actos ya ejecutados por su carácter urgente, la OIT se ha pronunciado en la situación análoga de los efectos de medidas adoptadas con anterioridad a la entrada en vigencia del Convenio: "Aunque en este caso el proyecto fue establecido antes de que el Convenio entrara en vigor en Ecuador, en el momento en que entró en vigor, surgió la obligación de la consulta relativa a toda actividad que afecte la aplicación del Convenio" [*Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), párr. 38*]. En el mismo sentido, el Relator Anaya ha señalado que "las normas internacionales actualmente vigentes

Resolución de Calificación Ambiental (RCA)

Finalmente, el reglamento excluye de su ámbito de aplicación las medidas que califican proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación Ambiental y que de conformidad a la ley 19.300, requieran de un proceso de consulta indígena. Asimismo, indica que dichas consultas se regirán por el mecanismo dispuesto para el efecto por dicha ley y su reglamento, sin perjuicio de la aplicación del procedimiento establecido en el DS N° 66 "dentro de los plazos que tal normativa [la medioambiental] establece".

Determinar con precisión el alcance de esta norma de remisión es fundamental, pues la consulta respecto a proyectos de inversión es clave para el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. La norma señala que:

La resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley N° 19.300, 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, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta.

Lo primero que cabe señalar es que, tratándose de una remisión, la evaluación acerca de su adecuación al estándar internacional depende del juicio que se haga a la legislación ambiental, materia en que ahondaremos más adelante.

son aplicables por lo menos en relación con aquellos impactos actuales y futuros de estos proyectos, tanto privados como estatales" (*Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Adición: La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior, A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009, párr. 38*).

Lo segundo, es establecer el alcance de dicha remisión. Conforme a la disposición citada, el reglamento del SEIA (DS 40) se aplica a las calificaciones de aquellas actividades susceptibles de causar impacto ambiental enumeradas en el artículo 10 de la Ley 19.300 y que presenten alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 del Reglamento del SEIA, que exigen su ingreso vía Estudio de Impacto Ambiental (EIA), específicamente las que (i) generen reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de sus sistemas de vida o costumbres; (ii) se localicen en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas; o (iii) generen una alteración del patrimonio cultural.

En todos los demás casos, esto es, aquellos proyectos o actividades que generen otros efectos que exijan EIA y no estén comprendidos en lo anterior, aquellos que ingresen al SEIA vía Declaración de Impacto Ambiental, y aquellos que no ingresen al SEIA, deben ser consultados en la medida en que sean susceptibles de afectar directamente los derechos e intereses de los pueblos indígenas, aun cuando no les sea aplicable el DS N° 40⁹¹.

Es importante recalcar esta última cuestión, pues existen justificadas aprensiones en las organizaciones indígenas representativas en cuanto a que estas normas están organizadas para restringir la consulta previa. La interpretación arriba ofrecida es consistente con los límites constitucionales y las obligaciones emanadas de los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile. Sin embargo, su real contenido solo será dilucidado en la aplicación

⁹¹ Cabe recordar que el hecho de que a dichos proyectos o actividades tampoco les sea aplicable el DS N° 66, por ejemplo, por no implicar una afectación "significativa" o por tratarse de una afectación a actividades económicas no tradicionales, no implica que el Estado está eximido de consultar a los pueblos afectados, pues dicha obligación emana del Convenio 169 de la OIT y no de la reglamentación citada.

que de las mismas hagan los organismos del Estado.

(v) Disposiciones generales

El título II del reglamento define tres elementos fundamentales de la consulta: la buena fe (art. 9), los procedimientos apropiados (art. 10) y el carácter previo de la consulta (art. 11).

Buena fe

En cuanto a la buena fe, el reglamento la define como la obligación de los intervinientes de:

[...] actuar **de manera leal y correcta** con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento libre, previo e informado [...] mediante un diálogo sincero, de confianza y de respeto mutuo, sin presiones, de manera transparente, generando las condiciones necesarias para su desarrollo y con un comportamiento responsable⁹².

Adicionalmente, establece como responsabilidad del Estado el actuar con la debida diligencia, disponiendo de los medios para que los pueblos indígenas puedan participar en un plano de igualdad. Finalmente establece que los intervinientes "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"⁹³.

Dos cuestiones merecen especial atención respecto de esta norma. Lo primero, es que la buena fe es un estándar normativo, con un contenido muy preciso, cual es, que la consulta previa debe orientarse hacia la obtención del consentimiento de los afectados. Esto exige que: (i) la consulta debe ser previa a la decisión, pues la lógica de los hechos consumados es incompatible con el consentimiento libre e

⁹² Destacado de los autores.

⁹³ Destacado de los autores.

informado; (ii) en la consulta debe existir un clima de confianza y respeto mutuo, que exige claridad en los procedimientos, información previa e integral y un esfuerzo de ambas partes para generar dicho clima⁹⁴; (iii) la consulta debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación” y no como un simple trámite administrativo que debe cumplirse antes de aprobar una medida⁹⁵, lo que implica respetar los procedimientos propios de los indígenas⁹⁶. Como puede apreciarse, el principio de buena fe implica obligaciones principalmente para el Estado, lo cual podría ser opacado por la referencia que la norma hace hacia la “lealtad” y “corrección” de la conducta de las partes. Esto se ve agravado cuando la norma identifica como conductas contrarias a la buena fe, aquellas que impidan alcanzar el consentimiento. Cabe recordar que los pueblos indígenas están en su pleno derecho a oponerse a la medida propuesta en cualquier etapa del proceso de consulta, cuestión que con el entendimiento de buena fe propuesto por el reglamento podría quedar en entredicho y ser utilizada como un indicativo de mala fe, configurado por un actuación desleal que habilitaría a la autoridad para suspender el proceso de consulta.

Finalmente, cabe destacar el acierto del reglamento al exigir como parte de la debida diligencia del Estado, la generación de condiciones que permitan la participación igualitaria

de los pueblos interesados. Esto puede incluir, entre otras cosas, la provisión de recursos para la realización de estudios independientes, tal como lo ha exigido la Corte Interamericana⁹⁷.

Procedimientos adecuados y carácter previo de la consulta

El artículo 10 establece que el procedimiento de consulta debe ser aplicado con flexibilidad, atendiendo a las particularidades del pueblo consultado y a la naturaleza, contenido y complejidad de la medida consultada. Esto está ajustado a las obligaciones internacionales del Estado de Chile.

El artículo 11 consagra debidamente el carácter previo de la consulta, estableciendo que la misma deba hacerse antes de la adopción de la decisión administrativa o del envío del mensaje presidencial al Congreso Nacional, y que debe verificarse con antelación suficiente para permitir a los participantes “incluir de manera real y efectiva en la medida susceptible de afectarle[s] directamente”.

(d) El procedimiento de consulta

El título III del reglamento establece el procedimiento para llevar a cabo la consulta.

(i) Inicio de la consulta

El artículo 10 del reglamento indica que el organismo responsable (OR) de coordinar la consulta es aquel que propone la medida. Es él quien de oficio debe iniciar el proceso, pudiendo solicitar informe a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social (SSS). También puede solicitarla fundadamente (indicando hechos y razones) cualquier interesado, incluyendo a las organizaciones indígenas representativas, aun cuando no

⁹⁴ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Adición: La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior, A/HRC/12/34/Add.6 (Apéndice A), 5 de octubre de 2009, párr. 25.

⁹⁵ Informe del Comité 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.304/14/7 (2006), párr. 42.

⁹⁶ RODRÍGUEZ, G. A. 2005. La consulta previa a los pueblos indígenas. En: C. PARRA DUSSÁN y G. A. RODRÍGUEZ (eds.). *Comunidades étnicas en Colombia: cultura y jurisprudencia*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, pp. 114-142.

⁹⁷ Cfr. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 129.

tengan personalidad jurídica⁹⁸, y el Consejo Nacional de CONADI.

La autoridad requerida deberá resolver en un plazo máximo de 10 días hábiles, los cuales pueden suspenderse hasta por 10 días hábiles a la espera de pronunciamiento de la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social. El reglamento menciona que la resolución aludida debe ser fundada. Sin embargo, omite que en materia de la procedencia de la consulta, la opinión de los interesados está revestida de una autoridad especial. Esto por cuanto, al tratarse de un mecanismo para facilitar el diálogo y acuerdo intercultural, busca, entre otras cosas, visibilizar impactos que desde la perspectiva cultural dominante pueden permanecer ocultos. De ahí que si una comunidad o pueblo afirme la necesidad de realizar consulta previa, la autoridad tiene un *deber reforzado de justificación*, lo cual requiere, al menos, de estudios independientes que permitan descartar fundamentamente la eventualidad de afectación directa.

En el artículo 14, el reglamento establece que la CONADI oficiará de asistente técnico del proceso de consulta, especialmente en cuanto a la identificación de las instituciones representativas y en el resguardo de las particularidades de los pueblos afectados.

La convocatoria al proceso de consulta debe hacerse por el OR a los pueblos susceptibles de ser afectados directamente “según el alcance, nacional, regional y local de la afectación que produzca la medida”⁹⁹. La misma debe verificarse a través de dos publicaciones en diarios de circulación regional, página web del servicio y de CONADI, carta certificada a las organizaciones del registro de CONADI, y mediante cualquier otro medio adecuado,

como radio y afiches. Se establece también el contenido de la convocatoria.

En cuanto al idioma de la convocatoria, se establece que se utilizará el castellano y la lengua indígena cuando esta sea la lengua mayoritaria del pueblo afectado. Lo anterior es determinado por el órgano responsable “de acuerdo a las particularidades de cada pueblo”. Este requisito de utilización mayoritaria de la lengua vernácula constituye una discriminación para los hablantes de lengua indígena, y no estaba contemplado en el reglamento emanado de la “mesa de consenso”¹⁰⁰. Por otra parte, es evidente que el idioma que ha de ser utilizado en una consulta específica debe ser establecido por los propios pueblos interesados y no por la autoridad estatal.

(ii) Identificación de las instituciones representativas

A este respecto, cabe señalar que la norma indica que es CONADI quien oficiará como asistente técnico en esta materia, lo cual no resulta problemático si no fuera por dos aspectos.

El primero, es que la propia norma establece que la principal fuente de información es aquella “contenida en los registros que la Corporación mantiene de conformidad a la ley”¹⁰¹. Dicho registro está establecido en el artículo 39 letra g) de la Ley de Desarrollo Indígena y solo comprende comunidades y asociaciones indígenas constituidas conforme a dicha ley, la cual impone una orgánica gremial. No contiene

⁹⁸ Esto se deduce de la enumeración separada de personas naturales, jurídicas e instituciones representativas, como legitimados para solicitar la realización de una consulta. Cfr. art. 13 inciso segundo reglamento de consulta.

⁹⁹ Art. 15 reglamento de consulta.

¹⁰⁰ El texto presentado originalmente como DS N° 66 que ingresó a la CGR señalaba al respecto: “e) La convocatoria deberá hacerse en español y un idioma que pueda ser comprendido por los pueblos indígenas afectados directamente, cuando sea necesario.” El texto finalmente publicado dice: “e) La convocatoria deberá hacerse en español y en un idioma que pueda ser comprendido por los pueblos indígenas afectados directamente, cuando sea necesario. Se considerará necesario realizarlo en el idioma del pueblo indígena afectado cuando éstos se comuniquen mayoritariamente en su propio idioma.”

¹⁰¹ Art. 14 reglamento de consulta.

ningún parámetro de representatividad y excluye a las organizaciones e instituciones de derecho propio. Este déficit debió haber sido reparado precisamente con ocasión del reglamento de consulta previa.

En segundo lugar, la redacción de la norma pareciera indicar que la identificación de dichas instituciones corre por cuenta del OR asesorado por CONADI. Sin embargo, conforme al estándar internacional, la determinación de quiénes son dichas organizaciones la hacen los propios pueblos afectados. En consecuencia, la autoridad únicamente puede hacer una identificación preliminar.

(iii) Procedimiento de consulta

El reglamento establece un procedimiento que tiene cinco etapas: (a) planificación; (b) información y difusión; (c) deliberación interna; (d) diálogo; y (e) sistematización, comunicación resultados y final¹⁰².

La primera etapa busca entregar información preliminar y acordar roles, funciones y la metodología, y debe contemplar al menos tres reuniones (información, propuesta de metodología y diálogo). Cabe destacar que se establece expresamente que los pueblos indígenas deben tener tiempo suficiente para acordar internamente la metodología que propondrán. La metodología debe incluir, entre otras cosas, mecanismos para garantizar la participación igualitaria. El acuerdo en estas materias debe quedar consignado en un acta suscrita por las partes. Si no se llega a acuerdo, debe quedar constancia de ello, y siempre resguardarse los principios de la consulta.

En cuanto a la entrega de información, esta debe ser completa y oportuna, culturalmente apropiada, en lengua indígena cuando sea necesario y debe incluir la justificación de la medida, su naturaleza, alcance e implicancias.

¹⁰² Art. 16 reglamento de consulta.

La etapa de deliberación interna busca permitir que los indígenas adopten conforme a sus propios mecanismos una posición frente a la medida propuesta. Cabe tener presente que algunas de las medidas que se adopten para garantizar la igualdad de condiciones pueden estar orientadas a esta etapa (vg. asesorías técnicas de confianza).

La etapa de diálogo es el núcleo del procedimiento. En esta se buscan los acuerdos, respetando los métodos propios de los pueblos participantes para tomar decisiones y se establece expresamente que "deberán realizarse las reuniones que sean necesarias para cumplir con el objetivo de la consulta". Los acuerdos y desacuerdos deben quedar registrados en un acta.

La última etapa consiste en la generación de un informe final en que debe registrarse todo el proceso y los acuerdos y disensos.

El procedimiento descrito es sin duda un avance respecto de la reglamentación anterior contenida en el DS N° 124 de 2009, el cual carecía de etapas de deliberación interna y diálogo, limitando la consulta a un mero proceso de información pública. Ahora bien, para ser completo, el procedimiento debiera incluir a las organizaciones consultadas en la redacción del informe final, contemplar la comunicación de la decisión adoptada por la autoridad, la cual debe estar debidamente fundada y siempre debe respetar los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Asimismo, es necesario que se establezca expresamente que los acuerdos adoptados con base en los cuales se obtuvo el consentimiento de los pueblos interesados resultan obligatorios para la autoridad estatal, al menos en cuanto decida ejecutar la medida.

Plazos del procedimiento

El reglamento contempla un plazo de 25 días hábiles por cada etapa para las medidas legislativas y de 20 días hábiles por etapa para las medidas administrativas. De esta manera, el proceso dura 100 u 80 días hábiles (de 3 a 5 meses aproximadamente). Considerando

la necesidad de adaptarse a las condiciones particulares de cada pueblo, el reglamento aplica el principio de flexibilidad de su artículo 10, que establece que:

Sin perjuicio de lo anterior, el órgano responsable de la medida, previo diálogo con las instituciones representativas de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente, podrá, en la etapa de planificación, **modificar los plazos señalados por motivos justificados**, considerando la necesidad de establecer procedimientos flexibles que se adecuen a las circunstancias propias de cada consulta en particular¹⁰³.

Esto significa que, de común acuerdo, los plazos pueden ser modificados, para efectos de adaptarse a las circunstancias del caso. Si bien esto es muy positivo, resulta limitante que solo puedan acordarse plazos distintos en la etapa de planificación, ya que circunstancias sobrevinientes o la dinámica del diálogo intercultural, pueden requerir la ampliación de plazos con posterioridad a dicha instancia. Es más, si el reglamento contemplara esta posibilidad, la regla del artículo 18 que autoriza la suspensión de la consulta previa hasta por 15 días hábiles, fundado en actos o hechos ajenos a las partes que impidan o afecten gravemente su continuación, sería superflua.

Otras disposiciones

El artículo 19 establece que cualquier pueblo indígena susceptible de ser afectado puede sumarse al proceso, en cualquier momento del mismo, pero respetando lo obrado. Por cierto que esto no es aplicable respecto de organizaciones que no hayan sido notificados debidamente del proceso.

Por otra parte, dicha norma parece sugerir que cada medida propuesta tiene un único proceso de consulta, lo cual es efectivo solo en la medida en que así lo establezcan las instituciones

representativas de los afectados, las cuales perfectamente pueden requerir que se hagan procesos separados para cada uno de ellos, en conformidad a sus propios mecanismos de toma de decisiones.

En caso de negativa a participar en el proceso, esto debe quedar registrado en el expediente y ser considerado al momento de evaluar la medida. Aquí también se echa de menos una afirmación explícita de la obligación estatal de resguardar los derechos colectivos de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados.

Finalmente, el reglamento contempla la formación de un expediente que registre todas las actuaciones.

2.2. La consulta previa indígena en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)

El 26 de enero de 2010 fue publicada en el *Diario Oficial* la Ley 20.417 que “Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente”. Dicha norma modificó la Ley 19.300 “Sobre Bases Generales del Medio Ambiente”, lo que impuso la necesidad de que el Ejecutivo dictara un nuevo Reglamento que estableciera el funcionamiento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

El procedimiento por medio del cual se llevó a cabo la elaboración de dicho reglamento fue objeto de diversas críticas sustantivas y procedimentales por parte de organizaciones indígenas y de la sociedad civil chilena, las que denunciaron la violación de los principios y estándares internacionales aplicables al derecho a la consulta que asiste a los pueblos indígenas. Esto por cuanto el SEIA es el mecanismo a través del cual se evalúan los proyectos de inversión que se pretenden llevar a cabo en el territorio nacional, incluyendo los territorios indígenas. Por lo mismo, su reglamentación constituye un aspecto clave para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas.

¹⁰³ Artículo 17 inciso final. El destacado es de los autores.

A continuación revisaremos brevemente el proceso de adopción del SEIA, enumerando sus principales falencias. Posteriormente analizaremos su contenido sustantivo en lo que se refiere a consulta previa indígena, contrastándolo con el estándar internacional.

(a) Proceso de adopción del Reglamento del SEIA

En el año 2011 el gobierno dio inicio a un proceso de consulta que incorporaba diversas temáticas relativas a los pueblos indígenas en una misma consulta. El proceso de "Consulta Nacional sobre Institucionalidad Indígena" versaba sobre las siguientes temáticas: 1) reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y sus derechos; 2) creación de una Agencia de Desarrollo Indígena que eventualmente reemplazará a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígenas (CONADI); 3) creación de un Consejo de Pueblos Indígenas; 4) creación de un mecanismo que regulase las futuras consultas a los pueblos indígenas; y 5) sobre el Reglamento del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), en lo concerniente a consulta a pueblos indígenas. Diversas organizaciones de Pueblos Indígenas solicitaron la paralización de este proceso en consideración a que no se estaban respetando los estándares internacionales y obligaciones del Estado en esta materia¹⁰⁴.

El 3 de agosto de 2011, a instancias de las organizaciones indígenas, el Senado aprobó un proyecto de acuerdo solicitando al Presidente de la República que instruyese al Ministro de Planificación la paralización del referido proceso de consulta y la derogación del Decreto N° 124 de MIDEPLAN¹⁰⁵. Con anterioridad, la

Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados había formulado una petición similar¹⁰⁶, a la que se agregó la solicitud realizada por organizaciones de pueblos indígenas, incluida una solicitud formulada por 6 Consejeros Indígenas de CONADI que se restaron del proceso. Cabe mencionar que la seriedad de los cuestionamientos formulados por las organizaciones indígenas y el Congreso, llevaron a que la Unión Europea congelara su aporte financiero a la iniciativa¹⁰⁷.

La solicitud de las organizaciones fue finalmente acogida por el Gobierno y en septiembre del mismo año el Ministro de MIDEPLAN anunció que, atendiendo a los planteamientos

Navarro (MAS), Isabel Allende (PS), Soledad Alvear (DC), Ximena Rincón (DC), Carlos Bianchi (IND), Camilo Escalona (PS), Guido Girardi (PPD), Ricardo Lagos (PPD), Juan Pablo Letelier (PS), Pedro Muñoz (PS), Fulvio Rossi (PS), Hosain Sabag (DC) y Patricio Walker (DC), mediante el cual se acuerda "Solicitar al Presidente de la República instruya al Ministro de Planificación, la inmediata suspensión de las consultas indígenas sobre: La creación de la Agencia de Desarrollo Indígena en reemplazo de la CONADI; Reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas; La creación del Consejo de Pueblos Indígenas; El procedimiento de Consulta y participación; Consulta para el censo indígena 2012 del Instituto Nacional de Estadísticas, y; El nuevo Reglamento del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)", aprobado por el Senado el 3 de agosto de 2011 por 12 votos a favor y 6 en contra (Boletín N° S 1.391-12). SENADO DE LA REPÚBLICA, Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 359ª, Sesión 40ª, 3 de agosto de 2011.

¹⁰⁴ "Encuentro de Autoridades Tradicionales y Dirigentes de los Pueblos Indígenas 2011", realizado los días 2 y 3 mayo, en Santiago. Cabe mencionar que en este encuentro participaron representantes de 78 organizaciones indígenas de todos los pueblos indígenas del país.

¹⁰⁵ Proyecto de acuerdo referido a las consultas a indígenas en el marco del Convenio N° 169 de la OIT, presentado por los/as senadores/as Jaime Quintana (PPD), Eugenio Tuma (PPD), Alejandro

¹⁰⁶ En la sesión 43ª ordinaria celebrada el miércoles 15 de junio de 2011, la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados acordó por la unanimidad de los diputados asistentes, entre otras materias: "Oficiar a S.E. el Presidente de la República, a fin de que ordene la paralización del proceso de consulta indígena que se está llevando a cabo, por parte del Ministerio de Planificación Nacional"; y "Oficiar al Ministerio de Planificación, solicitando la derogación del Decreto 124/2009 MIDEPLAN, sobre consulta indígena". CÁMARA DE DIPUTADOS, Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, Acta de la 43ª sesión ordinaria, 15 de junio de 2011, pág. 3.

¹⁰⁷ GOBIERNO DE CHILE. Respuesta a la Solicitud Directa 2010/81 y a la Observación 2010/81 de la OIT, pág.31. Disponible en línea: http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/observacion-2010-81-oit-01-09-11_.pdf [consultado el 12 de marzo de 2014].

formulados por las organizaciones indígenas durante el proceso de consulta, se priorizaría la definición de los mecanismos y procedimientos de consulta y participación indígena. Una vez terminado ese proceso, se derogaría el DS N° 124 de MIDEPLAN, y se retomaría la consulta sobre la nueva Institucionalidad Indígena y el Reconocimiento Constitucional.

