



Consulta previa indígena, proyectos de ley y recursos naturales

Autor

Matías Meza-Lopehandia G.

Email:

mmezalopehandia@bcn.cl

Tel.: (56) 32 226 3965

Comisión

Elaborado para la Comisión Agricultura, Senados, en el marco de la discusión del proyecto de ley que reforma el Código de Aguas (Boletín N° 7543-12)

N° SUP: 116039

Resumen

El derecho internacional de los derechos humanos establece la obligación de consultar a los pueblos indígenas de buena fe y con la finalidad de alcanzar su consentimiento, cada vez que se prevea adoptar medidas administrativas o legislativas que puedan afectarlos. Estas últimas incluyen a los proyectos de ley.

De acuerdo al estándar internacional, la consulta procede cuando exista una posibilidad (no certeza) de un impacto directo (no remoto) y específico (en tanto indígenas) de la medida propuesta sobre derechos o intereses indígenas. Además, pareciera que las medidas de resguardo, requieren el consentimiento indígena para ser adoptadas.

De particular importancia en el derecho internacional, es la protección de territorios indígenas, entendidos éstos como el hábitat con el que los indígenas se relacionan, incluyendo sus recursos naturales.

Lo anterior, apunta a que las medidas legislativas que busquen la regulación del acceso a tierras, territorios o recursos naturales, afectando derecho e intereses de un pueblo indígena, generan el deber de consulta previa.

Así lo ha señalado explícitamente el anterior Relator Especial de Naciones Unidas sobre derechos indígenas, en sus recomendaciones a Chile.

Últimamente, el Ejecutivo ha seguido esa orientación, por ejemplo, respecto de indicaciones al proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad.

Introducción

La Comisión de Agricultura del Senado se encuentra revisando en segundo trámite el proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados que reforma el Código de Aguas (Boletín N° 7543-12)¹.

La propuesta de dicha corporación reforma aspectos medulares de la regulación de las aguas en Chile. En términos generales, se puede señalar que se propone reformular el derecho de aprovechamiento de aguas, pasando éste de ser un derecho real de carácter perpetuo y gratuito, transferible y transmisible, asimilable al dominio, a uno temporal y sujeto a causales de caducidad, asimilable al derecho de uso y goce². Asimismo, establece una preferencia por el consumo humano y ordena mantener el equilibrio entre la función ecosistémica y la productiva³.

Además de estos cambios de carácter general, el proyecto contiene otras modificaciones específicas que también podrían tener efectos sobre los pueblos y comunidades indígenas del país⁴, incluyendo aquellas disposiciones que los mencionan explícitamente como sujetos de medidas de resguardo⁵.

En este marco, la Comisión de Agricultura citada solicitó a la BCN un informe sobre la obligación internacional de consulta previa indígena respecto de proyectos de ley.

Para ello, se explica el origen de la obligación de consulta previa indígena y su contenido en el ordenamiento jurídico chileno, incluyendo la jurisprudencia constitucional y ordinaria y la práctica del poder ejecutivo. Se atiende especialmente la cuestión de los criterios que hacen exigible la consulta previa y del sujeto obligado a realizar la consulta.

Este informe es una adaptación y actualización de otros anteriores del mismo autor⁶.

¹ [Oficio N° 12.955-2016](#).

² La definición esta en el nuevo artículo 6 propuesto. La eliminación de conceptos como propiedad y dominio parece confirmar que se propone modificar el contenido del derecho real desde el dominio hacia el uso y goce (por ejemplo, ver numerales 7 y 10.a del artículo único que modifican artículos 15 y 20 del Código de Aguas vigente).

³ Cfr. nuevo art. 5° bis propuesto.

⁴ Por ejemplo, el nuevo artículo 58 propuesto exige una autorización especial para efectuar exploraciones en terrenos públicos o privados de zonas que alimenten vegas, pajonales y bofedales en el norte del país, y en humedales protegidos.

⁵ El nuevo art. 5° propuesto, establece el deber estatal de protección de las tierras y aguas en territorios indígenas; el art. 129 bis 9 exceptiona a los indígenas y sus comunidades del pago de ciertas patentes; el artículo segundo transitorio los exime de la caducidad de derechos por falta de inscripción y el 5° los exime de la suspensión de derechos por otorgamiento posterior a declaración de cuenca agotada.

⁶ BCN, 2016, 2018a y 2018b.

I. La consulta previa indígena

1. Origen de la consulta

La consulta previa indígena es un mecanismo de diálogo intercultural entre el Estado y los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas, orientado a la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas respecto de las medidas que pueden afectarlos.