Sin embargo, pese a dicho acuerdo, la tramitación del Reglamento del SEIA siguió adelante, incluyendo la parte relativa a la consulta previa a los pueblos indígenas. Conforme a lo informado por el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), esta decisión habría estado avalada por un acuerdo entre el Director Ejecutivo del SEA y los consejeros nacionales indígenas de la CONADI integrantes de la Comisión de Consulta. El compromiso asumido fue que:

[...] una vez que se determine el mecanismo de consulta que reemplazará al DS N° 124 de MIDEPLAN, se estudiará la alternativa más factible en orden a definir lo siguiente: a) Incorporación del nuevo mecanismo al Reglamento SEIA; b) Afinación del mecanismo de consulta establecido en el Reglamento del SEIA mediante una nueva consulta de acuerdo al Reglamento que reemplace el DS N° 124 de MIDEPLAN¹⁰⁸.

Asumido el compromiso antes descrito, el Servicio reanudó su propio proceso de consulta y focalizó sus esfuerzos “[e]n interactuar con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que, de acuerdo a nuestra institucionalidad vigente, radica en el Consejo Nacional de la CONADI y en especial con la Comisión de Consulta creada al alero de dicho Consejo”¹⁰⁹. Tiempo después, y pese a

¹⁰⁸ Informe Final Proceso de consulta indígena sobre el Reglamento del SEIA, Guías de Procedimientos de Participación Ciudadana y de apoyo para la Evaluación de alternaciones significativas sobre pueblos originarios. Ministerio de Medio Ambiente Servicio de Evaluación Ambiental. Año 2012. Párr. 1.2, pág. 18.

¹⁰⁹ *Idem*.

los cuestionamientos de las organizaciones indígenas, el 28 de mayo de 2012, por medio del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, aprobó un borrador de nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA), el cual fue finalmente aprobado y publicado el 12 de agosto de 2013 como Decreto Supremo N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente.

De acuerdo a lo descrito por el SEA en el Informe Final Proceso de consulta indígena sobre el Reglamento del SEIA, este proceso consideró cinco etapas: (1) presentación, mejora y validación del plan de consulta; (2) información y difusión; (3) diálogo y recepción de observaciones y propuestas realizadas por el Servicio; (4) sistematización y ponderación; y (5) comunicación de resultados.

Como puede apreciarse, el proceso no pasó de ser instancias meramente informativas sobre los contenidos normativos del reglamento, y fue llevado a cabo sin la concurrencia de las organizaciones indígenas representativas. Consecuentemente, el reglamento propuesto fue tajantemente cuestionado por diversas organizaciones indígenas. Es más, el proceso de socialización de la propuesta de RSEIA también ha sido cuestionado por organismos internacionales de derechos humanos¹¹⁰.

(b) El contenido del Reglamento del SEIA en materia de consulta previa indígena

Respecto a los contenidos sustantivos del DS N° 40 de 2012, en lo que refiere a la consulta indígena, debemos consignar que son diversas las normas que no están de acuerdo a los estándares establecidos en el Convenio 169 de la OIT, según exponemos a continuación.

¹¹⁰ Cfr. CEACR. Informe Comité de Expertos de la OIT, 2013 y el informe del Relator Anaya “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”.

(i) La susceptibilidad de afectación en el RSEIA

El Convenio 169 de la OIT ordena que toda posible afectación que sea consecuencia de una medida administrativa o legislativa sea objeto de consulta previa, siempre y cuando esta sea directa. Sin embargo, el RSEIA restringe significativamente las circunstancias en las cuales procede la consulta. Hace esto a través de dos mecanismos.

El primero es la exclusión de los proyectos y actividades que ingresen al SEIA mediante Declaración de Impacto Ambiental (DIA). De hecho, conforme al artículo 85 del Reglamento, la Consulta Indígena procede únicamente respecto de (algunos) de los proyectos que ingresen SEIA, mediante Estudio de Impacto Ambiental (EIA).

Como es sabido, lo que determina el ingreso de un proyecto por uno u otro instrumento de gestión ambiental es la generación de los efectos enumerados en el artículo 11 de la Ley 19.300. Sin embargo, el Convenio 169 de la OIT no distingue entre medidas que produzcan o no tales efectos, ni considera la envergadura de los mismos para determinar la procedencia de la consulta. Por el contrario, dicho instrumento internacional establece que las mismas proceden “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”¹¹¹. Por lo tanto, el criterio rector es la posibilidad de afectación directa y no la gravedad o el tipo de la misma. Es más, el estándar internacional aplicable, cuando alude a la afectación directa grave lo hace no para excluir de la consulta las menos graves, sino que para elevar el estándar de consulta indígena a consentimiento previo, libre e informado¹¹².

¹¹¹ Art. 6.1.a. Convenio 169 de la OIT.

¹¹² Cfr. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007; e *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34*, 15 de julio de 2009.

De esta manera, el Reglamento impugnado limita la consulta previa a las medidas que generan afectación grave, avalando la evaluación de impacto ambiental sin consulta indígena de proyectos o actividades que podrían afectar directamente a los pueblos interesados. Esta exclusión queda reafirmada por el contenido del Reglamento de Consulta ya revisado, que en su artículo 7 establece que la afectación debe ser “significativa”. De esta manera se viola directamente el ya citado artículo 6 y el 7.3 del Convenio que establece que:

Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

El segundo mecanismo que el Reglamento utiliza para limitar las circunstancias de procedencia de la consulta indígena es a través de la exclusión de algunas de las circunstancias establecidas en el mencionado artículo 11 de la Ley 19.300. De hecho, conforme al título II del Reglamento, que reproduce lo señalado en la ley, los efectos, características o circunstancias que dan origen a la necesidad de presentar un EIA son: (a) riesgo para la salud de la población (art. 5); (b) efectos adversos significativos sobre recursos naturales renovables (art. 6); (c) reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de sus sistemas de vida o costumbres (art. 7); (d) localización y valor ambiental del territorio (art. 8); (e) valor paisajístico o turístico (art. 9); y (f) alteración del patrimonio cultural (art. 10). Sin embargo, conforme al artículo 85, no todas estas causales dan lugar a la consulta indígena, sino solo las de los artículos 7, 8 y 10.

En otras palabras, conforme al artículo en comentario, la susceptibilidad de afectación que desencadenan el proceso de consulta queda limitada a efectos significativos sobre:

Reasentamiento de comunidades humanas (art. 7);

Alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (art. 7);

Localización en o próxima en territorios indígenas y valor ambiental del territorio (art. 8); y

Cuando dicho proyecto represente una alteración del patrimonio cultural (art. 10).

De esta manera, el Reglamento restringe sustantivamente las circunstancias en que un proyecto o actividad requiere de consulta previa, abriendo la posibilidad para que actividades susceptibles de afectar a los pueblos interesados se aprueben sin ser debidamente consultados, al no estar descritos en las causales establecidas.

A continuación analizaremos las implicancias de las restricciones reglamentarias antes reseñadas.

La afectación de recursos naturales renovables y no renovables

El derecho internacional aplicable, y en particular el Convenio 169 de la OIT, protegen no solo las tierras indígenas en un sentido civilista de patrimonio inmobiliario, sino que también el territorio o hábitat de los mismos, lo cual incluye los recursos naturales presentes en el mismo. Tal como lo establece el artículo 15.1 del Convenio:

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.

Al excluir la causal del artículo 6 del RSEIA, se pretende disponer unilateralmente de los recursos naturales que pertenecen a los pueblos indígenas.

En relación con los recursos naturales no renovables, y en particular aquellos que pertenecan al Estado (vg. recursos mineros y geotérmicos), el Convenio establece expresamente en su artículo 15.2 la necesidad de,

[...] 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 actividades¹¹³.

Como puede apreciarse, el Convenio es explícito en señalar que aun respecto de recursos naturales de propiedad estatal, e incluso tratándose de programas de prospección, procede la consulta previa. Esto confirma que toda actividad o proyecto que afecte recursos naturales presentes en territorio indígena, independiente de su magnitud, debe ser consultado previamente. Es más, al incorporar el requerimiento de participación en los beneficios, el Convenio reconoce una forma de propiedad indígena concurrente sobre los recursos señalados.

De esta manera, cuando el Reglamento faculta a la autoridad estatal para que disponga de ambos tipos de recursos naturales (renovables y no renovables) en forma unilateral (vg. porque el proyecto es considerado de efectos moderados), violenta no solo el derecho de participación y consulta, sino también el de propiedad.

El derecho a fijar las prioridades de desarrollo

Conforme al artículo 7.1 del Convenio los pueblos indígenas tienen derecho a fijar sus propias prioridades de desarrollo, de la siguiente manera:

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 este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tie-

¹¹³ Énfasis añadido.

rras 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.

Si bien el artículo 7 letra a) del RSEIA establece que se considerará como alteración significativa a los sistemas de vida de los grupos afectados “[l]a intervención, uso o restricción al acceso de los recursos naturales utilizados como sustento económico del grupo o para cualquier otro uso tradicional, tales como uso medicinal, espiritual o cultural”, el artículo no considera la posible afectación de un proyecto sobre las posibilidades de decisión de los pueblos afectados sobre su futuro económico. Esto es particularmente importante, toda vez que, como es de conocimiento público, muchos de sus territorios han sido o pretenden ser objeto de proyectos de inversión que monopolizan la vocación productiva de los espacios geográficos en que se emplazan (vg. monocultivo forestal, gran minería).

(ii) Consulta Indígena

El nudo central de la consulta regulada en el Reglamento impugnado está en el artículo 85 del mismo. Conforme a este, la Consulta corresponde respecto de los proyectos o actividades que generen alguna de las características establecidas en los artículos 7, 8, y 10 del Reglamento, “en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas”. En este caso, el Servicio debe, “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”. Asimismo, debe garantizar la participación de los afectados

en la evaluación de las modificaciones que se hagan del EIA durante el proceso. El inciso segundo del artículo 85 agrega que “participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta”.

Como puede apreciarse, la norma no contempla un procedimiento específico para llevar a cabo las consultas pertinentes sino que se limita a reproducir en forma distorsionada el artículo 6 del Convenio 169. Ahora bien, conforme al artículo 8 del Reglamento de Consulta del DS N° 66 hace aplicables las etapas de consulta establecidas en su artículo 16 a las consultas relativas a RCA, esto es, (a) planificación; (b) información y difusión; (c) deliberación interna; (d) diálogo; y (e) sistematización, comunicación resultados y final. Por ello, damos por reproducido lo señalado en su oportunidad a este respecto.

Un aspecto reprochable del artículo 85, dice relación con la calificación de la finalidad de la consulta: “[n]o obstante, el no alcanzar dicha finalidad [llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento] no implica la afectación del derecho a la consulta”. Esta norma se funda en el lugar común de que la consulta previa no implica un derecho a veto. Sin embargo, como hemos visto en relación al Reglamento de Consulta, esto no significa que el Estado pueda decidir arbitrariamente las cuestiones que somete a consulta. El límite está en la obligación internacional de respetar y proteger los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, particularmente su integridad cultural y territorial, los cuales constituyen, en nuestro ordenamiento, un límite interno al ejercicio de la soberanía estatal. Al respecto, el Relator Anaya ha señalado que:

[...] si el Estado decidiera avanzar con una medida legislativa o administrativa sin un acuerdo, debería ser solamente después de haber cumplido con todos los requisitos procedimentales de la consulta, y solamente

con arreglos que aseguren que el proyecto no tuviese un impacto social, cultural o ambiental significativo sobre el pueblo indígena afectado y que hubiesen medidas para salvaguardar todos sus derechos, inclusive su derecho a sentar sus propias prioridades para el desarrollo¹¹⁴.

(iii) El traslado forzado

Como es sabido, el derecho internacional, particularmente el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, proscribe el desplazamiento forzoso de población indígena. En otras palabras, requiere del consentimiento libre, previo e informado de las comunidades afectadas y plena indemnización.

A este respecto, el Convenio establece que “los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan”¹¹⁵. Asimismo, señala que cuando el traslado y reubicación sean necesarios, se requerirá del consentimiento de los pueblos afectados. A continuación señala que, en caso de no obtenerse el consentimiento, el traslado “solo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados”¹¹⁶. Finalmente establece, a modo de compensación, el derecho al retorno cuando cesen las causas que motivaron el traslado, el derecho a que se les entreguen tierras “cuya calidad y cuyo estatuto

jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente” y el derecho a la indemnización de todo daño ¹¹⁷.

El alcance de la norma debe ser determinado conforme a las reglas de interpretación del derecho internacional, esto es, de buena fe y tomando en consideración, entre otros elementos, la literalidad de la norma, su contexto, el preámbulo del tratado y “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable”¹¹⁸.

En este sentido, tanto el texto del artículo como la interpretación contextual de la norma indican que la medida de traslado es de carácter excepcional y requiere del consentimiento de los afectados¹¹⁹. Esto por cuanto el Convenio se funda en la idea de integridad de los pueblos indígenas y reconoce su relación constitutiva con sus territorios, además de establecer la participación y la consulta como mecanismos centrales de protección¹²⁰. Por lo mismo, los casos excepcionales a los que hace referencia el Convenio y que permitirían el desplazamiento sin consentimiento previo, deben interpretarse restrictivamente. Así lo ha entendido la propia OIT, que ha ejemplificado la excepcionalidad de las mismas con casos de guerra o desastres naturales.

Sin embargo, el artículo 7 del RSEIA señala:

Quando excepcionalmente el traslado y la reubicación de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas se consideren necesarios, solo deberán efectuarse con su

¹¹⁴ ANAYA, James, 2010. Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo” aprobada por el Congreso de la República del Perú, 7 de julio de 2010, OACNUDH. Disponible en línea: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10194&LangID=S> [consultado el 27 de Enero de 2014].

¹¹⁵ Art. 16.1 del Convenio 169 de la OIT.

¹¹⁶ Art. 16.2 del Convenio 169 de la OIT.

¹¹⁷ Art. 16.3, 4 y 5 del Convenio 169 de la OIT.

¹¹⁸ Art. 31 Convención de Viena sobre Tratados.

¹¹⁹ Organización Internacional del Trabajo, 2009. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio número 169 de la OIT. Departamento de normas internacionales.

¹²⁰ Cfr. artículos 2, 5, 6, 7, 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT. Por su parte, la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas prohíbe, sin excepciones, el desplazamiento de los pueblos indígenas de sus territorios tradicionales sin su consentimiento (art. 11).

consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. *Cuando no pueda obtenerse su consentimiento y existan causas establecidas en la legislación vigente*, el traslado y la reubicación solo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que dichos grupos tengan la posibilidad de estar efectivamente representados¹²¹.

A primera vista pareciera que el Reglamento se limita a reproducir el contenido esencial del Convenio. Sin embargo, se remite a la ley sectorial para establecer bajo qué circunstancias el desplazamiento forzado de población indígena es aceptable. Como es sabido, diversas normativas sectoriales vigentes (vg. legislación eléctrica) permiten la expropiación de predios, las cuales han sido utilizadas en el pasado para trasladar a poblaciones indígenas sin su consentimiento previo, libre e informado (vg. Caso Ralco). De esta manera, el RSEIA vacía de contenido la proscripción internacional del traslado forzoso y vulneran la exigencia de consentimiento previo, libre e informado que impone el artículo 16 del Convenio 169.

(iv) La terminación anticipada

El artículo 36 del Reglamento otorga al Director correspondiente la facultad para poner término anticipado al procedimiento de evaluación ambiental en aquellos casos en que la información aportada es insuficiente y cuya omisión “no pudiere ser subsanada mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones”¹²².

En este ámbito de atribuciones, el artículo 86 del RSEIA establece que, en aquellos casos en que el proyecto o actividad “se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas” y el proponente indique

la no generación de los efectos que dan lugar a la consulta indígena, el Director respectivo realizará reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un período no superior a treinta días (veinte en casos de DIA) contados desde la declaración de admisibilidad del proyecto, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 36 del presente Reglamento. Asimismo, el Servicio debe generar un acta de cada una de las reuniones en donde se recogerán las opiniones de los referidos grupos.

Aquí, cabe recordar lo ya señalado respecto de la autoridad especial que tiene la opinión indígena en relación con la susceptibilidad de afectación de una medida. La necesidad del diálogo intercultural se justifica precisamente en la necesidad de visibilizar impactos que de otro modo permanecerían ocultos. Tal como ha señalado el Relator Anaya, de lo que se trata es de garantizar los derechos de los pueblos indígenas frente a cualquier “*decisión del Estado que pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad*”¹²³. Por ello, si una comunidad o pueblo afirma la necesidad de realizar consulta previa, la autoridad tiene un deber reforzado de justificación, el cual no puede entenderse satisfecho con una mera audiencia, como lo propone el Reglamento impugnado.

(v) Los derechos indígenas en la participación ciudadana

Cabe recordar que la consulta previa indígena es sin perjuicio de la participación de los mismos en las instancias generales de participación ciudadana contempladas en el procedimiento del SEIA. Esto se desprende del artículo 4.3 del Convenio 169 que establece que “[e]l goce

¹²¹ Énfasis añadido.

¹²² Una facultad análoga otorga el artículo 48 con relación a los proyectos ingresados al sistema por vía de DIA.

¹²³ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 63).

sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales”, lo cual ha sido recogido por el propio RSEIA, al incluir disposiciones especiales para la participación indígena en el marco de la participación ciudadana.

Por lo mismo, es necesario revisar si las disposiciones pertinentes cuentan con medidas adecuadas para garantizar la participación efectiva de las personas y organizaciones indígenas.

Mecanismos apropiados

La principal fórmula de participación ciudadana contemplada en el Reglamento analizado está establecida en los artículos 90 y 92 del mismo en relación con la evaluación de un EIA y 94, 95 y 96 en caso de una DIA. Dichas normas se refieren al derecho a formular observaciones por parte de la ciudadanía respecto del EIA y sus modificaciones sustantivas, sea a través de personas naturales o jurídicas. Para ejercer este derecho, los interesados deben hacer llegar sus observaciones por escrito en un plazo de sesenta días contados desde la última publicación del extracto. En caso de tratarse de personas jurídicas, la norma exige la acreditación de su personalidad jurídica y representación vigentes, vigencia que no podrá exceder de seis meses.

Como resulta evidente, el requisito de escrituración pasa por alto las particularidades de las formas de vida de los pueblos indígenas, las cuales podrían requerir de otros soportes (vg. grabación electromagnética, video) para registrar sus observaciones. Cabe recordar en este punto que el Convenio en su artículo 2.2.b requiere a los gobiernos la adopción de medidas “que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población”.

En relación con el requerimiento de acreditación de la personalidad jurídica y representación vigentes, estos constituyen una imposición de una forma gremial de organización incompatible con el estándar internacional. El derecho de los indígenas a participar en el proceso de evaluación ambiental se ejerce a través de sus organizaciones representativas, independientemente de su configuración jurídica, y no a través de estructuras impuestas por el propio Estado. El modo en que se cumple con esta obligación y se determina cuáles son dichas organizaciones es una cuestión que debe resolverse por medio de la autoidentificación y conforme a los mecanismos propios de los pueblos interesados, y no mediante la imposición de la estructura legal de la personalidad jurídica.

Lo señalado es plenamente aplicable al requisito de personalidad jurídica vigente para solicitar la participación ciudadana en relación con un proyecto ingresado vía DIA.

Avisos radiales

En el proceso de participación ciudadana, el Reglamento establece la publicación de un extracto del EIA presentado en un diario regional o nacional (art. 88). Como una forma de reconocer las particularidades de las formas de vida indígenas (especialmente el aislamiento de ciertas comunidades), el Reglamento dispone la emisión de al menos cinco avisos radiales en una emisora de alcance comunal en el área de influencia del proyecto, en cinco días distintos, dentro de los cinco días siguientes a la publicación del extracto. El mensaje debe ser visado por la autoridad y “deberá ser elaborado en un lenguaje sencillo, directo y de fácil comprensión para la comunidad”. Si bien se trata de una medida positiva, resulta insuficiente, toda vez que no contempla la necesidad de utilizar lengua indígena cuando corresponda.

III.-LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA EN CHILE EN MATERIA DE CONSULTA: UN LARGO Y COMPLEJO CAMINO

Hernando Silva

El proceso para la implementación judicial del Convenio 169 en materia de consulta ha sido un camino largo y complejo. La gran mayoría de los casos llevados ante instancias judiciales han tenido relación con la impugnación de Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA), medida administrativa que en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) autoriza la materialización de proyectos de inversión, las que en caso de que dichos proyectos generen alguna susceptibilidad de afectación a pueblos indígenas, deberían ser sometidas a un proceso de consulta indígena previa de acuerdo a lo establecido en el artículo 6 del Convenio 169. Como dicho proceso de consulta no fue realizado por el gobierno, se llevaron estos casos ante los Tribunales de Justicia por la vía de la acción constitucional de protección¹²⁴.

En un comienzo no existió mucha receptividad de parte de los Tribunales Superiores de Justicia respecto a la necesidad de implementación de procesos de consulta indígena frente a medidas administrativas que afectarían a los pueblos indígenas, pero con el transcurso del tiempo, fue generándose una mayor recepción de los casos de necesidad de implementar el derecho de consulta, lo que se vio manifestado en diversas sentencias tanto de las Cortes de Apelaciones, como de la Corte Suprema.

1.- Caso Piscicultura Palguín¹²⁵

A fines del año 2009 se llevó ante la Corte de Apelaciones de Temuco el primer recurso de protección que buscaba impugnar una RCA que calificó favorablemente una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) de la Piscicultura Palguín, la que se instalaría en un sector aledaño a diversas comunidades indígenas, por cuanto en la aprobación de este no se hizo la consulta establecida en el artículo 6 del Convenio 169. Dicho Recurso fue acogido en primera instancia por el citado tribunal, el que resolvió enfáticamente que al ser el Convenio un tratado de derechos humanos, y las normas sobre consulta y participación autoejecutables, estas eran fuente de derecho interno, y por tanto obligatorias para los órganos del Estado. Asimismo, en orden a refutar las alegaciones de la COREMA, se pronunció diciendo que el DS N° 124 de MIDEPLAN reglamentaba el artículo 34 de la ley 19.253 sobre Protección Fomento y Desarrollo de los Indígenas y no el artículo 6 del Convenio, que la RCA era una medida administrativa y que en el caso de un proyecto de inversión bastaba con que fuera susceptible de afectar a los pueblos indígenas, no que dicha afectación estuviese fehacientemente acreditada. Además, al analizar la afectación, la Corte implícitamente ocupa el concepto de **territorio**, pues considera que sus costumbres y vida diaria se verán afectadas ya que "viven en el sector donde se pretende realizar el proyecto" (C° NOVENO). En razón de lo anterior, la Corte acogió el recurso de protección por vulneración y amenaza de las garantías constitucionales de

¹²⁴ La acción constitucional de protección, recurso de protección, contemplada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República es una acción de amparo de algunas de las garantías constitucionales contempladas en el artículo 19 de la Constitución.

¹²⁵ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1705-2009, caratulado "Puelman Ñanco, Mariano y otro con Comisión Regional del Medio Ambiente".

la igualdad ante la ley y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, invalidando la RCA que calificaba favorablemente el proyecto.

En ese sentido la Corte de Temuco resolvió:

En este caso los actores, como comunidades indígenas son grupos socialmente vulnerables, por lo que el legislador ha establecido para ellos una discriminación positiva y autorizada por el ordenamiento, como son las Consultas aludidas, **luego si su participación en materias de esta índole no es a través de la consulta se ve lesionada su igualdad ante la ley pues se le está tratando igual a la demás población y ellos deben ser tratados de forma diferente como lo señala el convenio citado.** (C° UNDÉCIMO)¹²⁶.

La Corte Suprema¹²⁷ no acogió dicha argumentación, y revocó la sentencia de primera instancia señalando que el mero hecho que el proyecto haya ingresado por vía DIA era suficiente para acreditar que no existía afectación a las comunidades indígenas aledañas, y que por tanto no correspondía realizar una consulta, lo que implicó un retroceso en la implementación del derecho de consulta indígena en Chile.

2.- Caso del Ducto al Mar de CELCO en la Bahía de Mehuín¹²⁸

El 2010, 11 comunidades lafkenches del sector de Mehuín y Missisipi presentaron un recurso de protección en contra de la Comisión Regional de Medio Ambiente (COREMA) de la Región de Los Ríos, el que impugnaba la RCA que calificaba favorablemente el EIA presentado por la empresa CELCO S.A., y la autorizaba para construir un ducto de descarga de Residuos Industriales Líquidos (RILes) de la planta de ce-

lulosa Valdivia por la bahía de Maiquillahue. Las ilegalidades denunciadas por los recurrentes fueron, que no se hizo la consulta en los términos del Convenio 169 de la OIT y que tampoco se consideró como impacto ambiental la dimensión antropológica, específicamente en lo que refiere al uso consuetudinario del mar que hacen estas comunidades. Cabe consignar que en la evaluación ambiental la CONADI no dio su aprobación al proyecto. En este escenario, las comunidades afectadas interpusieron un recurso de protección argumentando que la resolución impugnada conculcaba las garantías constitucionales de igualdad ante la ley (19 N° 2); el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (19 N° 8); la libertad religiosa (19 N° 6), ya que el ducto atravesaba sitios ceremoniales; y el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica (19 N° 21), por la afectación a su derecho a desarrollarse según sus prácticas ancestrales.

La Corte de Apelaciones de Valdivia rechazó el recurso señalando que la consulta del Convenio 169 no procedía en la causa. El fallo se fundamenta en el DS N° 124 de MIDEPLAN, que reglamentaba el artículo 34 de la ley indígena. Primero señalando que, como el DS era el que regulaba la consulta y este había entrado en vigencia el 25 de septiembre de 2009, no se aplicaba al proyecto en cuestión, puesto que este fue presentado al SEIA en enero del 2009. Asimismo, y también argumentando en virtud del DS N° 124, señala que la consulta del Convenio se aplica a "medidas administrativas" y no a los "actos administrativos"; concluyendo que dado que la RCA es un "acto administrativo", la consulta sería improcedente. Cabe señalar que esta ha sido la única sentencia en donde se ha invocado el DS N° 124 como reglamento que rige para la consulta del Convenio.

La Corte Suprema¹²⁹ confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia referida en el párrafo precedente, pero eliminó los considerandos en donde se hacía referencia

¹²⁶ Destacado del autor.

¹²⁷ Corte Suprema. Rol: 1525-2010.

¹²⁸ Corte de apelaciones de Valdivia, Rol 148-2010, caratulado "Javier Nahuelpan y otros C/ COREMA XIV Región".

¹²⁹ Corte Suprema. Rol: 4078-2010.

al DS Nº 124. Con ello, borra el único vestigio jurisprudencial favorable a aplicar el Reglamento que regula el artículo 34 de la ley indígena como marco regulatorio aplicable a la consulta indígena establecida por el Convenio 169. Acto seguido, a partir de un análisis de diversos artículos del Convenio –dentro de los cuales no menciona el artículo 6, precisamente el que contiene la obligación de consulta–, la mayoría de la Corte establece que se debe compatibilizar la normativa interna con las obligaciones impuestas por el Convenio. De esta forma, la Corte llega a la conclusión de que la consulta del Convenio ya se encuentra incorporada a la legislación nacional a partir de las normas de Participación Ciudadana de la ley 19.300, subordinando las normas del Convenio 169 a la ley ambiental. El fallo fue adoptado con un 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. Por ende, el mismo expediente no da cuenta de que se haya tomado en cuenta adecuadamente la diferencia étnica de las comunidades, deviniendo el acto administrativo en carencia de fundamentación, ilegalidad que vulnera la garantía constitucional de la igualdad ante la Ley. A continuación se transcribe su voto de disidencia:

1. Todo proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios o indígenas supone que sea ejecutado desde la particularidad, esto es, considerando que la adecuación ha de hacerse en dirección a ella, porque de obrarse de modo distinto no llegaría a considerar los intereses de tales minorías. Ello ha de ser así porque es claro que las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. Esto es, ha de tratarse de resoluciones especiales, distintas de

las que normalmente son acordadas para ámbitos sociales marcadamente diferentes. Tal característica de la medida, entonces, muy probablemente no será lograda de no obrarse de la manera referida;

2. Para asegurar lo anterior, el artículo 4º del Convenio nombrado previene la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas. Tal modalidad no implica sujetar la decisión de estos asuntos solo al parecer de las minorías étnicas afectadas, ni menos limitar la potestad de administrar a las autoridades públicas sino, únicamente, buscar un procedimiento que otorgue posibilidades de entendimiento, de acuerdos que integren y no excluyan. Informar no constituye un acto de consulta, porque cuando solo se entregan antecedentes quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión. Por ello es que este diálogo ha de tenerse de buena fe, con la intención de alcanzar acuerdo, de abandonar posiciones propias con el propósito de lograr otras, que surjan consensuadas. Necesariamente debe hacerse a través de organismos representativos y libremente;
3. Tal proceder no es el que se reseña en el motivo décimo del fallo de la mayoría, porque no se encuentran acreditadas las condiciones que se acaban de indicar, toda vez que de los antecedentes recogidos no deriva que el proceso ambiental haya considerado elementos de análisis propios de la realidad por la que se reclama;
4. Así las cosas, la decisión atacada incumple el deber general de fundamentación de los actos administrativos, porque no es consecuencia de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta aquellos elementos para el razonamiento y justificación que esta particular autorización requiere. Tal carencia torna arbitraria la decisión y lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio previene, niega trato de iguales a las comunidades indígenas reclamantes, porque la omisión implica no igualar para los efectos de resolver.

3.- Caso aeropuerto Quepe¹³⁰

También en el año 2010, un conjunto de comunidades indígenas de la comuna de Freire presentó un recurso de protección contra un decreto del Ministerio de Obras Públicas que adjudicó contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada "Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía", cuyo objetivo es la construcción y operación de un nuevo aeropuerto para dicha región, en reemplazo del actual aeródromo Maquehue. El proyecto se emplaza sobre tierras que tradicionalmente han sido utilizadas por comunidades mapuche y que actualmente se encuentran en proceso de reivindicación. Además existen sitios de significación cultural, étnica, religiosa y ceremonial indígena en el área de influencia del proyecto, todo lo cual ameritaba la realización de la consulta a los pueblos indígenas que pudiesen verse afectados por dicho proyecto, lo que no se hizo. Las comunidades afectadas presentaron un recurso de protección y solicitaron que se paralizara el proyecto mientras se resolvía el recurso, mediante una Orden de No innovar (ONI). La Corte de Apelaciones de Santiago acogió la ONI pedida por las comunidades, por considerar que sus reclamaciones tenían fundamentos plausibles que justificaban la paralización temporal del proyecto. Sin embargo, la Corte rechazó el recurso, estableciendo que por medio del procedimiento de participación ciudadana de la Ley 19.300 que se había realizado en el caso, se entendía cumplida la obligación de consulta del Convenio 169 de la OIT. Cabe destacar que la sentencia contaba con el voto de minoría de la ministra Gloria Chaimovic, en el cual se establecía, del mismo modo que según consigamos *supra* estableció en su voto de minoría el ministro Brito, la diferencia entre ambos procesos y que por lo mismo procedía la consulta en los términos del Convenio.

¹³⁰ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 1794-2010, caratulado "Reyes Alcamán, Iván y otros con Ministerio de Obras Públicas".

La Corte Suprema confirmó la sentencia apelada. Sin embargo, al hacerlo lo hizo eliminando los fundamentos referidos a la equiparación entre la participación ambiental y la consulta, argumentando en cambio que a la fecha en que se realizó la participación ciudadana, el Convenio 169 no había entrado en vigencia. En este caso, también el ministro Brito se pronunció a favor de acoger el recurso. Ello 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 hace la contemplada en la legislación ambiental. Por ende, el mismo expediente no da cuenta de que se haya considerado adecuadamente la diferencia étnica de las comunidades, deviniendo el acto administrativo en carencia de fundamentación, ilegalidad que vulnera la garantía constitucional de la igualdad ante la Ley. En este caso el voto de disidencia es bastante similar al del caso del ducto de Mehuín, transcrito anteriormente.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Brito, quien fue de parecer de revocar la sentencia impugnada y de hacer lugar al recurso de protección, ordenando dejar sin efecto el decreto de adjudicación N° 121 del Ministerio de Obras Públicas con el objeto que previamente se realice el proceso de consulta que previene el numeral 1° del artículo 6 del Convenio N°169 de la OIT, según se pasa a señalar:

1.- Todo proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios o indígenas supone que sea ejecutado desde la particularidad, esto es, considerando que la adecuación ha de hacerse en dirección a ella, porque de obrarse de modo distinto no llegaría a considerar los intereses de tales minorías. Ello ha de ser así porque es claro que las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. Esto es, ha de tratarse de resoluciones especiales, dis-

tintas de las que normalmente son acordadas para ámbitos sociales marcadamente diferentes. Tal característica de la medida, entonces, muy probablemente no será lograda de no obrarse de la manera referida.

2.- Para asegurar lo anterior, el artículo 4° del Convenio nombrado previene la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas. Tal modalidad no implica sujetar la decisión de estos asuntos solo al parecer de las minorías étnicas afectadas, ni menos limitar la potestad de administrar a las autoridades públicas sino, únicamente, buscar un procedimiento que otorgue posibilidades de entendimiento, de acuerdos que integren y no excluyan.

Informar no constituye un acto de consulta, porque cuando solo se entregan antecedentes quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión. Por ello es que este diálogo ha de tenerse de buena fe, con la intención de alcanzar acuerdo, de abandonar posiciones propias con el propósito de lograr otras, que surjan consensuadas. Necesariamente debe hacerse a través de organismos representativos y libremente.

3.- Así las cosas, la decisión atacada debió dar cumplimiento al referido Convenio, por cuanto al momento de su dictación este se encontraba vigente y por ello el disidente estima que se incumple el deber general de fundamentación de los actos administrativos, porque no es consecuencia de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta aquellos elementos para el razonamiento y justificación que esta particular autorización requiere. Tal carencia torna arbitraria la decisión y lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio previene, niega trato de iguales a las comunidades indígenas reclamantes, porque la omisión implica ¿no igualar? para los efectos de resolver.

4.- Caso Planta de transferencia de basura de Puquiñe¹³¹

También en 2010, la Comunidad Indígena Puquiñe, representada por su Presidenta y agricultores del sector de Lanco, presentaron un recurso de protección en contra de la COREMA de la Región de Los Ríos, impugnando la RCA que calificaba favorablemente una DIA presentada por la Municipalidad de Lanco, autorizando la construcción de una estación de transferencia de residuos sólidos domiciliarios cuya operación contempla la recepción y traslado de dichos residuos, generados en las comunas de Lanco y Panguipulli, para ser dispuestos finalmente en el futuro Relleno Sanitario de Morrumpulli, en la comuna de Valdivia, específicamente en el sector de Las Quemas, en el kilómetro 14,8 del camino que une las localidades de Lanco y Panguipulli. Las razones para recurrir de protección obedecen a que se afectaba a comunidades indígenas aledañas al proyecto, por lo que debía haber sido ingresado como EIA y haberse procedido a la consulta indígena en los términos del artículo 6 del Convenio 169, infracciones todas que repercuten en la violación del referido artículo y de las garantías constitucionales del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (19 N° 8 de la CPR), a la igualdad ante la ley (19 N° 2), y el derecho a la vida y a la integridad física y síquica (artículo 19 N° 1). La COREMA, a su turno, se defendió argumentando que ninguno de los organismos sectoriales habría especificado la necesidad de recurrir a un EIA por la afectaciones a las comunidades indígenas, y que la consulta del artículo 6 del Convenio estaba reglamentada por el DS N° 124, lo que la hacía improcedente en el proceso de adopción de la RCA.

La Corte de Apelaciones de Valdivia acogió el recurso, tras examinar detenidamente el expediente ambiental, para concluir que efectivamente el proyecto de la Municipalidad de Lanco representaba una afectación tanto

¹³¹ Corte de apelaciones de Valdivia. Rol 243-2010, caratulado "Faumelisa Manquepillán y otros C/ COREMA XIV Región".

a la salud como al medio ambiente de las comunidades. Por ende, junto con pronunciarse respecto de la aplicabilidad de la consulta en los términos del Convenio 169, cita el artículo 25 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación a la vinculación especial que tienen estos pueblos con el medio ambiente que los rodea. Por lo expuesto, determinó que la RCA era ilegal, invalidándola por contravenir las garantías constitucionales del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (19 N° 8) y el derecho a la vida, a la integridad física y síquica (19 N° 1).

Este fallo tiene la particularidad de ser el que generó el primer vuelco jurisprudencial a favor de la obligatoriedad de la realización del proceso de consulta. En él la Corte Suprema¹³² si bien elimina el considerando relativo al artículo 25 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, sí confirma la sentencia de Valdivia, invalidando la RCA. Se argumenta que en el caso se requiere un EIA para la evaluación ambiental del proyecto y no una DIA por lo que el procedimiento y, consecuentemente la RCA debe ser invalidada, pues se trata de una actividad que podía provocar riesgo a la salud, lo que implica una vulneración al artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República. Asimismo, manifiesta:

Que lo anterior importa que en este caso la autoridad administrativa debió considerar el procedimiento de participación ciudadana de los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300, contemplando además los estándares del Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. (C° TERCERO).

En este sentido la Corte resolvió:

[...] No cabe duda que existe una vinculación de las comunidades indígenas del sector donde se emplazará el proyecto con el medio ambiente que lo rodea, por lo que

es atinente en la especie lo que señala la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que en su artículo 25 contempla el derecho de los pueblos indígenas a "mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma (C° CUARTO).

5.- Caso Cerro Colo Colo¹³³

Las autoridades de la Comunidad Indígena Chilcoco, de la comuna de Arauco, interpusieron recurso de protección en contra de la Municipalidad de Arauco y su Concejo Municipal por la tala y explotación de un bosque ubicado en el cerro Colo Colo, lugar tradicional y de especial significación cultural para las comunidades mapuche del sector. Entre las garantías vulneradas, además de los numerales 1, 2 y 8 del artículo 19 de la Constitución Política, reclaman la establecida en el número 6, esto es, la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos. Los recurridos, sin controvertir la importancia del lugar, esgrimen que la tala de los árboles se debió a motivos de seguridad y prevención luego de los movimientos telúricos que habían afectado a la región. Reconocen a su vez el deber de la consulta en los términos del artículo 6 del Convenio, pero se excusan en su realización por motivos de tiempo y recursos.

La Corte de Apelaciones de Concepción acogió el recurso reafirmando el carácter de Ley de la República que tiene el Convenio, lo que deriva en la obligación de los órganos del Estado de reconocer la importancia vital que tienen para los pueblos indígenas sus tierras y territorios (art. 13) y el deber de consultarlos de acuerdo a

¹³² Corte Suprema. Rol: 6062-2010.

¹³³ Corte de Apelaciones de Concepción. Rol 289-2010, caratulado "Presidente de la Comunidad Indígena Chilcoco y otro contra I. Municipalidad de Arauco y Concejo Municipal".

los términos del Convenio (art. 6). Por lo mismo, desestima las excusas de la municipalidad en orden a que no habría habido tiempo para realizarlas, y que las comunidades a las que se debía consultar eran muchas. Lo que se debía hacer, estima la Corte, era compatibilizar el debido respeto a los símbolos indígenas y la seguridad de los habitantes de la comuna. En conclusión, estima que el acto es arbitrario e ilegal por contravenir los artículos 6 y 13 del Convenio, vulnerándose así el derecho a la integridad síquica de los recurrentes, en el sentido de que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural conduciría a una sensación de falta de respeto a su identidad social, a sus costumbres y tradiciones. Visto lo anterior, se acoge el recurso contra la Municipalidad de Arauco, estimando que esta deberá consultar a la comunidad indígena recurrente, en forma previa a continuar los trabajos de intervención al cerro Colo Colo.

El principal considerando de la sentencia establece:

Que es indudable que el proceder de la recurrida, l. Municipalidad de Arauco, ha vulnerado el derecho a la integridad síquica de los recurrentes, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural conduce a una sensación de falta de respeto a su identidad social, a sus costumbres y tradiciones, así como a la conservación de las características propias de su etnia, produciendo naturalmente desazón y gran preocupación, que llevan a concluir que se ha conculcado la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 1, de la Constitución Política de la República. (C° DUODÉCIMO).

Cabe mencionar que dicha sentencia no fue apelada ante la Corte Suprema.

6.- Caso Plano Regulador San Pedro de Atacama¹³⁴

Este caso se inició con un recurso de protección presentado por las comunidades atacameñas de Toconao, Socaire y el Consejo de Pueblos Atacameños, por medio del cual se impugna la aprobación inconsulta de modificación al Plan Regulador de San Pedro de Atacama, reclamando además que su calificación ambiental debió hacerse a través de un EIA y no por una DIA.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta rechazó el recurso argumentando, por un lado, que la COREMA había realizado instancias de sociabilización entre las comunidades, por lo que entendía cumplido el deber de consulta del artículo 6 del Convenio 169, y, por otro lado, que la autoridad ambiental había determinado además que no había afectación que hiciese necesario un EIA, de acuerdo lo establecido por la ley.

La Corte Suprema revocó la sentencia de primera instancia, invalidando la RCA favorable a la modificación del Plan Regulador de San Pedro, estimando que era ilegal por falta de consulta y por vulnerar la igualdad ante la ley. Específica, además, reiterando la jurisprudencia de "Faumelisa Manquepillán y otros C/ COREMA XIV Región", que se debe realizar un EIA en donde la participación ciudadana deberá ajustarse a los términos del Convenio 169. Asimismo, dicha sentencia ahonda en los contenidos del derecho a la consulta, definiéndose por primera vez en una sentencia los contenidos que deben ser considerados en la aplicación de la consulta. En este sentido, la sentencia manifiesta que la carencia de procesos de consulta frente a la dictación de medidas administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas torna ilegal la decisión, al faltar al deber de consulta que debía acatar la autoridad por imperativo legal, lo que lesiona la garantía de

¹³⁴ Corte de Apelaciones de Antofagasta. Rol: 782-2010, caratulado "Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños con Comisión Regional del Medio Ambiente Región Antofagasta".

igualdad ante la ley pues al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas, omisión que implica “no igualar” para los efectos de resolver:

Que conviene dejar consignado que el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible. De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados. (C° QUINTO).

Argumenta luego que la mera entrega de información (como son las reuniones de sociabilización que contempla el SEIA) no constituye consulta, por cuanto los afectados no pueden influir en la toma de las decisiones que les afectan, en los siguientes términos:

Desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues estos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados, cuya gestación, en la especie, habría tenido en miras la protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad. Es decir, la autoridad administrativa recurrida aspira a allanar las dificultades que están experimentando las comunidades indígenas atacameñas provocadas por las nuevas condiciones de vida y de trabajo que les impone el vertiginoso desarrollo del

área geográfica de San Pedro de Atacama, prescindiendo de la participación y cooperación de estas. En otras palabras, es posible constatar que se ha optado para la elaboración de un instrumento de planificación territorial que atañe a toda una cultura indígena, sin atender a elementos de análisis propios de la realidad por la que se reclama, como son su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones. (C° OCTAVO)¹³⁵.

Concluye sentenciando:

Que tal proceder deviene en que la Resolución de Calificación Ambiental 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 las aspiraciones y formas de vidas 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, lo que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas, puesto que la omisión implica no igualar para los efectos de resolver.** (CONSIDERANDO NOVENO). Continúa: “Que por lo anteriormente expuesto, esta Corte brindará la cautela requerida, en razón que para la aprobación de la modificación del Plan Regulador de San Pedro de Atacama, era necesario un Estudio de Impacto Ambiental que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, **que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio N° 169 contempla, lo cual permitirá asegurar el derecho antes aludido**¹³⁶.

¹³⁵ Destacado del autor.

¹³⁶ Destacado del autor.