Su origen se encuentra en el derecho internacional de los derechos humanos. Su norma matriz está en el artículo 6° del [Convenio 169 de la OIT](#), ratificado por Chile en 2008⁷:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, *cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*;[...]
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas⁸.

Desde ahí ha permeado a otros instrumentos internacionales, como la [Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas](#) (2007)⁹ y la reciente [Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas](#) (2016)¹⁰, ambos firmados por Chile. Este último documento agrega específicamente el derecho colectivo de los pueblos indígenas a la “participación plena y efectiva”, a través de representantes propios elegidos conforme a su propio derecho, “en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con *la elaboración y ejecución de leyes*”, y en general “acciones relacionadas con los asuntos indígenas”¹¹.

La consulta ingresó al sistema jurídico chileno con la entrada en vigor del Convenio 169 de la OIT en 2009¹². Con anterioridad, la Ley de Desarrollo Indígena (LDI) contenía normas de participación, que incluían la obligación de los organismos del Estado de “escuchar y considerar” a las organizaciones indígenas legalizadas, cuando se traten materias relativas a cuestiones indígenas (art. 34). Sin embargo, se trataría de un estándar distinto. En palabras del Tribunal Constitucional, entre el

⁷ BCN, 2016.

⁸ Énfasis añadido

⁹ Artículo 19. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar *medidas legislativas* o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado [énfasis añadido].

¹⁰ Artículo XXIII. Participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas [...] 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar *medidas legislativas* o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado [énfasis añadido].

¹¹ Art. XIII.1. Énfasis añadido.

¹² La Ley de Desarrollo Indígena N.º 19.253 de 1993 contiene normas de participación indígena. Además de contemplar consejeros indígenas en el organismo superior de CONADI, establece el deber de los órganos públicos de “escuchar y considerar” a las organizaciones indígenas legalizadas, cuando se traten materias relativas a cuestiones indígenas (art. 34). Esta forma de participación es distinta a la consulta previa, pues no implica un diálogo intercultural orientado a obtener el consentimiento indígena (BCN, 2016).

procedimiento de la LDI y la consulta previa del Convenio existiría una "diferencia esencial", consistente en la finalidad de llegar a un acuerdo que debe tener esta última¹³.

2. Garantías de la consulta previa

Conforme al estándar desarrollado por distintos organismos internacionales y la jurisprudencia nacional, la consulta debe cumplir con determinadas garantías para construirse como un instrumento para el diálogo intercultural que facilite el acomodo de la diversidad cultural al interior del Estado. Así, la consulta (i) siempre debe ser anterior a la toma de decisión; (ii) debe llevarse a cabo de buena fe, lo que a su vez, implica que no se agota en la mera entrega de información, sino que se trata de un proceso continuo; (iii) debe realizarse a través mecanismos orientados a alcanzar el consentimiento respecto de la medida propuesta, lo que puede requerir bilingüismo y plazos flexibles; y (iv) dichos mecanismos ser consensuados con los pueblos interesados¹⁴.

3. Medidas favorables

El artículo 6° del Convenio se refiere a las medidas susceptibles de *afectar* a los pueblos indígenas. Este verbo tiene una doble connotación, porque bien puede referirse a cualquier clase de efectos, o sólo a aquellos de carácter negativo¹⁵. En otras palabras, no es claro si la norma se refiere solo a aquellas medidas que pueden afectar negativamente a los pueblos indígenas, o a todas aquellas que puedan tener un efecto directo, independientemente de su signo.

La duda parece despejarse al revisar el contenido del artículo 4 del Convenio, referido a las medidas especiales de salvaguarda que se pretendan adoptar. Esta disposición señala, que "[t]ales medidas especiales *no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados*"¹⁶.

De esta manera, se puede sostener que el artículo 6 se aplica para las medidas susceptibles de generar efectos negativos en los pueblos indígenas, mientras que el artículo 4 sería aplicable a las medidas favorables¹⁷. De esta manera el procedimiento aplicable a este último caso debería

¹³ "La argumentación del Presidente de la República en orden a que este tipo de consultas ya se encuentra establecido en nuestra legislación, citando en abono de sus tesis los artículos 34, 39, letra j), y 48, de la Ley Indígena, no es compartida por este Tribunal, habida consideración de la *diferencia esencial* que tiene la consulta a que se refiere el artículo 6°, N° 1°, letra a), de la Convención N° 169, con aquellas otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo. Para demostrarlo baste señalar que si bien la respuesta a la consulta a que se refiere el tratado no tiene un carácter vinculante stricto sensu si tiene *una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el N° 2° del mismo artículo 6°* que dice: "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" (STC, 309-2000:c.6°; énfasis añadido).