7.- Caso Sondeos de Prospección Minera Paguanta¹³⁷

En el año 2011, el Consejero del Área de Desarrollo Indígena Jiwasa Orage Sr. Marcelo Condore, en representación de comuneros de la Quebrada de Tarapacá, presentó un recurso de protección en contra de la Comisión de Evaluación de la I Región de Tarapacá, que calificó favorablemente el proyecto "Sondajes de Prospección Paguanta", emplazado en el Área de Desarrollo Indígena "Jiwasa Orage", el que genera una seria afectación al sistema de vida de las comunidades aymara que habitan en el territorio. Por medio del referido recurso se impugna la aprobación inconsulta de la RCA del proyecto, reclamando además que su calificación ambiental debió hacerse a través de un EIA y no por una DIA.

La Corte de Apelaciones de Iquique acogió el recurso, reafirmando que el derecho a consulta es un mecanismo de participación que les asegura a los pueblos indígenas el ejercicio del derecho esencial de todos los integrantes de la comunidad nacional de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible, replicando además los argumentos esgrimidos en la sentencia del caso del Plano Regulador de San Pedro de Atacama. Dicha Sentencia fue ratificada por la Corte Suprema¹³⁸, siendo sus principales considerandos los siguientes:

Que conviene dejar consignado que el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es

el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible.

De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados. (C° QUINTO).

Que tal proceder deviene en que la Resolución de Calificación Ambiental 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 las aspiraciones y formas de vidas 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, lo que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas. (C° DÉCIMO).

8.- Caso Parque Eólico Chiloé¹³⁹

También en el año 2011, la Comunidad mapuche-huilliche Antu Lafquen de Huentetique presentó un recurso de protección en contra de la COREMA Región de Los Lagos por la RCA que calificó favorablemente el proyecto "Parque Eólico Chiloé", proyecto que afecta a poblaciones, recursos y áreas protegidas, ya que los terrenos que se pretenden intervenir se encuentran próximos al asentamiento de comunidades indígenas huilliche, área declarada además zona o centro de interés turístico

¹³⁷ Corte de Apelaciones de Iquique. Rol: 472-2011, caratulado "MARCELO CONDORE VILCA CONSEJERO TERRITORIAL ALTO TARAPACÁ Y OTROS CONTRA DIRECTORA SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL PRIMERA REGIÓN DE TARAPACÁ".

¹³⁸ Corte Suprema. Rol: Rol 11.040- 2011.

¹³⁹ Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Rol: 239-2011, caratulado "COMUNIDAD INDÍGENA ANTU LAFQUEN DE HUENTETIQUE CONTRA COMISIÓN REGIONAL DEL MEDIO AMBIENTE REGIÓN DE LOS LAGOS".

nacional, y con existencia de monumentos históricos y zonas típicas ubicadas dentro del área de influencia del proyecto. Todos estos elementos son suficientes para que el proyecto fuese evaluado por vía de EIA, y no DIA, como lo fue en definitiva. Debiendo también, producto de las afectaciones que genera el proyecto para el pueblo huilliche, someter la RCA del proyecto a un proceso de consulta en los términos del Convenio 169 de la OIT.

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt acogió el recurso en términos bastante similares a los establecido en el caso "Sondeos de Prospección Minera Paguanta", analizado *supra*, reafirmando que el derecho a consulta es un mecanismo de participación que les asegura a los pueblos indígenas el ejercicio del derecho esencial de todos los integrantes de la comunidad nacional de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible. Dicha Sentencia fue ratificada por la Corte Suprema¹⁴⁰, siendo sus principales considerandos los siguientes:

Que conviene dejar consignado que el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible.

De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados. (C° QUINTO).

Que tal proceder deviene en que la Resolución de Calificación Ambiental 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 las opiniones respecto de la utilización de las tierras indígenas de las comunidades originarias interesadas.

Tal carencia torna ilegal la decisión al faltar a un deber de consulta que correspondía acatar la autoridad por imperativo legal, proceder que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas. (C° NOVENO).

9.- Caso Minera El Morro¹⁴¹

La Comunidad Agrícola Diaguita Huascoaltinos interpuso en el año 2011 un recurso de protección en contra de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama, producto de la RCA que calificó favorablemente el proyecto "Estudio de Impacto Ambiental Proyecto El Morro". Dicho proyecto de explotación minera se emplaza en el sector El Morro, en la cuenca de las quebradas Larga y Piuquenes, ambas tributarias de la cuenca del río Cazadero, el cual confluye al río Conay, territorio de la Comunidad Agrícola Diaguita Huascoaltinos. Amenazando con ello la calidad y cantidad de los recursos hídricos que nutren su hábitat, lo que implica a su vez una seria amenaza para sus sistemas productivos. Mediante el recurso se buscó que se dejara sin efecto dicha resolución y se ordenara la realización de un nuevo Estudio de Impacto Ambiental que asegure la participación de la comunidad diaguita agrícola, reconociéndoseles sus derechos territoriales, culturales, y de participación y consulta consagrados en el Convenio 169 de la OIT.

¹⁴⁰ Corte Suprema. Rol: Rol 10.090- 2011.

¹⁴¹ Corte de Apelaciones de Antofagasta. Rol: 618-2011, caratulados "Comunidad Agrícola de los Diaguitas Huascoaltinos con Comisión de Evaluación de Atacama".

La Corte de Apelaciones de Antofagasta acogió el recurso, dictando la primera sentencia que deja sin efecto la RCA de un proyecto tramitado por vía de EIA al no haberse realizado un proceso de consulta indígena, fallo que además reconoció los derechos territoriales de los recurrentes. Dicha sentencia fue ratificada por la Corte Suprema¹⁴², siendo sus principales considerandos los siguientes:

Que además de la legislación nacional, en armonía con la Ley 19.253, rige en Chile el Convenio 169 de la O.I.T. sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, normativa vigente a la luz de lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución Política de la República y 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (promulgado en el *Diario Oficial* del 29 de abril de 1989, mediante Decreto N° 778 del 30 de noviembre de 1976) cuyo artículo 6° exige a los gobiernos consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados e instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o **administrativas** susceptibles de afectar directamente a estas personas, debiendo establecerse los medios, a través de los cuales los pueblos indígenas y tribales interesados puedan participar libremente, precisándose en su artículo 7° que estos pueblos deben tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida que este 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, debiendo participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional, susceptibles de afectarles directamente y en lo referente a la utilización de recursos naturales y propiedades mineras.

Su artículo 15 ordena una protección especial como derecho de estos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos, debiendo consultarse a los interesados para determinar si los intereses de estos pueblos son perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación podrían dañarse. Se estatuye que en este sentido "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". Asimismo, los artículos 26 y 27 del Pacto establece que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a similar protección, debiendo los Estados respetar las minorías étnicas para tener su propia cultura, profesar y practicar su propia religión y emplear su propio idioma. Por lo demás, la aplicación de estas normas ha sido aceptada por la Excelentísima Corte Suprema en sentencia dictada en causa Rol 2683-2010 dictada a propósito de un recurso de casación acogido el 11 de enero del presente año. (C° DÉCIMO)¹⁴³.

Como comentario final de este acápite¹⁴⁴, cabe consignar que la implementación de estos fallos no ha sido satisfactoria. La autoridad ambiental ha excluido de la consulta a las comunidades recurrentes en los fallos citados *supra*, siendo un caso paradigmático a este respecto el caso Paguanta, Corte Suprema Causa Rol 11.040/2011, autos Marcelo Condore y otros con Comisión Regional del Medio Ambiente Región Tarapacá, 30 de marzo de 2012. Mediante las resoluciones exentas N° 148 y 150 del mes de diciembre del año 2013, la autoridad convocó al proceso de consulta exigido por el máximo tribunal de la República. Sin embargo, en esta ha convocado exclusivamente a la comunidad de

¹⁴² Corte Suprema. Rol: 2211-2012.

¹⁴³ Destacado del autor.

¹⁴⁴ Colaboración de Nancy Yáñez.

Cultane, aplicando un criterio extremadamente estrecho para establecer qué comunidades son susceptibles de verse afectada por la exploración minera propuesta, el que por lo demás no ha considerado a quienes obtuvieron amparo judicial para ejercer el derecho de consulta conculcado. En este punto, conviene tener presente que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia citada *supra* fundamentó su decisión de dejar sin efecto la mencionada RCA, no solo en que el proyecto se encontraba cercano a la comunidad aymara de Cultane, sino también y sobre todo “en la existencia del Área de Desarrollo Indígena ‘Jiwasa Orage’”. Además, hay que recordar que conforme al Convenio 169 de la OIT, el criterio para determinar cuándo y a quién consultar es la susceptibilidad de afectación directa. La Comisión de Evaluación Ambiental de la región de Tarapacá el 27 de marzo de 2014, rechazó el Estudio de Impacto Ambiental presentado por la empresa minera Paguanta S.A. por incumplimiento al deber de consulta, revirtiendo la decisión del Director del SEA. La empresa apeló a la Comisión de Ministros la que acogió el recurso formulado por la empresa y, finalmente, dio luz verde al proyecto sin consulta a las comunidades afectadas, la resolución no ha sido notificada a las organizaciones indígenas.

En el caso del proyecto minero El Morro, la autoridad ambiental decidió suspender unilateralmente la consulta indígena argumentando que la organización indígena, Comunidad Agrícola Diaguita de los Huascoalinos (CADHA), actuó de mala fe lo que se deduciría de la demora injustificada de la CADHA para aprobar el procedimiento de consulta propuesto por el gobierno. En base a esta convicción la autoridad procedió a dictar la RCA N° 232, de fecha 22 de octubre de 2013, emanada de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama, que proveyó de la licencia ambiental al proyecto sin efectuar la consulta

previa, libre e informada. El caso está pendiente de resolución ante la Corte Suprema¹⁴⁵.

En fallos recientes, la Corte Suprema ha determinado que la ilegalidad por falta de consulta de la RCA que provee autorización ambiental a un proyecto sometido al SEIA es de competencia de los Tribunales Ambientales y no debe ser materia de recurso de protección constitucional. En el fallo¹⁴⁶ se establece que “si los reclamantes han pedido que esta Corte invalide una resolución de calificación ambiental dictada por la autoridad técnica competente aduciendo que adolece de vicios de legalidad en su otorgamiento, tal pretensión, por sus características, debe ser resuelta en sede de la nueva institucionalidad”, al referirse a los Tribunales Ambientales, “llamados a conocer de las controversias medioambientales sometidas a su competencia, dentro de las cuales se encuentra –por cierto– la solicitud de invalidación de una resolución de calificación ambiental”, argumenta la resolución de la Corte. Cabe recordar que con fecha 25 de noviembre de 2013 la Corte de Apelaciones de Arica falló unánimemente (Rol 182-2013), anulando la RCA que aprobó el proyecto Los Pumas, una vez que acogió el recurso de protección presentado por organizaciones indígena y organizaciones de usuarios de aguas en contra del SEA y de la Comisión de Evaluación Ambiental.

¹⁴⁵ Recurso de Apelación en causa Comunidad Agrícola Diaguita Huascoalinos contra Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama, Rol 437-2013, autos acumulados en Rol 436-2013, Corte Suprema, causa Rol N° 11.299-2014.

¹⁴⁶ Corte Suprema, rol 17120-2013, considerando 5°.

IV. LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO COMPARADO

Por José Aylwin

Producto de la movilización de los pueblos indígenas en demanda por el reconocimiento de su estatus como pueblos y de los derechos colectivos que les son inherentes, así como de la evolución del derecho internacional antes referida en este trabajo, el derecho de estos pueblos a ser consultados, y a que en ciertas circunstancias le sea obtenido su consentimiento libre, previo e informado, antes de adoptarse decisiones o medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, reconocido tanto por el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante Convenio 169) como por la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante DNUDPI), ha tenido importante desarrollo en el derecho comparado.

En esta sección daremos cuenta de la recepción de este derecho en los ordenamientos jurídicos de los estados de América Latina. También analizaremos su recepción en otros contextos geográficos donde este derecho ha tenido desarrollo, como es en los casos de Canadá, Noruega y Nueva Zelanda.

1.- América Latina

América Latina ha sido la región del planeta en que el derecho a la consulta de los pueblos indígenas ha tenido mayor desarrollo jurídico y político. Ello no resulta casual, teniendo presente la demografía indígena de la región, cercana al 10% de la población total, y a que se trata de la región con mayor número de estados que han ratificado el Convenio 169 de la OIT –15 del total de 22–. También teniendo presente que todos los estados aprobaron el 2007, o han adherido posteriormente¹⁴⁷, a la DNUDPI.

¹⁴⁷ Es el caso de Colombia, que adhirió a la DNUPI el 2010.

Debe destacarse, además, que América Latina es la región en que se registra mayor nivel de desarrollo constitucional y legal de los derechos de pueblos indígenas a nivel global. En efecto, a través de diversos ciclos, y a contar de la década de los ochenta, la casi totalidad de los estados que cuentan con población indígena, a excepción de Chile y Costa Rica, han reconocido a estos pueblos, así como sus derechos políticos –entre ellos los derechos de participación, consulta, el consentimiento previo, libre e informado (CPLI) y la autonomía– y los derechos territoriales y culturales, en sus constituciones políticas (Yrigoyen, 2011). La implementación efectiva de estos derechos, como sabemos, sigue siendo un desafío pendiente en la mayor parte de los estados de la región. A continuación analizaremos los casos en que este derecho ha tenido mayor desarrollo jurídico y político a nivel regional.

1.1.- Bolivia

En el caso de Bolivia, un país cuya demografía indígena alcanza al 62% de la población (Stavenhagen, 2008), los derechos de los pueblos indígenas fueron desarrollados extensamente en la Constitución Política (CP) aprobada por referéndum el 2009. Dicha CP, junto con cuestionar el concepto de “Estado-nación” al reconocer la diversidad de pueblos y naciones y al definir al Estado boliviano como plurinacional (artículo 1), así como el derecho de los pueblos indígenas originarios campesinos (NPIOC) a su libre determinación, el que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales (artículo 2), reconoce el derecho de estos pueblos a “ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles

de afectarles” (artículo 30 II 15). La CP agregó que “[...] se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan” (*ibid.*). El artículo 352 también dispone que la consulta deba ser libre, previa e informada y que corresponde a toda “población afectada”. En el caso de las NPIOC agrega como requisito la necesidad de realizarla “respetando sus normas y procedimientos propios”. Ello “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles y a través de procedimientos apropiados y de instituciones indígenas”.

La consulta había sido objeto de desarrollo legislativo anterior a la CP de 2009. Por de pronto Bolivia ratificó el Convenio 169 de la OIT por Ley N° 1257, de 11 de diciembre de 1991, incorporando por esta vía el derecho de consulta en su ordenamiento interno.

Una de las normas más importantes en este sentido fue la Ley de Hidrocarburos (3058) de 2005, la que reconoció el derecho de participación y consulta de los pueblos indígenas en el contexto de actividad de exploración y explotación de hidrocarburos. Este derecho fue reglamentado por el DS 29.033 y el DS 29.124 de 2007, decretos que establecen los procedimientos para el proceso de consulta cuando se pretenda desarrollar actividades hidrocarbúferas en tierras comunitarias de origen, propiedades comunitarias y tierras de ocupación y acceso indígena. Entre las características de la consulta regulada está la de ser obligatoria, previa (a la licitación y a la aprobación de estudios de impacto ambiental), informada y de conformidad a usos o costumbres indígenas. De conformidad con el artículo 6.2 del Convenio 169, ratificado por Bolivia, la consulta tiene como finalidad llegar a acuerdo o lograr el consentimiento de los pueblos indígenas. La consulta consta de cuatro fases mínimas; coordinación e información, planificación de consulta, ejecución y concertación. La decisión arribada

a través de este proceso, plasmada en acuerdo, debe ser respetada. En caso de resultado negativo del proceso de consulta, el Estado puede promover un proceso de conciliación. De conformidad a esta reglamentación, los estudios de evaluación del impacto ambiental (EIA) deben recoger el impacto social, económico y cultural a los pueblos indígenas, así como considerar medidas de prevención y reparación medioambiental (Stavenhagen 2008). Entre el 2007 y el 2010 el Ministerio de Hidrocarburos impulsó 15 procesos de consulta con pueblos indígenas en caso de proyectos petroleros que afectan sus tierras y territorios (*ibid.*).

La jurisprudencia recaída en esta Ley no ha sido uniforme. Así, en una primera sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el año 2006 este señaló que el requisito establecido por dicha ley de lograr el consentimiento de los pueblos indígenas era inconstitucional, y que los pueblos indígenas no podían vetar la explotación de hidrocarburos. Dicho Tribunal sostiene que la ley implica garantizar el pago de una indemnización equitativa, de modo que los intereses de la comunidad no queden desprotegidos, pero no obliga a obtener el consentimiento indígena¹⁴⁸. En otra sentencia posterior de 2010¹⁴⁹ el Tribunal Constitucional Plurinacional se pronuncia ante un requerimiento de la Asamblea del Pueblo Guaraní Itaka Guasu en contra de la Secretaría Departamental de Caminos (SEDECA) de Tarija que autorizó la firma de un contrato de alquiler con la empresa PETROSUR para instalar un campamento en las tierras de la comunidad sin consulta previa. En la sentencia, el Tribunal junto con revocar la sentencia del tribunal inferior que deniega tutela a la comunidad frente al derecho vulnerado, establece que la consulta previa es un deber del Estado en todos sus niveles y que, por tanto, debe realizarse a través de instituciones representativas de los pueblos

¹⁴⁸ Sentencia Constitucional 0045/2006, Expediente 2005-12440-25-RDL, de 2 de junio de 2006.

¹⁴⁹ Sentencia Constitucional 2003/2010-R, 25 de octubre 2010.

indígenas, de buena fe y de manera apropiada antes de aplicar leyes o medidas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas; antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos; antes de emprender cualquier programa de prospección o explotación de recursos naturales que se encuentren en tierras habitadas por los pueblos indígenas, y de utilizar las tierras o territorios de los pueblos indígenas para actividades militares. La sentencia, además, exhorta al Ejecutivo a cumplir con el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) adoptando políticas y planes integrales para la reconstitución territorial de las naciones y los pueblos indígenas originarios campesinos y, a su vez, efectivizar el derecho a la consulta previa. Insta además al INRA a culminar con las solicitudes pendientes respecto a las TCO, entre ellas, las solicitudes del pueblo guaraní, y al Tribunal Agrario Nacional a dar prioridad a los procesos en los que estén involucradas las naciones y los pueblos indígenas originarios campesinos (Ameller y Chávez, 2012).

Cabe señalar que a diferencia de la actividad de hidrocarburos, no se ha dictado una normativa sobre consulta frente a otras actividades susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, como la minería, o las actividades que regulan el uso de recursos naturales renovables, como el agua. Ello se ha traducido muchas veces en el desconocimiento del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas (Due Process of Law Foundation- OXFAM, 2012).

Mediante la Ley 3.760 de febrero de 2009 el Congreso boliviano elevó a rango de Ley de la República la DNU DPI, la que como se ha analizado en secciones anteriores reconoce el deber del Estado de celebrar consultas con los pueblos indígenas con miras a obtener su consentimiento libre, previo e informado (CLPI). La misma DNU DPI exige la obtención de su CLPI en el caso de traslado de sus tierras y territorios (art. 10) y del almacenamiento y eliminación de desechos tóxicos (art. 29).

El alcance de la normativa constitucional del derecho de consulta de los pueblos indígenas de 2009 se puso a prueba en el contexto de proyecto del gobierno de Evo Morales para la construcción de una carretera que atravesará el Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Secure (TIPNIS), el que a la vez tiene estatus de área protegida, propuesta que generó un rechazo de los pueblos indígenas que allí habitan (mojeño, yuracaré y chimane). Como consecuencia de dicho rechazo, el gobierno promovió la aprobación por el Congreso de la Ley N° 222/12 (10 febrero de 2012) mediante la cual se estableció un procedimiento para consultar el proyecto vial¹⁵⁰. Los resultados de la consulta serían constatados mediante la suscripción de un acta de conclusiones. Los acuerdos logrados en materia administrativa y legislativa serían ejecutados inmediatamente por la Asamblea Legislativa Plurinacional y por el órgano ejecutivo (artículo 11).

Dicha ley fue objeto de una impugnación ante el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia por los pueblos indígenas afectados, por no respetar los estándares de la CP y el Convenio 169 en materia de consulta. Si bien dicha impugnación fue desechada, dado que el Tribunal sostuvo que esta era constitucional, este estableció que en su aplicación debía contarse un proceso previo de concertación, el cual debía incluir todo lo relativo al protocolo de implementación, el que debía ser pactado previamente con las organizaciones legítimamente representativas del TIPNIS¹⁵¹.

¹⁵⁰ De acuerdo al artículo 5 de esta Ley los temas a consultar incluían: a) definir si el TIPNIS debe ser zona intangible o no, para viabilizar el desarrollo de las actividades de los pueblos indígenas mojeño-trinitario, chimane y yuracaré, así como la construcción de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos; y b) establecer las medidas de salvaguarda para la protección del TIPNIS, así como las destinadas a la prohibición y desalojo inmediato de asentamientos ilegales respetando la línea demarcatoria del TIPNIS. Mediante la Ley N° 273, de 7 de septiembre de 2012, el plazo de la consulta previa inicialmente previsto en 120 días se amplió hasta 301 días.

¹⁵¹ Tribunal Constitucional Plurinacional, Bolivia, Sentencia N° 300/2012.

De acuerdo al informe presentado por el Tribunal Supremo Electoral, de 58 comunidades consultadas sobre un total de 69, el 82% habría rechazado la intangibilidad del TIPNIS, garantizada por la Ley N° 180, y el 80% habría aprobado la construcción de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos. Un informe de misión conformada por la Federación Internacional de Derechos Humanos, la APDHB y la Iglesia Católica, sin embargo, constata una realidad distinta, sosteniendo que 30 de 36 (84%) de las comunidades visitadas rechazaron la construcción de la carretera por el TIPNIS. Además, evidencian numerosas irregularidades y vulneraciones al principio de buena fe, así como al derecho a la consulta previa, libre e informada en el marco de este proceso (FIDH- APDHB, 2013).

De relevancia para los efectos de la participación indígena en la adopción de medidas legislativas es la inclusión en la CP de 2009 de una Asamblea Legislativa Plurinacional, con circunscripciones especiales indígenas, en que se garantiza la participación proporcional en ella de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos (NPIOC) (artículos 145-147). Dicha Asamblea Legislativa Plurinacional está compuesta por una Cámara de Diputados y otra de Senadores (artículo 145). La CP dispone la creación de circunscripciones especiales indígenas originarias campesinas (CEIOC), las que se regirán por el principio de densidad poblacional en cada departamento, que elegirán representantes a la Cámara de Diputados. Tales CEIOC serán conformadas solo en el área rural y en aquellos departamentos en que estos constituyan una minoría poblacional. Su conformación y el número de CEIOC serán determinados por el órgano electoral (artículo 146). La CP establece, además, que los pueblos indígenas originarios campesinos (PIOC) podrán elegir a sus representantes ante esta Asamblea Legislativa Plurinacional a través de sus propias formas de elección según sus propias normas (artículo 211).

Estas disposiciones fueron reguladas más tarde por la Ley de Régimen Electoral (LRE)¹⁵² y en la Ley del Órgano Electoral Plurinacional (LOEP)¹⁵³. La LRE considera, junto con la participación en los procesos electorales mediante sufragio universal, la participación en asambleas y cabildos con fines deliberativos, el ejercicio de consulta previa, libre e informada por parte de las NPIOC; así como el ejercicio de la democracia comunitaria según sus normas y procedimientos propios (artículo 4). La misma ley estableció siete circunscripciones especiales para diputados de NPIOC (artículo 50 I)¹⁵⁴. La normativa constitucional y legal ha resultado en el fortalecimiento de la participación política indígena. Así, en las elecciones de 2009 el número de parlamentarios indígenas electos en ellas subió a 38 (32 diputados y 6 senadores), representando el 22.89% del total (Cárdenas, 2012). Ello si bien no obsta a procesos de consulta de medidas legislativas susceptibles de afectar por otros medios directos, permite al menos a los pueblos indígenas contar con una participación en el proceso de elaboración de las normas legales que les conciernen, la que puede ser determinante para la definición de sus contenidos y alcances para estos pueblos.

1.2.- Colombia

En el caso de Colombia, Estado que cuenta con una población indígena estimada en 3%, el derecho a la consulta de los pueblos indígenas ha tenido importante desarrollo en el ordenamiento jurídico constitucional y legal, así como también desarrollo jurisprudencial.

Colombia ratificó el Convenio 169 mediante Ley 21 de 1991. El mismo año entró en vigencia la CP de 1991, elaborada mediante una asamblea constituyente, que si bien no reconoció en

¹⁵² Ley N° 026, de 30 de junio de 2010.

¹⁵³ Ley N° 018, de 16 de junio de 2010.

¹⁵⁴ A ellas se agregan 70 circunscripciones uninominales y nueve departamentales plurinominales para diputados, y nueve circunscripciones departamentales para senadores (artículo 50).

forma explícita este derecho, dispuso que la explotación de recursos naturales en territorios indígenas debía ser realizada sin desmedro a la integridad de las comunidades, y que en las decisiones relativas a ella se propiciaría la participación de sus representantes¹⁵⁵. Diversas normas, entre ellas la Ley 99 de 1993 y el Decreto 1397 de 1996, fueron dictados inicialmente para hacer efectivo este derecho frente a la explotación de recursos naturales o planes de desarrollo. Más tarde se dictó para regular el procedimiento de consulta indígena el Decreto 1.320 de 1998, el que no solo fue cuestionado por los pueblos indígenas, sino también, en un caso, declarado inconstitucional por la Corte Constitucional de Colombia y criticado por la OIT por su incompatibilidad con las disposiciones del Convenio 169 en la materia¹⁵⁶. El 2009 se creó un Grupo de Trabajo sobre consulta previa en el Ministerio del Interior, que elaboró un proyecto de ley inconsulto sobre la materia, que por lo mismo fue desechado por las críticas indígenas. El 2010 el Presidente emitió una directiva que regula la consulta previa, elaborada unilateralmente, estableciendo un mecanismo inidóneo que también fue cuestionado, y que no tiene aplicación a la fecha.

En ausencia de procesos de consulta adecuados, en particular en el caso de proyectos de inversión en sus tierras y territorios, los pueblos indígenas han llevado sus reclamos ante la Corte Constitucional mediante la acción de tutela establecida en la CP para la protección de los derechos fundamentales. Así, entre 1993 y el 2010 la Corte Constitucional ha conocido y fallado a favor de indígenas en numerosos casos de violación de derecho al territorio, por el

desarrollo en ellos de proyectos de inversión sin procesos de consulta adecuados (Anaya, 2010). En su jurisprudencia la Corte Constitucional ha establecido, entre otros criterios en relación a la consulta: que se debe consultar antes de expedir una licencia ambiental; que no tiene valor de consulta previa la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales; y que la consulta previa debe suponer la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquellas y las autoridades públicas (Due Process of Law Foundation-OXFAM, 2011)¹⁵⁷.

La misma Corte Constitucional, recogiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su fallo en el caso *Saramaka vs Surinam*, ha establecido cuando se trata de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto en los territorios indígenas, que el Estado no debe solo consultar sino también obtener su consentimiento previo, libre e informado¹⁵⁸. Así ha dispuesto:

[cuando] se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no solo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y econó-

¹⁵⁵ Artículo 330 Parágrafo: "La 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".

¹⁵⁶ Este último Decreto fue aprobado luego del conflicto generado por la construcción y puesta en funcionamiento de una represa en el territorio del pueblo emberá-katiio del Alto Sinú.

¹⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-039/97, M.P.: Antonio Barrera Carbonell; Sentencia T-652/98, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, T-606/01, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, C-418/02, M.P.: Álvaro Tafur Galvis, C-891/02, M.P.: Jaime Araújo Rentería, T-955/03, M.P.: Álvaro Tafur Galvis y C-030/08, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

¹⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-769/09 recaída en el caso *Álvaro Balarín y otros* por actividades exploratorias y extractivas de recursos minerales de Muriel Mining en territorio embera que no fueron consultadas de forma apropiada.

micos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea¹⁵⁹.

La Corte Constitucional dispuso en este caso que cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de los pueblos indígenas; y que el Estado debe arbitrar los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. El Estado, además, debe arbitrar los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros (*Ibid.*).

En los últimos años la Corte Constitucional ha dispuesto suspender el llenado de un embalse en territorio indígena¹⁶⁰; fumigaciones en áreas de cultivo ilícito¹⁶¹; una exploración forestal en territorio de comunidades negras¹⁶²; actividades de exploración petrolera¹⁶³; y actividades de exploración y explotación de oro y cobre¹⁶⁴, todo ello mientras no se realice consulta previa (Due Process of Law Foundation-OXFAM,

2011). Más recientemente, una sentencia de la misma Corte Constitucional ha reafirmado esta jurisprudencia al ordenar realizar en forma debida la consulta buscando obtener el consentimiento previo, libre e informado en torno a tres proyectos que afectaban al pueblo indígena embera katío: la construcción de una carretera, la interconexión eléctrica binacional Colombia-Panamá y una concesión minera. La sentencia ordenó también detener la ejecución de tales proyectos en tanto no se realicen las consultas correspondientes a los pueblos indígenas afectados¹⁶⁵. En la misma sentencia la Corte acordó ordenar al Ministerio de Justicia e Interior crear en un breve plazo (8 meses) un mecanismo que permita articular a todas las entidades involucradas en lo relacionado con el derecho fundamental a la consulta previa y la consecución del consentimiento libre, previo e informado en los términos y consideraciones de esta sentencia. A juicio de la misma Corte Constitucional dicho consentimiento debe ser obtenido según "las costumbres y tradiciones del grupo étnico determinado" en aquellos casos "que: (a) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (b) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental significativo de una comunidad étnica, eventos en que si los elementos probatorios y de juicio así lo indican, el consentimiento pueda determinar la alternativa menos lesiva para las comunidades étnicas"¹⁶⁶.

También relevante de destacar en relación a la participación indígena en la adopción de medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente, es la participación política indígena en Asamblea Nacional Constituyente de Colombia establecida en la CP de 1991. En efecto, en ella se estableció un número adicional de dos senadores a ser electos por comunidades

¹⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-769/09.

¹⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-652/98, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

¹⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia T-383/03, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-769/09, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁶⁵ Corte Constitucional Colombia, Sentencia número T-129, de 3 de marzo del 2011.

¹⁶⁶ *Ibid.*

indígenas mediante el sistema de cuociente electoral en circunscripción nacional especial¹⁶⁷. De acuerdo a ella, los representantes indígenas deben haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su comunidad, o liderazgo de una organización indígena (artículo 171). La CP, además, creó circunscripciones electorales especiales para la Cámara de Representantes para permitir la participación de, entre otros, los grupos étnicos (art. 176). La participación indígena en este último caso fue reglamentada por la Ley 649 de 2001, la que estableció un curul especial para las comunidades indígenas, además de dos para las comunidades negras, así como los mismos requisitos que los establecidos en la CP para los candidatos indígenas¹⁶⁸.

Sobre la base de esta normativa la circunscripción especial indígena establecida en la CP, en las elecciones de 1998, eligió un senador indígena por circunscripción nacional, en tanto que el 2002 se eligieron dos senadores indígenas por la misma circunscripción, sumándose así a los dos electos por circunscripción especial. En las elecciones del 2000, en tanto, fueron electos más de 20 diputados regionales indígenas (Padilla).

La participación indígena en el Congreso Nacional garantizada en la CP no obsta al desarrollo de un proceso de consulta específico de medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Así lo ha interpretado la Corte Constitucional frente a acciones interpuestas por los pueblos indígenas ante leyes aprobadas por el Congreso Nacional sin procesos de consulta indígena. En efecto, dicha Corte declaró la inconstitucionalidad de la Ley General Forestal (Ley 1021 de 2006) y del Estatuto de Desarrollo Rural (Ley 1152 de 2007) por ausencia de consulta previa y adecuada a los pueblos indígenas. En el

caso de la primera ley estableció que el deber de consultar los proyectos de ley corresponde cuando las medidas legislativas puedan afectar directamente a los pueblos indígenas; que resulta necesario poner el proyecto de ley en conocimiento de las comunidades, por intermedio de instancias suficientemente representativas; así como ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podría afectarlas, y darles oportunidades efectivas para que se pronunciaran sobre el mismo. (Due Process of Law Foundation-OXFAM, 2011).

Otro caso relevante es el de la Ley 1151 de 2007 (Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010). En que la Corte Constitucional si bien no acogió su inconstitucionalidad total, declaró la exigibilidad condicionada. Ello al disponer que se debía suspender la exigibilidad de los proyectos, programas o presupuestos que tuviesen la potencialidad de "incidir directa y específicamente" sobre los pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, mientras no se realizara la consulta previa exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas por la jurisprudencia constitucional¹⁶⁹ (*Ibid.*).

A través de sucesivos fallos, la Corte Constitucional colombiana ha ido sentando una jurisprudencia en relación a la consulta a los pueblos indígenas frente a las medidas legislativas. Rodríguez y Orduz (2012) identifican como elementos fundamentales en esta jurisprudencia, en forma consistente con lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT en la materia, la afectación directa a los pueblos indígenas o comunidades afrocolombianas en su calidad de tales. Al respecto la Corte ha sostenido que hay tal afectación directa cuando la ley "altere el status de una persona o comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o por el contrario, le confiere beneficios"¹⁷⁰. En relación al momento de la consulta, la Corte ha señala-

¹⁶⁷ El Senado está compuesto por 102 senadores, 100 por voto popular en todo el territorio, y 2 electos por la circunscripción especial indígena.

¹⁶⁸ La Cámara de Representantes está conformada por 166 miembros, 161 elegidos por circunscripción territorial (por departamentos y por el distrito capital) y 5 por las circunscripciones especiales, una de ellas indígena.

¹⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-461/08, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

¹⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2008.

do en distintas sentencias que este debe ser con anterioridad a la radicación del proyecto de ley en el Congreso. Ello en razón de que una vez que comienza el trámite legislativo, las modificaciones estarán sujetas al principio de unidad en la materia, lo que restringe la posibilidad de incidir en ella. La trasgresión de este principio, a juicio de la Corte, podría significar un vicio de constitucionalidad formal, motivo que puede llevar a la Corte a declararla inconstitucional luego de expedida¹⁷¹. En cuanto al procedimiento, la Corte ha puesto énfasis en la necesidad de llevar a cabo un diálogo preconsultivo, esto es un diálogo anterior a la consulta misma en que se definan los términos del proceso¹⁷². En cuanto a su finalidad la Corte ha dispuesto que la consulta no es un fin en sí mismo, sino un medio para proteger los derechos a la existencia, a la vida, a la participación, e incluso, en algunos casos a no ser desplazados de sus territorios¹⁷³.

A partir de la observación de los procesos de consulta tanto administrativa como legislativa en Colombia, los mismos autores plantean como uno de los principales obstáculos al ejercicio de este derecho la asimetría de poder existente entre pueblos indígenas e interlocutores (incluyendo el Estado en el caso de las medidas legislativas y a las empresas en el caso de medidas administrativas que les conciernen), proponiendo para hacer frente a ello el establecimiento de mecanismos de contrapeso. Entre estos mecanismos identifican la participación de organizaciones nacionales y regionales indígenas en estos procesos, la asesoría especializada y libre, y el apoyo económico para la participación en las diligencias de consulta. Otro obstáculo identificado por los mismos autores es la que denominan "opacidad de la información", la ausencia de información sobre impactos, duración, implicancias de medidas legislativas, lo que estiman debe

enfrentarse mediante el establecimiento de mecanismos de circulación de información. Un último obstáculo que identifican es el relacionado con el tiempo, proponiendo que un proceso de consulta adecuado implica que este se extienda por un período suficiente para que los pueblos indígenas puedan participar adecuadamente en ellos, de acuerdo a sus prácticas culturales realidad geográfica, entre otros. Finalmente destacan como un modelo, el caso del proceso de consulta a pueblos indígenas del Decreto Ley N° 4.633 de 2011 sobre reparación y restitución de tierras, proceso que, si bien no estuvo exento de dificultades, habría abordado los obstáculos antes identificados de manera más adecuada (*ibid.*).

1.3.- Perú

En el caso de Perú, país de importante demografía indígena (8 de 28 millones de acuerdo a Due Process of Law Foundation-OXFAM, 2011), los derechos indígenas encontraron reconocimiento, al menos parcial, en forma temprana. Así la Constitución Política (CP) de 1993, reconoció la pluralidad étnica y cultural de la Nación¹⁷⁴, obligándose el Estado a respetar la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas¹⁷⁵. La legislación entonces aplicada a los pueblos indígenas, fundamentalmente el Decreto Ley N° 20.653 de 1974 sobre Comunidades Nativas, por largo tiempo limitó la población indígena solo a aquella de carácter amazónica. Si bien con la ratificación del Convenio 169 (por Ley 26.253 de 1993, entró en vigencia 1995) y legislación posterior (Ley N° 28.736 de 2006 y Ley 29.785 de 2011) ha adoptado una definición amplia de lo indígena, la política pública sigue reduciendo lo indígena a las comunidades campesinas y nativas, lo cual ha valido un cuestionamiento

¹⁷¹ Corte Constitucional, Sentencia C-175 de 2011.

¹⁷² Corte Constitucional, Sentencia C-208 de 2007.

¹⁷³ Corte Constitucional, Sentencia C-461 de 2009.

¹⁷⁴ Artículo 2, CP del Perú.

¹⁷⁵ Artículo 89, CP del Perú.

al Estado peruano de la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹⁷⁶.

A pesar de la jerarquía constitucional que la CP de 1993 reconoce a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Perú, la ausencia de una normativa específica referida al derecho de consulta de los pueblos indígenas, limitó su aplicación por una década y media. Es así como durante la década del 2000 Perú dictó disposiciones de rango infralegal, que abordaron de manera tangencial e indirecta este derecho. El 2005 se aprobó la Ley General del Ambiente (Ley 28611) que reguló el derecho de consulta de pueblos indígenas, pero sin establecer mecanismos para realizar consultas, y sin regular sus alcances. En cuanto al sector minero, esta actividad ha estado regulada por diversos decretos del Ejecutivo y resoluciones ministeriales que no reconocen expresamente el derecho de consulta previa y han establecido procesos de participación de carácter informativo. Es el caso del Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero de 2008 (Decreto Supremo N° 028-2008-EM), el que estableció una "participación ciudadana" cuyo primer momento para ejercerse es la etapa posterior al otorgamiento de la concesión minera. La obligación de la autoridad estatal en esta materia es solo informativa (*Ibid.*).

En ausencia de una legislación marco, y de los vacíos de la legislación fragmentaria sobre consulta antes referida, el Tribunal Constitucional de Perú se pronunció, no siempre de manera consistente, sobre el derecho de consulta de los pueblos originarios. Así el 2007 dicho Tribunal prohibió la última fase de la etapa de exploración y la etapa de explotación dentro

del Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera, área donde habitan cuatro comunidades nativas¹⁷⁷. Si bien el TC reforzó en su sentencia el valor de la consulta como un derecho constitucional a realizarse en forma previa a emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existente en sus tierras, no exhorta al Estado a respetar la decisión adoptada en el proceso de consulta y abre la puerta para que la explotación continúe después de la realización de un "plan maestro" (Due Process of Law Foundation, 2011).

Más tarde, en junio de 2010, en otra decisión el mismo Tribunal Constitucional declaró improcedente una demanda de amparo de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) que solicitaba la suspensión de actos de exploración y explotación de hidrocarburos ubicados en el departamento de Loreto afectando territorio de pueblos en situación de asilamiento voluntario, en razón de que no se acreditó la existencia de dichos pueblos. Ello sin perjuicio de reconocer el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados conforme al Convenio 169 de la OIT¹⁷⁸.

También en junio de 2010, en una sentencia del TC recaída en una acción de inconstitucionalidad contra el Decreto 1089 sobre Titulación de Predios Rurales, este desarrolla en forma extensa el contenido del derecho a la consulta previa, estableciendo entre sus características fundamentales la buena fe, la flexibilidad, el objetivo de alcanzar acuerdo, la transparencia y la implementación previa, principios que deben orientar a las autoridades en caso de vacío legal. De estar ausentes estas características, la consulta sería arbitraria y por tanto inconstitucional. A pesar de lo anterior, rechazó la acción de inconstitucionalidad, declarando la acción infundada debido a que consideró que los al-

¹⁷⁶ Así la Comisión de Expertos de la OIT instó el 2009 al Estado peruano a aplicar el Convenio 169 a las comunidades campesinas que reúnen los requisitos del artículo 1, párrafo 1, del Convenio independientemente de las diferencias o similitudes con otras comunidades, e independientemente de su denominación. (Organización Internacional del Trabajo, Comisión de Expertos, 2009, Reclamación de CGTP, Perú).

¹⁷⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia Exp. No 03343-2007-PA/TC (Cordillera Escalera), resolutivo único.

¹⁷⁸ Tribunal Constitucional, Sentencia Exp. No 06316-2008-PA/TC (AIDSESP).

cances de la normativa en cuestionamiento no incluían a pueblos indígenas¹⁷⁹.

Producto de la demanda indígena frente a los conflictos generados por medidas administrativas y legislativas aprobadas sin procesos de consulta, y luego del conflicto de Bagua, gatillado por la aprobación de decretos legislativos inconcisos destinados a hacer posible el acuerdo de libre comercio con EE.UU., en agosto de 2011 el Congreso peruano aprobó una Ley de consulta previa (Ley 6-2011)¹⁸⁰. La ley aprobada por la unanimidad del pleno establece que la finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos originarios frente a medidas administrativas y legislativas que les afecten directamente. Se incluye también la consulta frente a planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional (art. 2). Ello "a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y de adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos" (art. 3). Entre los principios que rigen la consulta se identifican la interculturalidad, la oportunidad, la buena fe, la flexibilidad, el plazo razonable, la ausencia de coacción y la información oportuna (art. 4). En cuanto a la forma de participación de los pueblos indígenas en los procesos de consulta, la Ley dispone que estos lo hacen a través de sus instituciones y organizaciones elegidas conforme a sus usos y costumbres. Se establece para estos efectos como función del Viceministro de Interculturalidad la mantención de un registro de instituciones y organizaciones representativas de pueblos indígenas a ser consulta-

das (Arts. 6, 9, 19 y 20). La ley establece además como etapas mínimas del proceso de consulta: a) la identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta; b) de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados; c) la publicidad de la medida legislativa o administrativa; d) la información sobre la medida legislativa o administrativa; e) la evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente; f) el proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios; g) y la decisión (art. 8).

En cuanto a la publicidad de las medidas a consultar, la ley dispone que esta debe hacerse por los órganos públicos mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, y tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan los pueblos indígenas (art. 11). En relación a la decisión del proceso de consulta el artículo 15 establece que:

La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.

El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.

¹⁷⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia Exp. No 0022-2009-PI/TC (Tuanama Tuanama).

¹⁸⁰ Texto sustitutorio de los proyectos de Ley 6-2011/CR,29-2011/CR,47-2011/CR 49-2011/ y Cr 89-2011 Relativos a Ley de derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocidos en el Convenio 169 de la OIT. Esta ley vino a establecer un texto sustitutivo a otra aprobada por el Congreso en mayo de 2010 que sostenía que la finalidad de la consulta era "alcanzar un acuerdo o consentimiento" entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente, la que fue objetada por el Presidente Alan García.

Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial.

Si bien en última instancia la ley deja en manos del Estado la decisión final del proceso de consulta, advierte que esta debe ser motivada, considerar la perspectiva de los pueblos originarios, así como las consecuencias que las medidas tendrán para los derechos colectivos constitucionales y de tratados reconocidos a los pueblos indígenas.

La ley peruana sobre consulta indígena fue valorada por diversos actores, incluyendo el Relator Especial de la ONU sobre Derechos Indígenas, James Anaya, y los propios pueblos indígenas de Perú. Ello en razón de que constituye la primera ley en la región en regular este derecho en forma amplia para todas las medidas administrativas y legislativas que afecten los derechos colectivos de estos pueblos, y por establecer nítidamente, en consistencia con la interpretación de la OIT, que la finalidad de la consulta es alcanzar el acuerdo o consentimiento entre los pueblos indígenas y el Estado.