¹⁴ BCN, 2016:4.

¹⁵ El diccionario de la RAE (2017), anota en el N° 3 que *afectar* (dicho de una cosa) es "[h]acer impresión en alguien, causando en él alguna sensación; el N° 7 se refiere a "[m]enoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente".

¹⁶ Art. 4.2. Convenio 169 OIT.

¹⁷ Raquel Yrigoyen (2013), sostiene que la norma del artículo 4 es uno de los casos en que el consentimiento previo deja de ser la finalidad de la consulta previa, y pasa a constituirse como requisito *sine qua non* de la decisión consultada. Su fundamento estaría en las experiencias de asimilación forzada y genocidio justificadas como "progreso cultural".

organizarse para permitir la "libre expresión de los deseos" de los pueblos concernidos, lo que es distinto al procedimiento para facilitar un diálogo intercultural.

II. El objeto de la consulta previa

Como se desprende de los textos citados, lo que origina el deber de consulta, es la intención de adoptar una medida (administrativa o legislativa) que pueda afectar a los pueblos indígenas. En este sentido, las leyes, en tanto medidas legislativas por excelencia, deben ser consultadas antes de su adopción, esto es, durante el proceso de formación de la ley.

Ahora bien, el Convenio 169 no exige consultar todos los proyectos de ley que se tramiten, sino que sólo aquellos que cumplan con los criterios que aquel mismo establece. Conforme a éste, deben consultarse los proyectos que sean *susceptibles de afectar directamente* a los pueblos concernidos.

De esta manera, para que surja la obligación de consultar un proyecto, debe existir (i) una posibilidad de la afectación ("susceptibilidad de afectación"); y (ii) que dicha posible afectación sea directa, o sea, que no sea remota. A continuación, se revisa el modo en que se han entendido estos elementos en el derecho internacional y en el ordenamiento jurídico nacional.

1. La posibilidad de afectación

Respecto del primer elemento, se ha señalado que se requiere *la posibilidad* de que se produzca un efecto o impacto adverso en los derechos o intereses de los pueblos indígenas, pero *no la certeza* de que se produzca tal afectación. Esto se explicaría porque se trata de los efectos que la medida que se pretende adoptar puede tener en una forma de vida o cultura distinta a la dominante, por lo que aquellos podrían no ser inmediatamente visibles desde el paradigma hegemónico¹⁸.

En esta línea, el Relator Especial de Naciones Unidas para pueblos indígenas, James Anaya, ha señalado que deben consultarse las medidas que puedan "afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad"¹⁹. Por ello, se ha sostenido que una de las funciones de la consulta previa indígena es hacer visibles impactos en un contexto intercultural²⁰.

Esta interpretación ha tenido eco en ministros del Tribunal Constitucional (TC) chileno, particularmente en la decisión sobre la constitucionalidad del "Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales"²¹. En su sentencia, el TC declinó referirse a la cuestión de la consulta, por no haber sido planteada oportunamente. Sin embargo, en su voto disidente, los Ministros Carmona y García señalaron que el proyecto debía ser consultado por su objeto y la amplitud de su impacto, y afirmaron que no podría desecharse la consulta previa sobre la base de una opinión *a priori* sobre sus efectos, pues de lo contrario "la consulta pierd[e] sentido, por existir un prejuicio afinado"²².

¹⁸ López y Mohr, 2014.

¹⁹ NN.UU., 2009: párr. 43.

²⁰ Meza-Lopehandía, 2013.

²¹ STC, rol 1988-2011.

²² STC, rol 1988-2011:c.14.

2. Afectación directa y específica

El segundo elemento señalado busca limitar el alcance de la consulta a aquellas medidas que puedan tener un impacto específico y directo sobre los pueblos indígenas. El propio Relator ha señalado que el concepto de afectación directa no puede entenderse en un sentido literal, pues “prácticamente toda decisión legislativa y administrativa que adopte un Estado puede afectar de una u otra manera a los pueblos indígenas del Estado, al igual que al resto de la población”²³. Ahora bien, según Contesse, esto no significa que aquellas medidas que tengan un alcance general no deban ser consultadas. Por el contrario, aquéllas deben ser consultadas si afectan de un modo particular a los pueblos indígenas²⁴. En este sentido, *no debe confundirse afectación directa con exclusividad de afectación*. En otras palabras, debe tratarse de medidas que afecten a los pueblos indígenas en su especificidad indígena, aun cuando puedan tener un alcance general. Así lo ha señalado el Relator:

La consulta se aplica incluso 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 específicos²⁵.