En abril de 2012, por medio del Decreto Supremo 001-2012-MC del Ministerio de Cultura, entró en vigencia el reglamento de la Ley de Consulta, el cual debería ser aplicado a las medidas administrativas o legislativas que se aprueben a partir de dicha fecha. Lejos de concitar consenso, este Decreto ha sido fuertemente cuestionado por los pueblos indígenas y organismos de derechos humanos. Ello tanto por razones de forma como de fondo. En el primer plano argumentan que la consulta del Reglamento no contó con la participación y representatividad de los pueblos indígenas necesaria para legitimarla¹⁸¹. En cuanto al fondo AIDSESEP, organización representativa de los pueblos amazónicos, solicitó la modificación

de diversos artículos del reglamento, que a la postre fueron incluidos en él, los que no garantizaban los estándares del Convenio 169. Entre ellos, los más relevantes decían relación con la inclusión en la consulta de toda afectación, y no solo aquella de carácter directa (art. 1); la protección de todos los derechos indígenas y no solo de los de carácter colectivo (art. 2); la no consideración del consentimiento cuando se trata de megaproyectos, depósitos de relaves tóxicos, desplazamientos poblacionales o se afecte la supervivencia (art. 15); y el hecho de que el Ministerio de Interculturalidad no puede ser juez y parte en los reclamos sobre cuando es procedente la consulta, y a la vez garantizar que se cumplan los acuerdos (art. 19) (AIDSESEP, 2012).

En forma coincidente, las organizaciones de derechos humanos del Perú, junto con cuestionar las deficiencias de legitimidad dadas la escasa participación de las organizaciones nacionales y regionales y el interés del Estado de acelerar el proceso de consulta del Reglamento, enfatizó que en cinco artículos contenidos en el reglamento no se respetaron los acuerdos a que se llegó en la etapa de diálogo. La preocupación de dichos organismos se centra en que el Reglamento impide el ejercicio del derecho a la consulta en las decisiones de los gobiernos regionales y comunales que hoy tienen competencias centrales para los pueblos indígenas, como salud, educación y medio ambiente. También les preocupa el hecho de que el Reglamento (arts. 3i y 6) es confuso en relación a cuando debe realizarse la consulta sobre recursos naturales, puesto a que interpreta que ella solo debe hacerse durante la elaboración de los Estudios de Impacto Ambiental. Ello en circunstancia que este debe considerar también el momento anterior al otorgamiento del derecho sobre estos recursos. En cuanto a las obras de infraestructura en salud, educación, obras públicas a favor de los pueblos indígenas, el Reglamento señala que estas no se consultarán, en contradicción con el artículo 6 del Convenio 169, que no discrimina si se trata de impactos positivos o adversos en estos pue-

¹⁸¹ Organizaciones del llamado Pacto de Unidad, incluyendo a AIDSESEP; CNA, ONAMIAP y CONACAMI se marginaron del proceso dado que no recogió conclusiones de talleres microrregionales efectuados en torno al reglamento.

blos. Finalmente, en cuanto al presupuesto de estos procesos, el que de acuerdo al Reglamento debe ser de cargo de la entidad promotora, se pone un límite a su implementación en caso que la entidad promotora agote su presupuesto anual (Disposición Complementaria, Transitoria y Final). En razón de lo anterior, dichas organizaciones concluyen que la institucionalidad no da confianza para el cumplimiento, el respeto y el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú (Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2012).

Los cuestionamientos a la normativa de consulta no solo han sido formulados por organizaciones indígenas y de derechos humanos, sino también por la OIT. En efecto, en su último informe de 2014 sobre cumplimiento de convenciones, observa en el caso de Perú que las normas de carácter tributario o presupuestario no son materia de consulta (artículo 5, k, del reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa), así como tampoco requieren ser consultadas las decisiones estatales de carácter extraordinario dirigidas a atender situaciones de emergencia derivadas de catástrofes naturales o tecnológicas (artículo 5, l, del reglamento), ni aquellas consideradas como complementarias (12 disposición complementaria, transitoria y final del reglamento). La misma entidad ha observado que la legislación deja pendiente el desarrollo legislativo de los mecanismos de participación indígena y de participación en los beneficios (quinta y décima disposición complementaria, transitoria y final del reglamento) que requiere el Convenio, solicitando al Gobierno, que en consulta con los pueblos indígenas, revise la legislación vigente (OIT CEACR, 2014).

Dichos cuestionamientos, en particular los referidos al Reglamento, sin duda han afectado la aplicación de los procedimientos que esta considera. Ello resulta crítico en un país donde en los últimos años los conflictos entre el Estado, las empresas y los pueblos indígenas se han intensificado en razón de la proliferación de proyectos de inversión extractivos en tierras

y territorios indígenas, proyectos cuyas medidas administrativas de aprobación, son, de acuerdo al Convenio 169, objeto de consulta.

Finalmente, y en relación a las medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, cabe señalar que a diferencia de Colombia y Bolivia, cuyas CP aseguran la participación indígena en el Congreso, la participación política indígena en Perú se limita a la representación en el espacio regional y local, la que ha sido promovida por la CP y las leyes¹⁸². Lo anterior ha motivado un debate, que involucra a organizaciones de pueblos indígenas y al Jurado Nacional de Elecciones, en torno a la necesidad de la reforma del sistema de cuotas para posibilitar el establecimiento de una circunscripción electoral especial indígena con representación en el Congreso de la República.

2. Otros contextos

2.1.- Canadá

Con una población de 1.3 millón, que representa cerca del un 5% de la población total de Canadá, los pueblos indígenas de este país –52 agrupados en 614 comunidades– (Stavenhagen 2004), han logrado en las últimas décadas –luego de un largo período de asimilación forzada y desposeimiento de sus tierras y recursos naturales– importantes avances en el reconocimiento de sus derechos colectivos. Ello se expresa en la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Canadá a contar de la década de los setenta en el reconocimiento del “título aborigen” sobre sus tierras no cedidas

¹⁸² La CP de 1993 dispone que la ley debe establecer porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades nativas y pueblos originarios en los Consejos Regionales al igual que en los Concejos Municipales (artículo 191). Más tarde la Ley de Elecciones Regionales, la Ley 27.683 de 2002 (artículo 12), y la Ley 27734 de 2002, dispusieron que las listas de candidatos al Consejo Regional y la lista de candidatos a regidores debe estar conformada por un mínimo del 15% de representantes de comunidades nativas y pueblos originarios en cada región donde existan, conforme lo determine el Jurado Nacional de Elecciones (JNE).

por tratados¹⁸³. También en el reconocimiento de su existencia y derechos, incluyendo aquellos emanados de tratados, en el Acta Constitucional de 1982¹⁸⁴, así como de su derecho al autogobierno¹⁸⁵.

Lo anterior llevó a la revisión de las políticas públicas que conciernen a estos pueblos, y al impulso de políticas de restitución de tierras reconocidas mediante tratados antiguamente celebrados con los colonizadores. También ha dado lugar a la negociación de tratados modernos, a través de los cuales el gobierno de Canadá ha reconocido a diversos pueblos indígenas derechos exclusivos y/o compartidos sobre sus tierras y recursos naturales de propiedad ancestral¹⁸⁶, incluyendo en algunos casos, derechos al subsuelo¹⁸⁷. Tales tratados han incluido también derechos de pesca y caza,

participación en la administración de tierras y recursos naturales sobre espacios territoriales en poder de Canadá, compensación financiera, participación en las utilidades de actividades económicas en sus territorios, y apoyo al desarrollo.

Desde la década de los setenta hasta la fecha 25 tratados o acuerdos comprensivos por reclamaciones de tierras (*comprehensive land claim agreements*) han sido suscritos por Canadá, y en algunos casos por las provincias, cubriendo alrededor del 40% del territorio de canadiense. A contar del tratado celebrado con los Nisga'a el 2000¹⁸⁸, mecanismos de autogobierno indígena en materias políticas y económicas, incluyendo la gobernanza sobre los recursos naturales, han sido establecidos. Los mismos tratados han resultado en la transferencia de importantes recursos económicos a los pueblos indígenas como compensación por sus derechos sobre sus restantes tierras, derechos que dichos tratados, hasta hace poco, han declarado formalmente "extinguidos", cuestión criticada no solo por los pueblos indígenas sino por instancias internacionales de derechos humanos (Stavenhagen, 2004). No obstante lo anterior, subsisten muchas reclamaciones indígenas sobre vastos territorios sin ser resueltas, en particular en la provincia de Columbia Británica y los territorios al norte del paralelo 60°¹⁸⁹.

¹⁸³ Los fallos más relevantes de la Corte Suprema de Canadá en este sentido han sido aquel recaído en el caso *Calder v. British Columbia* en 1973, y en el caso *Delgamuukw v. British Columbia* en 1997.

¹⁸⁴ La sección 35 de la Constitución canadiense (Acta Constitucional) de 1982 reconoce a los pueblos aborígenes (*aboriginal peoples*), denominación que integra las categorías de "indios, métis e inuit". Los derechos de tratado incluyen tanto aquellos existentes, como los que sean adquiridos mediante acuerdos de reclamación de tierras.

¹⁸⁵ Este último derechos fue reconocido formalmente por el gobierno canadiense en 1995, al manifestar su disposición de llegar a acuerdos con los distintos pueblos indígenas posibilitando el ejercicio por parte de ellos de poderes legislativos y administrativos en una amplia gama de materias internas a sus comunidades, con la sola exclusión de la soberanía canadiense, la defensa, las relaciones externas, la política monetaria, el derecho criminal sustantivo y la protección de la salud.

¹⁸⁶ Los primeros acuerdos o tratados modernos fueron los de James Bay y Québec del Norte (JBNQA de 1975) y Quebec del Noreste (NEQA de 1978), mediante los cuales los cree y los inuit obtuvieron el reconocimiento sobre 1.161 millones de kilómetros cuadrados, con espacios de propiedad exclusiva y compartida y participación en el manejo de recursos naturales, abordando a través de ellos el conflicto suscitado por la construcción de un gran proyecto hidroeléctrico.

¹⁸⁷ Es el caso de los derechos sobre recursos del subsuelo reconocidos por el gobierno de Canadá mediante tratados modernos a los Gwich'in (1992), a los Sahtu Dene y Metis (1993), a los Inuit (1993) y a los Nisga'a (2000).

¹⁸⁸ En virtud de este acuerdo que entró en vigencia el 2000, los nisga'a, con una población de 5 mil, pasaron a ser propietarios de alrededor de dos mil kilómetros cuadrados de tierra, propiedad que incluye tanto recursos del suelo como del subsuelo. El acuerdo reconoció su derecho al autogobierno, incluyendo potestades ejecutivas y legislativas, así como una compensación de 200 millones de dólares por los derechos territoriales que renuncian, y un apoyo económico a su desarrollo futuro.

¹⁸⁹ De acuerdo a Stavenhagen (2004), al 2004 existían 42 mesas de negociación sobre tierras indígenas con más de 437 comunidades indígenas. En la provincia de Columbia Británica, por ejemplo, solo cinco naciones de un total de 60 partícipes del British Columbia Treaty Commission habían concluido a inicios del 2012 acuerdos sobre reclamaciones de tierras, en tanto el resto se encontraba en procesos de negociación. Disponible en línea: http://www.bctreaty.net/files/pdf_documents/update_january-2012.pdf

Aunque Canadá no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, el derecho a consulta previa de los pueblos indígenas frente al desarrollo de proyectos de inversión que afecten sus tierras y recursos también ha sido abordado en estos tratados. Así por ejemplo, el tratado de Nunavut de 1993 con los inuit¹⁹⁰ estableció que ningún proyecto de inversión mayor puede comenzar sin un acuerdo de impacto beneficio (IBA) (art. 26). El acuerdo de Inuvialuit en el North West Territories (NWT) de 1984 requiere de la suscripción de acuerdos relativos al acceso y uso de la tierra y a la participación en los beneficios. El acuerdo de Gwich'in y Sahtu de 1993, a su vez, incluye la necesidad de establecer IBA tratándose de proyectos que afectan el suelo y subsuelo de propiedad de la Corona. Tratándose de recursos del subsuelo se requiere de consulta, en la que se puede incluir la participación en los beneficios. Finalmente, el acuerdo Tlicho (2003) requiere de negociación –aunque no necesariamente de finalización– de un IBA en relación a grandes proyectos mineros, como consecuencia de lo cual los tlicho han recibido en los últimos años *royalties* de las compañías mineras (Gibson y O'Faircheallaigh 2010).

Cabe señalar que en dos casos recientes la Corte Suprema de Canadá ha señalado que, en los casos en que el deber de consulta con los pueblos indígenas haya sido definido por los tratados modernos, su ejercicio se debe orientar por los términos en ellos contenidos, respetando los límites constitucionales en la materia (*Quebec v. Moses*, 2010; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010).

¹⁹⁰ Mediante este se reconoció a los inuit de este territorio ártico, con una población de alrededor de 30 mil habitantes, derechos que incluyen títulos propietarios sobre 350.000 kilómetros cuadrados de tierra (sujetos a ciertos derechos de acceso para no-inuit), y una compensación monetaria de \$1.17 mil millones (dólares canadienses). El acuerdo también considera el derecho de los inuit a compartir ingresos de los recursos, derechos de caza, y un mayor rol en la administración de la tierra y el medio ambiente. El mismo acuerdo, además, creó el nuevo territorio de Nunavut, de más de dos millones de kilómetros cuadrados, estableciendo a contar de 1999 un gobierno público.

Con todo, los pueblos indígenas cuestionan la falta de implementación de los tratados modernos hasta ahora suscritos. Ello ha determinado que para los indígenas tales tratados no hayan cambiado sustancialmente las condiciones de vida de las comunidades, las que siguen contrastando marcadamente con las de la población no indígena en Canadá. Tampoco ha logrado alterar la relación colonial con el Estado canadiense (Land Claims Agreements Coalition 2009)¹⁹¹. Por otro lado, a pesar de los avances reconocidos en los tratados modernos, los procesos de desposeimiento de los pueblos indígenas han seguido adelante en Canadá. Ello en particular en el contexto del fortalecimiento de la actividad extractiva como pilar central de la economía canadiense, actividad que afecta de manera significativa a los territorios reconocidos o reivindicados y en negociación con los pueblos indígenas¹⁹².

Ello ha llevado a los pueblos indígenas a reclamar ante la justicia sus derechos, en particular en materia de derecho de consulta, frente a medidas administrativas, generalmente relativas a proyectos de inversión en sus tierras, proyectos que les afectan, obteniendo de ella importantes decisiones. En efecto, sobre la base de los derechos de tratado reconocidos en el Acta Constitucional de 1982, los tribunales han establecido progresivamente en los últimos años el deber de Canadá (*Crown*), basado en su obligación fiduciaria con los pueblos indígenas, de consultar y de acomodar con ellos sus intereses en una serie de materias, incluyendo, en algunos casos, proyectos extractivos en sus tierras ancestrales. Así en *R.v Sparrow* (1990)

¹⁹¹ Ello fue determinante en el movimiento indígena que el año 2012, bajo el lema de Idle No More (No más ocio-inactividad) impugnó las políticas del estado canadiense hacia el mundo indígena.

¹⁹² Como señalara el Primer Ministro Harper en su intervención en la Cumbre de las Américas en Colombia, la industria extractiva de recursos naturales es hoy central para la economía de Canadá. Ella constituye en la actualidad más de un quinto de las exportaciones canadienses. Disponible en línea: <http://www.pm.gc.ca/eng/media.asp?category=3&featureId=6&pageId=26&id=4742>

la Corte Suprema de Canadá estableció que cuando los derechos indígenas eran afectados el grupo involucrado debía ser consultado por la Corona en relación a medidas de conservación. También estableció que cuando operaba una expropiación el grupo debía ser compensado.

En el caso *Delgamuukw v. British Columbia* (1997) la misma Corte, junto con confirmar su derecho al título aborígen sobre tierras no cedidas por tratados, estableció que la Corona tenía la obligación no solo de consultar, sino también de acomodar sus intereses en el contexto de la afectación del título aborígen. En el mismo caso sostuvo que la consulta debía realizarse en buena fe, con la intención de responder sustancialmente a las preocupaciones de los pueblos indígenas cuyas tierras eran afectadas, lo que tiene implicancias más profundas que una mera consulta. En fallos posteriores la Corte Suprema ha definido con mayor precisión el alcance de las obligaciones de la Corona. Así en el caso *Haida Nation v. British Columbia* (2004) sostuvo que la consulta debía ser implementada cuando la Corona tuviese conocimiento de la potencial existencia de un derecho o título aborígen, y contemplase una conducta que pudiese afectarle adversamente. También ha señalado que esta debe tener lugar cuando pudiese afectar adversamente derechos de algún tratado histórico (*Mikisew Cree First Nation v. Canada* (2005)). En el caso *Haida Nation v. British Columbia* (2004), además, la Corte enfatizó que la consulta no otorga a los pueblos indígenas un derecho de veto, y definió la acomodación como un proceso orientado a lograr acuerdo en un intento de armonizar los intereses en conflicto. En el caso *Taku River Tlingit v. British Columbia* (2004) la Corte Suprema agregó que en casos de afectación del título aborígen era necesario adoptar medidas para evitar un impacto, minimizarlo o mitigarlo, y como alternativa compensarlo. La misma Corte sostuvo que el espectro de la consulta y de la acomodación dependían del nivel de riesgo de una iniciativa en los derechos constitucionales indígenas. Así, mientras mayor fuese el riesgo, más necesidad habría de desarrollar estos procesos. En *Río Tinto*

Alcan Inc. v. Carrier Sekani (2010) la Corte Suprema identifica como el objetivo último del deber de consulta, que deriva del orden constitucional, el logro de la reconciliación. Tal reconciliación es entendida por la Corte Suprema como una materia dinámica que se inicia con la afirmación de la soberanía y persiste más allá de la conclusión de los tratados.

En un reciente fallo de 2014 en el caso *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*¹⁹³, la Corte Suprema de Canadá revisó y profundizó su jurisprudencia anterior en la materia para reconocer a la primera nación tsilhqot'in el derecho al título originario sobre 1.700 kilómetros cuadrados, sobre la base de su ocupación tradicional continua y exclusiva del área. Junto a ello establece su derecho al control de dicho territorio, lo que incluye su derecho de usar y beneficiarse de él, disponiendo además que el impulso de iniciativas de desarrollo en el área por el Estado requiere del consentimiento de las primeras naciones, así como de cumplimiento por este de sus obligaciones fiduciarias para con los pueblos indígenas.

Cabe señalar que la legislación sobre recursos naturales también ha establecido, en algunos casos, la necesidad de la consulta con pueblos indígenas, así como también acuerdos de beneficio frente a ciertas situaciones. Así, por ejemplo, a nivel federal el Acta de Operaciones de Petróleo y Gas (Sección 5 (2)) requiere de la aprobación por parte del Ministerio de Asuntos Indígenas de un plan de beneficios por parte del proponente –tales como empleo, provisión de servicios u otros a favor de grupos desventajados– antes de que una actividad sea autorizada. Asimismo, el Acta de Petróleo de Canadá dispone que las empresas deben establecer planes o beneficios antes del inicio de una faena en tierras de propiedad de la Corona. En el territorio de Yukón, por último, la Ley sobre Petróleo y Gas se refiere explícitamente a la necesidad de contar con el consentimiento de los afectados antes del inicio de actividades de exploración y extracción de estos recursos naturales.

¹⁹³ *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44.

La relación entre el deber de consulta indígena y el proceso de aprobación considerado en la legislación ambiental ha sido objeto de análisis jurisprudencial. Así la Corte Suprema de Canadá ha sostenido en términos generales que este deber tiene que estar integrado en una manera complementaria con una evaluación ambiental y un proceso de revisión regulatorio a ser implementado en forma previa a la aprobación de los proyectos. En algunos fallos (*Haida Nation v. British Columbia*, 2004) la Corte ha señalado que el gobierno federal (*Crown*) puede delegar algunos aspectos procedimentales de la consulta al proponente industrial, lo que no es infrecuente en los procesos de evaluación ambiental. En su fallo en el caso *Taku River Tlingit v. British Columbia* (2004) la misma Corte afirmó que el proceso impulsado por la Provincia (British Columbia) bajo el Acta de Evaluación Ambiental, satisfizo los requerimientos del deber de consulta. En su fallo en el caso *Mikisew Cree First Nation v. Canada* (2005) sostuvo que la consulta indígena fue una idea tardía en el proceso de consulta pública general, y que dicha consulta falló en ser sustantiva en las circunstancias que la motivaron. De la misma manera en el caso *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation* (2010) la Corte Suprema consideró que la evaluación ambiental y la planeación del uso de la tierra contenidos en el Acta de Evaluación Ambiental y Socio Económica de Yukón es suficiente para satisfacer el deber de consulta (Lambtretch, 2013).

Por otro lado, aunque no son consideradas como legalmente obligatorias, la jurisprudencia de las cortes canadienses sobre el deber de consulta y la acomodación de intereses con pueblos indígenas antes referida, ha llevado a las empresas a impulsar negociaciones relativas a los impactos y a los beneficios de sus actividades en tierras y territorios de pueblos indígenas. Ello ha derivado en la práctica de los Acuerdos de Impacto Beneficio (IBA en su sigla en inglés), la que se ha establecido como práctica habitual en proyectos de inversión que afectan a los pueblos indígenas. Los IBA son entendidos como acuerdos bilaterales confidenciales generalmente negociados entre

compañías mineras y comunidades indígenas para abordar los impactos tanto socioeconómicos como biofísicos que pueden emanar de un proyecto minero (Fidler 2007). Entre las materias más frecuentemente abordadas en estos acuerdos se encuentra los beneficios financieros provistos por las empresas a las comunidades indígenas impactadas por sus actividades. Ello en razón de la necesidad de compensar los daños socioambientales y culturales que estas actividades provocan en ellas, así como en razón de que en muchos casos los pueblos indígenas son los propietarios de la tierras, y en algunos casos de los recursos del subsuelo, en los que estas se desarrollan¹⁹⁴.

El desarrollo jurisprudencial antes referido, así como la crítica de los pueblos indígenas a la decisión del gobierno canadiense de no votar favorablemente la DNUDPI el 2007, han llevado en los últimos años a este último a establecer directrices sobre el deber de consulta con los pueblos indígenas. De acuerdo a estas directrices, la consulta es entendida como una responsabilidad de los órganos del estado que debe desarrollarse cada vez que una actividad propuesta por el gobierno de Canadá pueda impactar adversamente los derechos o intereses relacionados de los pueblos indígenas. Las mismas directrices establecen, entre otros criterios, que esta debe ser temprana, rápida, transparente, accesible, basada en la buena fe, el respeto y la responsabilidad, y que ella implica el deber de acomodar intereses con los pueblos indígenas, y no solo de consultarlos (Government of Canada, 2011). Tales directri-

¹⁹⁴ Algunos ejemplos de estos IBA incluyen el que los inuit de Nunavik y la compañía minera Raglan suscribieron en 1995 antes del desarrollo de la mina Raglan. A través de este acuerdo, el primero sin intervención del gobierno de Canadá, la compañía se comprometió a proveer a las comunidades el 4.5% de las ganancias de la mina una vez que hubiese recuperado su inversión inicial. Otro caso es el de los IBA suscritos por los innu y los inuit con la minera International Nickel Company (INCO), hoy de propiedad de Vale de Brasil, para el desarrollo del proyecto minero Voisey's Bay, en Labrador, en que la compañía se comprometió a proveer educación, capacitación y empleos para la comunidad, así como a pagar a los innu un *royalty* del 5% y del 3% a los inuit.

ces, sin embargo, han sido cuestionadas por la Asamblea de las Primeras Naciones, así como otras organizaciones indígenas. Así, esta ha sostenido que ellas no han sido consultadas con los pueblos indígenas, y que tampoco son consistentes con el derecho al CLPI establecido por la DNUDPI, que Canadá suscribió el 2010, aunque con observaciones que limitan su alcance a su compatibilidad con el derecho interno (Assembly of First Nations 2011).

Las dificultades que experimentan muchos pueblos indígenas en Canadá para hacer efectivo este derecho, así como el derecho al CLPI reconocido por la DNUDPI en determinadas circunstancias frente a proyectos de inversión en sus territorios, ha generado preocupación internacional. Así el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) manifestó su preocupación sobre la falta de aplicación por el Estado canadiense de los derechos de consulta y de CLPI cuando se trata de proyectos que afectan sus tierras, recomendando la adopción de medidas para hacer efectivos estos derechos internacionalmente reconocidos en Canadá (CERD ONU, 2012. Para.20).

2.2- Noruega

Con una población de entre 40 y 60 mil integrantes (Anaya, 2011), los sami en Noruega fueron, hasta hace algunas décadas, objeto de políticas de asimilación. Producto de sus reclamos frente a su exclusión, el desconocimiento de los derechos sobre sus tierras y la imposición de proyectos de inversión, como la central hidroeléctrica en Alta, los sami obtuvieron en 1987 que el Storting (Parlamento noruego) aprobara la Ley Sami (Ley 56 1987) que crea el Parlamento Sami (Sámediggi).

Ella dispone que “el objetivo de la Ley es permitir al pueblo sami de Noruega salvaguardar y desarrollar su idioma, cultura y forma de vida” (artículo 1). El artículo 21 establece que “la materia del Parlamento Sami es toda aquella que, según el Parlamento, afecte particularmente al pueblo sami”. El Parlamento Sami tiene funciones duales. Así, mientras por un lado sirve

como cuerpo político electivo de los sami, por otro desempeña funciones administrativas que le son delegadas por la ley o celebra acuerdos con la autoridad del Estado dentro de las áreas que afectan a los sami. Como cuerpo político el parlamento aborda los principales temas que son de interés del pueblo sami, asumiendo una posición y planteando su visión en todos los temas que son de relevancia para su trabajo. Su financiamiento es proporcionado por el Estado de Noruega, aunque el Parlamento sami tiene un cierto grado de autonomía para usar y distribuir los recursos de acuerdo a sus prioridades.

En 1988 una reforma a la CP de Noruega estableció la responsabilidad del Estado de crear condiciones para posibilitar al pueblo sami preservar su idioma, su cultura y formas de vida (artículo 110(a)). En 1990 Noruega ratificó el Convenio 169 de la OIT en 1990. El Parlamento Sami se convocó por primera vez en 1989. En la actualidad dicho Parlamento elige cada cuatro años a 39 representantes, en siete distritos que cubren todo Noruega. Los representantes se eligen de listas confeccionadas por organizaciones sami nacionales, partidos políticos noruegos y listas locales. La práctica común es que los sami se presenten como candidatos bajo el nombre de partidos noruegos (Josefson, 2010).

Cabe señalar que el 2000 los sami formaron el Consejo Sami Parlamentario, que agrupa a los parlamentos sami de Noruega, Suecia y Finlandia, e incluye representación de sami de la Federación Rusa, para abordar los problemas que les afectan a nivel regional. Los parlamentos sami y los mismos estados, además, establecieron un grupo de expertos que elaboró una propuesta para la creación de una Convención Nórdica Sami que trata sobre autodeterminación, gobernanza sami –incluyendo los parlamentos sami y su relación con los estados– y derechos indígenas sobre tierras y aguas. La propuesta estaría siendo considerada por los parlamentos y los estados nórdicos para su aprobación (Anaya, 2011).

El Relator Especial de la ONU para los derechos indígenas, James Anaya (2011), considera que el parlamento sami de Noruega, al igual que los de Suecia y Finlandia, representan un importante modelo para el autogobierno indígena y la participación en los procesos de toma de decisión de los asuntos que les conciernen. Con todo, sostiene que parlamentarios sami le expresaron durante su visita a Escandinavia su preocupación acerca del grado en que estos parlamentos pueden efectivamente participar e influir en las decisiones que afectan a su pueblo, haciéndole ver que generalmente estos son concebidos como cuerpos a través de los cuales los sami pueden expresar su voz a las autoridades de gobierno, sin una garantía de una influencia genuina o de un poder de decisión efectivo.

El 2005 el Sámediggi o Parlamento Sami y el gobierno de Noruega suscribieron un acuerdo referido al proceso de consulta de los pueblos indígenas, el que se aplica en todas las materias que pueden afectar directamente a los intereses de los sami¹⁹⁵. De conformidad a dicho acuerdo, los objetivos de la consulta son contribuir a la aplicación práctica de la consulta a pueblos indígenas como deber del Estado conforme al derecho internacional. A ello se agrega el objetivo de tratar de alcanzar un acuerdo entre las autoridades del Estado y el Parlamento Sami cada vez que se prevean leyes o medidas administrativas que puedan afectar directamente a los intereses de los samis. Ello además de facilitar el desarrollo de una perspectiva de colaboración mutua entre las autoridades del Estado y el Parlamento Sami que contribuya al fortalecimiento de la cultura y la sociedad sami, y desarrollar un entendimiento común de la situación y las necesidades de desarrollo de la sociedad sami (Preámbulo Procedimientos para las consultas entre las autoridades y el parlamento Sami de Noruega (PCSSP) 2005).

¹⁹⁵ Procedimientos para las consultas entre las autoridades y el parlamento Sami de Noruega (PCSSP), aprobados por el Parlamento Sami el 1 de junio de 2005, y contenidos en el Decreto Real de 1 julio de 2005.

Los procedimientos de consulta se aplican tanto al Gobierno como a sus ministerios, y otros organismos estatales subordinados, en los asuntos que puedan afectar directamente a los intereses de los samis. El ámbito de aplicación material de las consultas puede incluir cuestiones como legislación, reglamentos, decisiones administrativas, y decisiones específicas (por ejemplo, en los informes del Gobierno al Storting). En cuanto al alcance de esta obligación, ella puede alcanzar a todas las manifestaciones materiales e inmateriales de la cultura sami, incluyendo el idioma, la religión, el patrimonio cultural, los derechos de propiedad inmaterial y los conocimientos tradicionales, la titularidad y los derechos de uso de tierras, las cuestiones relativas a la administración de tierras y los intereses contrapuestos sobre el uso de la tierra, el desarrollo empresarial, la actividad del reno, la pesca, la agricultura, la exploración y explotación minera, la energía eólica, la energía hidroeléctrica, el desarrollo sostenible, la biodiversidad y conservación de la naturaleza. En relación a la base material de la cultura sami, la obligación de consultar es aplicable a los ámbitos geográficos (zonas tradicionales de los sami) en los condados que se identifican en el acuerdo. Sin embargo, no estarán sujetas a la obligación de consulta los asuntos de carácter general que se supone afectan a la sociedad considerada en su conjunto (sección 2).

Los procedimientos acordados establecen además que las autoridades del Estado darán información completa sobre los asuntos de interés que puedan afectar directamente a los samis, así como sobre todas las circunstancias relevantes en todas las fases del proceso (Sección 3). La información intercambiada entre las autoridades del Estado y el Parlamento Sami en relación con las consultas será pública, salvo que la reserva sea autorizada por la ley (Sección 4).

Las consultas celebradas con el Parlamento Sami se efectuarán de buena fe y su objeto será lograr un acuerdo sobre las acciones propuestas. Las autoridades del Estado informarán lo antes posible a dicho Parlamento del inicio de los asuntos susceptibles de afectar directamente

a los samis, y sobre los intereses de los samis que puedan verse afectados. Luego de esta información, este dará respuesta lo antes posible, si es deseable que se efectúen consultas. El Parlamento Sami podrá también plantear asuntos sobre los cuales desea que se realicen consultas. Una vez que las autoridades del Estado y el Parlamento Sami concuerdan en la necesidad de impulsar consultas sobre un asunto específico, deberán acordar el programa de estas consultas, inclusive las fechas y los lugares del contacto (reuniones, videoconferencias, intercambio de documentación escrita), plazos para las respuestas, posible necesidad de consultas a nivel político y forma de tramitación política. Se destinará tiempo suficiente que permita llevar a cabo consultas eficaces y tratar políticamente las propuestas.

Los mismos procedimientos disponen que si el Parlamento Sami conoce el asunto en cuestión en sesión plenaria, este deberá llevarse a cabo lo antes posible en el proceso. Cuando las materias lo requieran, se acordará la celebración de varias reuniones de consulta y se determinará no dar fin a los asuntos en tanto el Parlamento Sami y el Estado consideren que es posible alcanzar un acuerdo. Cuando un asunto se someta a la consideración del Gobierno deberán indicarse claramente en la presentación a otros ministerios relevantes, los puntos sobre los que se ha logrado un acuerdo con el Parlamento Sami y, en su caso, los asuntos sobre los que no haya ningún acuerdo. En las proposiciones y los informes del Gobierno al Storting, en los que la posición gubernamental difiera de la del Parlamento Sami, se harán constar las consideraciones y posturas del Parlamento Sami (Sección 6). Del proceso de consulta, contenidos y conclusiones se levantará acta (Sección 7).

De acuerdo a estos procedimientos el Gobierno (Ministerio de Asuntos Comunes y Desarrollo Regional) y el Parlamento Sami designarán conjuntamente un grupo de análisis especializado, entre cuyas funciones estará la de presentar un informe anual sobre la situación y las tendencias de desarrollo de la sociedad sami, el que servirá de fundamento

para consultas sobre cuestiones específicas y sobre las necesidades de desarrollo sami. Cuando consideren necesario además realizar estudios de fondo para fortalecer la base fáctica o formal de las evaluaciones y decisiones, esto se hará saber lo antes posible, al objeto de que las partes incluyan en el proceso de consulta las cuestiones relativas a los términos de referencia de estos estudios. (Sección 8).

Finalmente se dispone que en los asuntos en que el Estado planifique consultar a las comunidades locales sami y/o a intereses sami específicos que puedan verse directamente afectados por la legislación o las medidas administrativas en cuestión, el Estado deberá comunicar lo antes posible qué organizaciones o intereses considera se verán afectados por el asunto, y dialogar con el Parlamento Sami acerca de la coordinación de los procesos de consulta. (Sección 9).

Con posterioridad al acuerdo, junto con elaborarse una guía para la implementación del procedimiento de consulta acordado, se han implementado diversos procesos de consulta con el pueblo sami. Así entre el 2005 y el 2007 el Parlamento Sami y el Ministerio del Ambiente impulsaron un proceso de consulta referido al uso de los recursos naturales en el territorio Sami. El objetivo de dicha consulta fue el establecimiento de directrices para el uso de recursos naturales en dicho territorio, cuestión que fue lograda el 2007 y se tradujo en el Acta 63 de junio de 2007. Estas directrices aseguran que los intereses de los sami sean tenidos en consideración en el proceso de planeación de la conservación, a través de procesos de consulta de buena fe con el objeto de lograr acuerdos entre el Estado, el parlamento Sami y las organizaciones de interés sami, así como los titulares de derechos.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (2010) ha valorado el marco convenido entre el Gobierno de Noruega y el Parlamento Sami, constatando que sobre la base de esta normativa se han desarrollado un número creciente de

consultas con pueblos indígenas. Sin embargo, también ha constatado la existencia de visiones discrepantes en torno a si se ha respetado el procedimiento convenido de consultas, en particular en lo referido a si en estas se ha dado inicio a las consultas con suficiente anticipación, y a si en ellas las autoridades estatales han efectuado anuncios durante un proceso de consulta equivalente a una falta de buena fe.

Un ejemplo de ello está dado por la Ley de Minería, en la que el Parlamento Sami considera que el gobierno había anunciado prematuramente su posición en cuanto al tratamiento de los derechos de los sami, antes de que se hubiesen concluido las consultas. El Parlamento Sami describe el proceso de consultas que había comenzado en 2007 en torno a la nueva Ley de Minería, promulgada el 2009, como difícil y carente de un verdadero diálogo y de buena fe de parte del gobierno. El que por su parte declara que se habían realizado consultas con arreglo a los PCSSP; sin embargo, no se había podido alcanzar ningún acuerdo, por lo cual se habían concluido las consultas. (CEACR, 2010).

El Relator Especial James Anaya (2011) considera este acuerdo como una buena práctica y como ejemplo a seguir por otros estados. No obstante, sostiene que las experiencias de consulta indígena realizadas con el Parlamento Sami a través de este procedimiento han tenido resultados mixtos, y que el gobierno ha entrado en procesos de consulta, teniendo en ocasiones decididos los resultados. De todas formas considera que el acuerdo antes referido, si es aplicado correctamente, puede proveer de una herramienta importante para el avance de los derechos sami y el mejoramiento de las relaciones entre los sami y el Estado de Noruega.

2.3.- Nueva Zelanda

Los maoríes son el pueblo indígena de Nueva Zelanda. Su población alcanza a aproximadamente el 17% de la población total de ese país, estimada en cuatro millones de personas. El reconocimiento de los derechos

de los maoríes por Nueva Zelanda se remonta a 1840, año en que fue suscrito el Tratado de Waitangi, instrumento mediante el cual los británicos obtuvieron el gobierno de *Aotearoa*, el territorio ancestral de este pueblo. Más allá de las distintas interpretaciones que los maoríes y Nueva Zelanda tienen sobre su contenido y alcance, en particular en relación a los derechos de soberanía de este pueblo¹⁹⁶, dicho tratado ha sido violado por Nueva Zelanda de múltiples maneras a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX y XX. Ello en particular en lo referido a los derechos propietarios de los maorí. Para el 2005 los maorí conservaban solo el 6% de su territorio ancestral, siendo despojados del 94% restante, que pasó a poder de colonos ingleses. Muchas de las tierras maorí fueron además divididas forzosamente (Stavenhagen, 2006).

Es por ello que en 1975 se estableció el Tribunal de Waitangi mediante la aprobación de un Acta del Parlamento de Nueva Zelanda (NZ). El Tribunal fue creado como un órgano de composición bicultural, con integración maorí, con el mandato de oír las quejas y reclamos de los maorí que habían sido perjudicados por las leyes y políticas de la Corona (gobierno), resultando en el incumplimiento del Tratado de Waitangi.

¹⁹⁶ No existe una versión única del tratado, ya que existen versiones en inglés y maorí. De acuerdo a Nin Tomas las versiones del tratado son diferentes. Bajo la versión inglesa "...los maorí concedían soberanía a la Corona Británica (artículo 1) mientras mantenían los derechos de propiedad sobre sus "Tierras y zonas forestales pesqueras y otras propiedades las cuales ellos pueden poseer colectiva o individualmente en tanto sea su deseo mantenerlas en su posesión" (artículo 2). Los maorí también obtuvieron la "protección real" y el derecho a la ciudadanía británica (artículo 3). De acuerdo al texto maorí "... la Corona Británica obtiene el derecho a gobernar (hacer las leyes) en Nueva Zelanda (artículo 1), mientras los maorí preservan "el ejercicio completo de su máxima autoridad sobre sus tierras, pueblos y todos sus tesoros"(artículo 2). De acuerdo a la versión maorí "la soberanía" es preservada en manos maorí y no solamente los "derechos de propiedad". Desde entonces el conflicto entre las dos versiones ha sido origen de muchos litigios y discusiones jurídicas en los ambientes políticos y legislativos de Aotearoa/ Nueva Zelanda. Esto mantiene inconclusos asuntos de leyes y políticas en Aotearoa/Nueva Zelanda" (Tomas, 2006).

Aunque sus resoluciones no son legalmente vinculantes –salvo en lo referente a reclamos sobre plantaciones del Estado (*state forests*) y a las empresas públicas– desde su creación hasta el 2005 había recibido 1.236 reclamos de parte de los maorí. De ellos el Tribunal había emitido 90 informes que comprendían un total de 428 reclamaciones (*Ibid.*).

Muchos *iwi* (tribus) y *hapu* (clanes) que agrupan a los maorí llevaron sus reclamos directamente al gobierno a través de la Oficina de Negociación de Tratado del Ministerio de Justicia de Nueva Zelanda. De estos reclamos solo 49 habían sido resueltos por el gobierno y 35 estaban parcialmente resueltos. Ellos incluyen los llamados acuerdos históricos que cubren la mitad de la superficie del país. Según el gobierno, existían 18 acuerdos históricos, a los que se sumaban 25 en negociación (Stavenhagen, 2006). De acuerdo al gobierno para el 2014 se debían concluir todos los reclamos.

Los acuerdos logrados hasta la fecha abordan una amplia gama de materias, entre ellas el reconocimiento del daño causado a los maorí, así como una petición de disculpas del gobierno; una compensación financiera y comercial por el incumplimiento del Tratado de Waitangi; y una compensación cultural generalmente vinculada al reconocimiento de la relación espiritual, cultural e histórica o tradicional de los reclamantes con el ambiente natural, sitios, y áreas de interés. Los acuerdos más importantes hasta ahora suscritos en materia de compensación económica han sido los de la pesca comercial de 1992, la que involucra a todo el pueblo maorí, el de Waikato-Tainu Paupatu en la isla norte en 1995, y el de Ngai Tahu en la isla sur en 1997, todos ellos por 170 millones de dólares de Nueva Zelanda. (Office of the Treaty Settlement (New Zealand), 2006).

Aunque Nueva Zelanda tampoco ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, los derechos de consulta de los maorí han sido considerados en el marco del Acta de Manejo de Recursos (*Resource Management Act*) de 1991. Entre los principios establecidos en dicha Acta que conciernen a

los maorí se encuentran el reconocimiento y protección de la relación de este pueblo y de sus tradiciones y culturas con sus tierras, aguas y sitios ancestrales; la protección de su patrimonio histórico y de sus derechos consuetudinarios (Parte II Sección 6 (e, f y g)); la particular preocupación de su *kaitiakitanga* (ejercicio de su custodia) (Sección 7 (a)); y la consideración de los principios del tratado de Waitangi (Sección 8). Sobre la base de estos principios se ha aceptado que los solicitantes en los procesos de petición de autorizaciones ambientales (de recursos) tienen la obligación de informar sobre la consulta en la construcción de una evaluación de efectos ambientales, aunque esta información no sea equivalente a la obligación legal de consultar. A pesar de ello, se reconoce como una buena práctica de los solicitantes de autorizaciones de recursos la consulta con los maorí (*tangata whenua*) cuando sus propuestas pueden afectar a los asuntos mencionados en los artículos 6 (e) y (f), la sección 7 (a) y el artículo 8 de la RMA.

También se entiende que las autoridades locales deben consultar en la preparación de los documentos de planificación cuando sea probable afecten los intereses maorí reconocidos en la RMA. Igualmente, se entiende que puede haber una mayor obligación de las autoridades para consultar con los maorí cuando saben que ellos tienen una relación especial con el área afectada por una propuesta. En el proceso de aprobación las autoridades deben evaluar cuidadosamente, después de una indagación razonable, si un *iwi* (tribu) o *hapu* (clanes) maorí o un representante de ellos deben ser personalmente notificados de una solicitud de autorización de recursos. Finalmente, la Corona (el Estado), como parte del Tratado de Waitangi, tiene la obligación estricta de consultar cada vez que lleva a cabo acciones que puedan afectar a los intereses de los maorí. Sin embargo, el alcance de dicha consulta estará determinada por la relevancia de la afectación de sus intereses. (Ministry for the Environment sf).

En cuanto a los propósitos u objetivos de la consulta se reconoce que estos incluyen tanto

la protección de los derechos de los maorí en virtud del Tratado de Waitangi, como la obtención de información sobre los efectos potenciales de una propuesta sobre el medio ambiente y los maorí. En cuanto al método o grado de consulta, esto dependerá de las circunstancias de cada caso particular. Sin embargo, se reconoce entre sus principios orientadores la justeza o equidad y el que estas deben llevarse a cabo con una mente abierta (*ibid.*). El derecho de los maorí a ser consultados no implica, no obstante, un derecho de veto sobre el proyecto. Los *iwi* como peticionarios deben asegurar que sus preocupaciones acerca de una solicitud de autorización de recursos sean claramente expresadas, de modo que estas sean nítidamente identificadas en el proceso de solicitud y de que se pueda solicitar información adicional según se requiera (*ibid.*).