En el juicio de constitucionalidad de la reforma a la Ley de Pesca y Acuicultura, el Ejecutivo postuló que el proyecto no requería consulta, pues sería de alcance general y no había sido concebido “en consideración única o con un especial énfasis en los pueblos indígenas” (STC, rol 2387-2012:c.4). De esta manera, homologó en concepto de afectación directa con el de exclusividad de afectación, en contraste con la posición del Relator Especial en torno a la especificidad de la afectación sin exclusividad. Por su parte, aunque el TC desechó la inconstitucionalidad alegada, lo hizo argumentando que la omisión del deber de consulta sería una infracción *infraconstitucional*, y por lo mismo, quedaría fuera del ámbito de sus atribuciones, sin invocar la tesis del Ejecutivo²⁶. Como se verá, en el último tiempo el Ejecutivo se ha acercado a los conceptos del Relator Especial.

Este criterio general sobre la afectación directa y específica, puede ser complementado con los casos que el propio Convenio contempla como situaciones que requieren de consulta previa, esto es, la autorización de exploración o explotación del subsuelo en territorio indígena²⁷; la modificación de la regulación del dominio de la tierra²⁸; o los programas de educación bilingüe²⁹.

Recursos naturales y afectación directa

Entre los elementos determinantes para establecer la procedencia de la consulta previa indígena se encuentra la afectación de las tierras indígenas. Ahora bien, en el derecho internacional, y en particular en el Convenio 169 de la OIT, el concepto de “tierras indígenas” tiene un contenido jurídico específico,

²³ NN.UU., 2009: párr. 43.

²⁴ Contesse, 2012.

²⁵ Comentario del Relator... 2012: ;párr. 43. Énfasis añadido.

²⁶ Una comentario crítico de esta sentencia en Galdamez (2013)

²⁷ Art. 15.2 Convenio 169.

²⁸ Art. 17 Convenio 169.

²⁹ Art. 28 Convenio 169.

en tanto “cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”, particularmente en lo que dice relación con los derechos a los recursos naturales existentes dichas tierras, los que incluyen el derecho “a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”³⁰. Por su parte, el concepto de hábitat está definido en el Convenio sobre diversidad Biológica (1992) como “el lugar o tipo de ambiente en el que existen naturalmente un organismo o población” (art. 2)³¹.

De esta manera, lo protegido por el Convenio, más allá de la tierra como superficie delimitada, es lo que García Hierro describe como el “continuum de un pueblo y la naturaleza que le da vida”³².

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH) ha desarrollado el concepto de territorio indígena en una serie de sentencias. Apoyándose en la relación identitaria de los indígenas con sus territorios, ha señalado que la posesión tradicional indígena de la tierra es título suficiente para que se reconozca el derecho de propiedad sobre la misma, y que *éste incluye la protección de los recursos naturales que ahí se encuentran* y los aspectos inmateriales que unen a los pueblos indígenas con sus territorios³³. Consecuentemente, la CtIDH ha señalado reiteradamente la necesidad de consultar a los pueblos indígenas antes delimitar y regular el ejercicio de sus derechos territoriales, entre otra materias³⁴.

También la Comisión Interamericana ha señalado la afectación de derechos e intereses sobre territorios indígenas como disparador de la consulta previa³⁵.

Por su parte, la OIT ha señalado a Chile la necesidad de que modifique la legislación para garantizar que los pueblos indígenas “sean consultados antes de que se emprenda o autorice cualquier programa de *recursos naturales existentes en sus tierras* y que puedan participar de los beneficios derivados de su explotación”³⁶. Recientemente ha insistido sobre la necesidad de garantizar la consulta previa antes de autorizar la exploración o explotación de recursos mineros en las tierras que tradicionalmente ocupen³⁷.

Las decisiones y recomendaciones internacionales recién señaladas se refieren a la afectación de los recursos naturales indígenas respecto de proyectos de inversión o desarrollo. Sin embargo, la lógica inherente a aquellas y los textos normativos en que se apoyan, apuntan a que el mismo criterio sería aplicable respecto de proyectos de ley que se refieran a recursos naturales presentes en territorios indígenas. Así lo manifiesta el Relator Anaya, en comunicación dirigida al Estado de Chile:

³⁰ Art. 13.2, en relación con artículos 15 del Convenio 169. Además, el Convenio protege el derecho de los pueblos indígenas “a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia” (art. 14.1).