La jurisprudencia de los tribunales se ha pronunciado crecientemente en torno a la consulta de los maorí en el contexto de la aplicación del Acta de Manejo de Recursos (RMA). Así en el caso de *Greenpeace of New Zealand Inc v Minister of Energy and Resources and New Zealand* [2012] un magistrado de la Alta Corte (*High Court*) dispuso que la consulta y la buena fe era un camino de doble vía, estableciendo obligaciones tanto para la Corona como para los maorí. La Corte en este caso sostuvo que la Corona había realizado de buena fe todos los esfuerzos para consultar a los maorí involucrados en el caso, pero estos habían rehusado hacerlo. Sostuvo que ellos deberían haber manifestado sus preocupaciones en el proceso de consulta, y no posteriormente en un proceso judicial. En el caso *Hoete v Minister of Local Government* [2012] la Corte se pronunció sobre quien debía ser consultado. Reconociendo las complejidades que ello implica, sostuvo que la consulta debía ser realizada a un amplio número de personas, más allá de los propietarios registrados. En el caso *Trustees of Tūhua Trust Board v Minister of Local Government* [2012] la Corte consideró que el Ministerio de Asuntos Locales había fracasado en el desarrollo de la consulta con las autoridades indígenas en relación a un plan de distrito para las islas Tūhua. Manifestó su preo-

cupación por el hecho de que la consulta no se hizo cara a cara, con los representantes del *iwi* al menos. En el caso *Wakatu Inc v Tasman District Council* [2012] el Tribunal sostuvo que la manera en que la consulta inicial se había llevado a cabo por el Distrito pudo haber tenido efectos adversos sobre la capacidad de la demandante para ejercitar *kaitiakitanga* sobre el río Motueka. (Hagan, 2013).

En cuanto a las medidas legislativas que afectan a los maorí, el análisis de algunos proyectos legislativos recientes de gran impacto en su población permite constatar que estos no les fueron consultados de manera adecuada por las autoridades. Uno de los casos más conocidos es el de la Ley sobre la playa y los fondos marinos (*Foreshore and Seabed Act*) de 2004, la que afectó los derechos consuetudinarios de los maorí sobre estos territorios de ocupación y uso ancestral. La legislación tenía como objetivo explícito el proteger los derechos de acceso de todos los neozelandeses, y proteger los derechos consuetudinarios donde estos puedan ser establecidos. En el proceso de su discusión, el gobierno impulsó 11 reuniones públicas donde este estima participaron tres mil maorí. Los líderes maorí participantes en este proceso aseguran no haber sido escuchados. Paralelamente, dichos líderes impulsaron un proceso en el país que culminó con un planteamiento público (*Paeroa Declaration*) en que se consideraba la playa y el fondo marino como propiedad consuetudinaria maorí. Este proceso, sin embargo, fue desarrollado fuera del proceso oficial de consulta, sin que se diseñaran métodos adecuados para transmitir sus resultados a la Corona. El gobierno dejó en claro que el objetivo de la consulta no era el de un referéndum. Otras críticas al proceso de consulta gubernamental fueron la falta de información adecuada entregada a los maorí, y el breve tiempo otorgado –seis semanas– para permitir el envío de planteamientos. El 94% de las sumisiones hechas al parlamento se oponían al Acta propuesta. Las objeciones realizadas, sin embargo, no tuvieron ningún impacto en el texto final del Acta aprobada. (Battersby, 2013).

Otro caso análogo más reciente es el de la consulta de la reforma del Acta sobre las Empresas de Propiedad del Estado (*State Owned Enterprises*) de 1986. Dicha reforma legislativa fue propuesta por el gobierno el 2012 a objeto de privatizar hasta el 49% de diversas empresas de propiedad del Estado. Cabe señalar que la legislación de 1986 protegía los principios del Tratado de Waitangi, al disponer que nada en esta Acta podía ser inconsistente con ellos. De esa manera, cualquier reforma a dicha Acta afectaría directamente a los derechos de los maoríes establecidos en el Tratado. En enero de 2012 el gobierno anunció una serie de reuniones para consultar a los maorí sobre la reforma propuesta. Al momento de hacer este anuncio, el gobierno ya había decidido comenzar con las ventas parciales de la propiedad de dichas empresas. El proceso de consulta anunciado por el gobierno otorgaba 22 días para hacer llegar planteamientos. El objetivo del mismo era conversar con los maoríes y entender sus puntos de vista, y no acomodar intereses con los maoríes. La consulta no afectaría el proceso de ventas en desarrollo de acuerdo a la decisión de las autoridades. (*Ibid*).

Siempre en materia de medidas legislativas susceptibles de afectar a este pueblo indígena, se debe señalar que Nueva Zelanda ha establecido desde temprano escaños especiales para sus representantes en el Parlamento. Dicha participación se instauró con la dictación de la Ley de Representación Maorí de 1867¹⁹⁷, sobre la base de la cual los maorí pasaron a elegir a representantes en cuatro escaños en el Parlamento, en tanto que los europeos elegían a 72, lo que determinó su sub representación en esta instancia de toma de decisión. (*Waitangi Tribunal*, sf).

A pesar de las críticas al sistema, y de los intentos de eliminar dicha representación especial, esta se mantuvo a lo largo del siglo XX. En 1993 se estableció el sistema de representación electoral

¹⁹⁷ Su origen dataría, sin embargo, del Acta Constitucional de Nueva Zelanda aprobada por el Parlamento Británico en 1852.

mixto proporcional (MMP) que permitió a los maorí registrarse en un padrón electoral maorí creado para estos efectos, padrón que elige a siete representantes en el Parlamento, o en el padrón general. Esta alternativa, se basa en criterios de autoidentificación indígena, y permite a los maorí asegurar una representación mínima en esta instancia. A la vez les permite no ser marginados de elegir a representantes en el padrón general. Desde entonces el porcentaje de representación maorí en el Parlamento se ha incrementado. Al 2011 el total de representantes maorí en el Parlamento alcanzaba a 21 del total de 121, lo que representa el 17.3% de su composición total, cifra levemente superior a su porcentaje de población.

A contar del 2004 se creó el Partido Maorí, el que ha contribuido a la elección de representantes indígenas en el Parlamento. Por otro lado, durante los últimos años los partidos políticos neozelandeses no maorí, han puesto a candidatos maorí en los primeros puestos de las listas partidarias con el fin de asegurarse el apoyo de los votantes maorí del registro general. Un total cercano al 25% de los candidatos de estas listas son de origen maorí. La participación maorí en el parlamento ha tenido implicancias relevantes para este pueblo. Es así como la legislación que favorece sus derechos y los fondos adicionales previstos en el presupuesto para este pueblo, se deben claramente a la mayor representación indígena en esta instancia (OIT, 2009). El sistema electoral vigente en Nueva Zelanda es hoy evaluado positivamente por la población de ese país, incluyendo a la población maorí (*Economist Intelligence Unit*, 2012).

Reflexiones finales

Como hemos visto en esta sección, el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas frente a las medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles directamente, referidas a sus tierras, a sus recursos naturales, a sus culturas, y en general a sus vidas, ha sido

objeto de preocupación no solo por los estados de la región, sino que también fuera de ella, incluso por estados que no han ratificado el Convenio 169.

Hemos podido constatar que el desarrollo normativo de este derecho ha sido en general bastante insuficiente, ya que en la mayor parte de los estados analizados las normas domésticas adoptadas, lejos de aplicar el estándar del Convenio 169 sobre la materia, han tendido a limitarlo. Ello incluso en el caso de Perú, único país que como vimos cuenta con una legislación de aplicación general sobre este derecho que concitó expectativas en los pueblos indígenas y observadores internacionales, pero cuya reglamentación mediante Decreto Supremo gubernamental ha sido fuertemente cuestionada. Ello no solo por no haber considerado adecuadamente la participación indígena en su elaboración, sino por cuanto restringe de diversas formas –incluyendo entre otros aspectos, la naturaleza de las medidas a ser consultadas, el momento de su realización, y su financiación– el ejercicio de este derecho.

En ausencia de desarrollos normativos que hayan permitido efectivizar el ejercicio de este derecho por parte de los pueblos indígenas, se constata en casi todos los contextos analizados que este ha sido reclamado ante las instancias de justicia ordinaria y constitucional, instancias que han desarrollado, en algunos contextos, una jurisprudencia de gran relevancia. Es el caso de Colombia, cuya Corte Constitucional ha producido posiblemente la más rica jurisprudencia en la materia, acogiendo las reclamaciones de pueblos indígenas frente a numerosos proyectos de inversión que afectan sus tierras y territorios, frente a los cuales no han sido consultados. En años recientes dicha Corte, recogiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Saramaka vs Surinam*, ha reconocido, tratándose de proyectos de inversión de gran escala que generan impacto mayor, el derecho de los pueblos indígenas no solo a la consulta, sino también en ciertos casos al consentimiento libre, previo e informado de estos pueblos.

La jurisprudencia de la Corte también ha dejado sin efecto iniciativas legislativas que no contaban con procesos de consulta indígena, estableciendo un precedente relevante para otros estados.

También destacable es el desarrollo jurisprudencial verificado en los últimos años en Canadá, cuya Corte Suprema luego de reconocer el deber del Estado de consultar y acomodar intereses cuando se afecte el título aborígen sobre sus tierras de ocupación ancestral, ha reconocido más recientemente (2014) que existiendo dicho título, el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas cuando da impulso en ellos a iniciativas de desarrollo.

Destaca también la experiencia de estados que han establecido mecanismos para hacer posible la participación indígena en los parlamentos que toman decisiones y legislan sobre las materias que les conciernen. Los escaños especiales de representación indígena establecidos en Bolivia, Colombia y Nueva Zelanda, si bien no sustituyen la necesidad de desarrollar procesos de consulta a los pueblos indígenas a través de sus instituciones representativas, como lo establece el Convenio 169, sin duda incrementan las posibilidades de los pueblos indígenas de incidir en la adopción de legislación sobre las materias que interesan a sus pueblos, incluyendo la adopción de normativa sobre este derecho. De particular interés, finalmente, es el caso de Noruega, donde el pueblo sami logró el establecimiento del Parlamento Sami como instancia de representación y consulta indígena, instancia que el 2005 suscribió con el gobierno de Noruega un acuerdo referido a los procedimientos que regulan el derecho a la consulta.

Se trata, sin lugar a dudas, de experiencias de las que el Estado de Chile debería aprender dado sus evidentes déficit en la implementación de este derecho, los que fueron representados recientemente por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en sus observaciones al Informe periódico sobre el Pac-

to de Derechos Civiles y Políticos. Cabe aclarar que al hablar del Estado no solo nos referimos al Ejecutivo, el que debe asumir un necesario liderazgo en esta materia, sino también al Legislativo, que como en el caso de Perú podría elaborar una legislación de carácter general para asegurar el ejercicio de este derecho. Ello reviste además importancia en el contexto del fuerte cuestionamiento de la reglamentación de consulta elaborada por el gobierno de Piñera, analizada anteriormente en este estudio.

Nos referimos, por último, también al Poder Judicial, el que en una interpretación evolutiva del derecho internacional aplicable a pueblos indígenas podría ir más allá del deber de consulta del Estado frente a medidas susceptibles de afectar directamente a estos pueblos, para considerar, cuando el derecho internacional así lo reconoce, su derecho al consentimiento, libre, previo e informado frente a las mismas medidas.

BIBLIOGRAFÍA

- AIDSESEP. Perú. 2012. *Aideseep rechaza el reglamento de consulta previa y lamenta la decisión del gobierno* (4 abril 2012). Disponible en: <http://servindi.org/actualidad/62444>
- ASSEMBLY OF FIRST NATIONS ET AL. 2011, *Joint Statement by the Assembly of First Nations et al., Permanent Forum on Indigenous Issues, Tenth Session*. Disponible en: <http://www.afn.ca/index.php/en/news-media/current-issues/permanent-forum-on-indigenous-issues-free-prior-and-informed-consent>
- AMELLER T. Vladimir y Diego A Chávez. 2012. "La consulta previa en el Estado boliviano". En Vladimir Ameller et al., *El derecho a la consulta previa de los Pueblos Indígenas en América Latina*, Fundación Konrad Adenauer (KAS), La Paz, p.11-42.
- ANAYA, James. 2009. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, 15 de julio de 2009, A/HRC/12/34. Disponible en: http://unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2009_hrc_annual_report_sp.pdf
- , 2009. *Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de pueblos indígenas en Chile*, 24 de abril 2009, en *La situación de los Pueblos Indígenas en Chile: seguimiento de las recomendaciones hechas por el Relator anterior*, A/HRC/12/34/Add.6. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A.HRC.12.34.Add.6_sp.pdf
- , 2010. *La situación de los pueblos indígenas en Colombia: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*. Naciones Unidas, A/HRC/15/34 8. Disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/esp/country-reports/situacion-de-los-pueblos-indigenas-en-colombia>
- , 2011. *The situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland*. Disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/country-reports/the-situation-of-the-sami-people-in-the-sapmi-region-of-norway-sweden-and-finland-2011>
- , *El deber de consulta estatal a los pueblos indígenas dentro del derecho internacional*, Conferencia en el Evento "El rol de los Ombudsman en América Latina: La consulta previa a los pueblos indígenas", Lima, 25 de abril de 2013. Disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/1660-deber-de-consulta-previa.html>
- AYLWIN, José. 1999. *Indigenous peoples rights in Chile and Canada: A comparative study* (Master Thesis at UBC, Canada). Disponible en: <https://circle.ubc.ca/handle/2429/9390>
- AYLWIN, José et al., 2010. *Las implicancias de la ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile*. Observatorio Ciudadano, Heinrich Böll Stiftung, Cono Sur. Disponible en: http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/libro_ley169.pdf
- BATTERSBY, Sara Kate. 2013. "The Duty To Consult: What Aotearoa New Zealand can Learn from Canada" *Tai Haruru – Journal of Maori and Indigenous Issues*, Volume 4-2013. Pp 2-26.
- CÁRDENAS, Víctor Hugo. 2012. "Participación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en Bolivia". En Víctor Hugo Cárdenas, et al., *Participación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en América Latina*. Fundación Konrad Adenauer, La Paz, pp.18-64.

- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (NACIONES UNIDAS, 2014). *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile, 111 periodo de sesiones, 7 al 25 de julio de 2014* (Versión no editada)
- COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION (UNITED NATIONS. 2012. *Concluding observations of the Committee on the Elimination of racial Discrimination, Canada*. CERD/C/CAN/CO/19-0. 9 de marzo de 2012. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/CERD.C.CAN.CO.19-20.pdf>.
- CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009.
- CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2010.
- CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (COMITÉ DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENCIONES Y RECOMENDACIONES). *Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2014(1)*. Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2014.
- DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION- OXFAM. 2011. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, Due Process of Law Foundation, Washington DC.
- ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. 2012. *New Zealand Country Profile*. EIU, Londres.
- FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS-ASAMBLEA PERMANENTE DE DERECHOS HUMANOS DE BOLIVIA, Informe de Verificación de la consulta realizada en el territorio indígena Parque Nacional Isiboro-Sécure, 2013. Disponible en <http://fidh.org/IMG/pdf/bolovie609esp2013.pdf>
- FIDLER, Courtney y Michael Hitch, "Impact Benefit Agreements: A contentious issue for environmental and aboriginal justice". En *Environmental Journal* 35 (2) 2007,49-69. Disponible en: <http://cbern.sharpschool.com/kr/One.aspx?objectId=10486948&contextId=677979&lastCat=10486919>
- GIBSON, Ginger y Ciaran O'Faircheallaigh. 2010. *IBA Community Toolkit. Negotiation and Implementation of Impact benefit Agreements*. Toronto.
- GOVERNMENT OF CANADA. 2011. *Aboriginal Consultation and Accommodation, Updated Guidelines for Federal Officials to Fulfil the Duty to Consult*. Ottawa.
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS DE LA COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2012. *Análisis crítico de la consulta previa en Perú. Informes sobre el proceso de reglamentación de la ley de consulta y del Reglamento*. Realidades SA Lima, 2012.
- HAGAN, Kirsten. 2013. "Māori interests in natural resource management: 2012 in review. March 2013". *Māori Law Review*. Disponible en: <http://maorilawreview.co.nz/2013/03/maori-interests-in-natural-resource-management-2012-in-review/>
- JOSEFSEN, Eva. 2010. *Los saami y los parlamentos nacionales: Medios de influencia política*, UIP y PNUD, México.
- JURADO NACIONAL DE ELECCIONES. 2012. *Participación política de comunidades nativas y pueblos originarios del Perú*. Módulo de capacitación. Lima: Jurado Nacional de Elecciones.
- LAND CLAIMS AGREEMENT COALITION. 2009. *Submission to the Standing Committee on Aboriginal Affairs and Northern Development May 12, 2009 "A Legacy of Colonialism and Paternalism"*. Disponible en: http://www.landclaimscoalition.ca/pdf/090504-LCAC_Submission_to_AANO-Final.pdf

- MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES DE NORUEGA et al., 2014. Procedimientos para las consultas entre las autoridades y el parlamento Sami de Noruega, Ministerio de Asuntos Exteriores. Disponible en: http://www.regjeringen.no/upload/KMD/SAMI/Same/Konsultasjonsavtalen_spansk.pdf
- MINISTRY FOR THE ENVIRONMENT (New Zealand) (s.f) *Guidelines for Consulting with tangata Whenua under the RMA*. Disponible en: <https://www.mfe.govt.nz/publications/rma/guidelines-tangata-whenua-dec03/html/index.html>
- PADILLA, Guillermo. 2011. "Colombia: Violencia, interculturalidad y democracia". En Víctor Hugo Cárdenas et al., *Participación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en América Latina*. Fundación Konrad Adenauer, La Paz, Bolivia. pp. 141-70.
- OFFICE OF THE TREATY SETTLEMENT (New Zealand) 2006. *Healing the past, building the future*, Wellington.
- PARLIAMENT LIBRARY. 2009. *The Origins of the Moari Seats*. Disponible en: <http://www.parliament.nz/resource/0000111521>
- OIT, 2009. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*. OIT, Ginebra. 2009.
- OIT, 2003, *Un Manual*, Ginebra. 2007.
- OIT, 2010, *Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT*, Ginebra. 2009-2010
- RODRÍGUEZ G., César y Natalia Orduz S., *La consulta previa. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas de Colombia*. De justicia, Bogotá, 2012.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, 2004. *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Rodolfo Stavenhagen, Addendum, Mission to Canada*, UN, Commission on Human Rights, E/CN.4/2005/88/Add.2, 2 december 2004.
- , 2008. *Informe del Relator Especial sobre la Situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Adición Misión a Bolivia*, Naciones Unidas, A/HRC/9/11/Add.2, 2008.
- , *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Rodolfo Stavenhagen. Mission to New Zealand*, United Nations, 2006.
- TOMAS, Nin. 2008. "Los derechos del pueblo Maori en Aotearoa/nueva Zelanda", en Álvaro Bello y José Aylwin ed., *Globalización, derechos humanos y pueblos indígenas*. Observatorio de Derechos de Pueblos Indígenas, Santiago. pp. 206-233.
- WAITANGI TRIBUNAL.s/f. *Maori Electoral Option Report*. Disponible en: <http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/reports/viewchapter.asp?reportID=C04FF009-8245-455E-9BF2-A8998413132F&chapter=8>
- YRIGOYEN, Raquel. 2011. "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización". En *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. César Rodríguez G. coord., 139-59. Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

AUTORES

José Aylwin Oyarzún

Abogado, Magíster en Derecho en la Universidad de British Columbia, Canadá. Es codirector del Observatorio Ciudadano, ONG de promoción y defensa de derechos humanos. Es profesor del curso de Derechos Indígenas en la Universidad Austral de Chile. Autor de diversas publicaciones sobre la temática de los derechos humanos, ciudadanía y derechos de los pueblos indígenas en Chile y el exterior, varias de ellas publicadas por IWGIA, entidad de la que es colaborador. Desde el 2013 integra el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile

Matías Meza-Lopehandía G.

Abogado de la Universidad de Chile y MSc en Derechos Humanos en *London School of Economics and Political Science* (Universidad de Londres). Desde 2005 ha trabajado en derechos humanos, especializándose en los derechos de los pueblos indígenas, desempeñándose como abogado e investigador.

Es editor y coautor del libro "Las Implicancias de la Ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile" (2010), coautor de "Las Aguas Indígenas en Chile" (2011) y de "Los Pueblos Indígenas y el Derecho" (2013). Además ha escrito artículos especializados relativos a pueblos indígenas, derechos fundamentales y la institucionalidad chilena.

En 2010 fue distinguido con la beca "Rómulo Gallegos", lo que le permitió trabajar durante un año en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en Washington D.C. En 2012 obtuvo la beca CONICYT Becas Chile para continuar sus estudios de postgrado en Reino Unido.

Hernando Silva Neriz

Egresado de la carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Realizó su práctica profesional en la Oficina especializada en Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial de Santiago.

Desde el año 2008 se desempeña como investigador y coordinador del equipo jurídico del Observatorio Ciudadano, participando en diversa iniciativas de investigación relativas a derechos de Pueblos Indígenas. Es coautor del libro "Las Implicancias de la Ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile" (2010), y coautor de "Las Aguas Indígenas en Chile" (2011)

Se ha desempeñado como asesor jurídico de diversas comunidades indígenas afectadas por proyectos de inversión en sus territorios, desarrollando labores relativas a documentación de casos y definición de estrategias jurídicas y judiciales para la defensa de los derechos vulnerados.

Nancy Yáñez Fuenzalida

Abogada, Magíster en Derecho Internacional mención derechos humanos, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos, y Doctora en Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Codirectora del Observatorio Ciudadano (ex Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas). Especialista en derechos indígenas, derechos territoriales, recursos naturales y derechos de agua.

Es profesora de Antropología Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y profesora del Programa de Formación de Derechos Humanos para Pueblos Indígenas del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto, Bilbao, España, en colaboración con la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Autora de diversas publicaciones, entre las que destacan: "Programa de Derechos Indígenas. Los derechos de los pueblos indígenas en Chile" (2003); en coautoría con Raúl Molina y Martín Correa, "La Reforma Agraria y las Tierras Mapuches" (LOM, 2004); en coautoría con José Aylwin, "El Gobierno de Lagos, los pueblos indígenas y el 'nuevo trato'" (LOM, 2007); en coautoría con Susan Poats, "Derechos de Agua y Gestión Ciudadana" (Agua Sustentable, 2007); en coautoría con René Orellana, "Servicios de Agua Potable Regulación y Pobreza" (Agua Sustentable, 2007); en coautoría con Raúl Molina, "La gran minería y los derechos indígenas en el norte de Chile" (LOM, 2008); en coautoría con Raúl Molina, "Las Aguas Indígenas en Chile" (LOM, 2011); y en coautoría con José Aylwin y Matías Meza-Lopehandía, "Los pueblos indígenas y el derecho" (LOM, 2014).