³¹ Desde la biología se entiende hábitat “como el área que proporciona apoyo directo a una especie determinada (una población o a una comunidad), considerando factores bióticos y abióticos (e. g. espacio físico, calidad del aire, del agua, asociaciones vegetales, alimento, cobertura de protección, suelo, orografía del terreno, entre otras)” (Delfín-Alfonso y otros, 2011:319).

³² García Hierro, 2004:23.

³³ Meza-Lopehandía, 2013b.

³⁴ CIDH, 2010: párr. 279.

³⁵ López y Mohr, 2014

³⁶ OIT, 2014 [énfasis añadido].

³⁷ OIT, 2017.

Por ejemplo, la *legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos* puede tener efecto general pero, *al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales* debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas³⁸.

En este sentido, conforme lo planteado por el Relator, si un proyecto de ley incluye disposiciones que puedan afectar la "utilización, administración y conservación" de recursos naturales presentes en territorios indígenas, podría requerir consulta previa indígena.

Así lo ha entendido el propio Ejecutivo respecto de ciertas indicaciones al proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas Región del Libertador General Bernardo O'Higgins³⁹. De acuerdo a lo señalado por el Ministerio de Medio Ambiente, la decisión de consultar se tomó considerando que las áreas silvestres protegidas podían superponerse a las áreas de desarrollo indígena contempladas en la Ley de Desarrollo Indígena, y además, podían coincidir con tierras indígenas, en el sentido elaborado en el derecho internacional:

Las áreas protegidas pueden ser coincidentes con tierras y hábitat ocupados o utilizados ancestralmente o para fines culturales por los pueblos indígenas y sus organizaciones y por otra parte, los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales entrañan estilos tradicionales de vida que son pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica. Ambos aspectos constituyen criterios para determinar la susceptibilidad de afectación directa, requerida por el Convenio N° 169 de la OIT y con ello la procedencia de la consulta a los pueblos indígenas⁴⁰.

Asimismo, el Ministerio invocó el Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992, que establece el deber de proteger las formas de vida tradicionales "pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica", promoviendo su ampliación, con el consentimiento y participación de los titulares de dichos conocimientos⁴¹.

II. El sujeto obligado a consultar

En relación con el sujeto obligado a realizar la consulta, el citado artículo 6° del Convenio 169 se refiere a "los gobiernos". Eso sugiere dos cosas. Primero, que la consulta es una obligación de la autoridad pública, y no de agentes privados, lo que ha sido ratificado por la propia OIT⁴² y otros organismos de Naciones Unidas⁴³.

³⁸ NN.UU, 2009a: párr. 43; énfasis añadido.

³⁹ Boletín N° 9404-12.

⁴⁰ Ministerio del Medio Ambiente, s.f.:7.

⁴¹ Art. 8.j Convenio de Diversidad Biológica.

⁴² En este mismo sentido, el Manual de la OIT para orientar la aplicación del Convenio señala que "la obligación de garantizar consultas adecuadas recae clara y explícitamente en los gobiernos y no en personas o empresas privada" OIT, 2013:14.

⁴³ BCN, 2016.

En segundo lugar, el concepto de “gobierno” refiere normalmente al poder ejecutivo. Sin embargo, el Relator Anaya ha aclarado que se trata de una obligación del Estado, la que incluiría al Congreso Nacional cuando se trata de proyectos de ley⁴⁴. En su informe sobre Chile, evacuado en el contexto de la discusión de la reforma para incluir en la Constitución un reconocimiento a los pueblos indígenas, señaló que “corresponde al mismo Congreso el deber de consultar con los pueblos indígenas del país el proyecto de reforma constitucional en materia indígena”⁴⁵. Luego afirmó que esta obligación alcanza al Congreso Nacional respecto de toda medida legislativa susceptible de afectar a los pueblos indígenas, y no sólo en relación con el reconocimiento constitucional señalado⁴⁶.

Esta perspectiva ha sido adoptada por el propio Tribunal Constitucional chileno (TC). Al revisar la constitucionalidad del Convenio 169 el año 2000, indicó que éste modificó la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, ya sea porque incorporó “una norma nueva que deberá observarse en la tramitación interna de la ley”, esto es, la consulta previa indígena, o fuera porque convirtió en obligatoria la audiencia a las organizaciones indígenas representativas respecto de las medidas que pueden afectarles⁴⁷.

Este primer pronunciamiento plantea dos concepciones de la consulta previa, sin decantarse por una de ellas. Sin embargo, al examinar el estándar internacional arriba descrito, y el desarrollo interno del procedimiento de consulta elaborado por el poder Ejecutivo⁴⁸, parece necesario descartar que una mera audiencia agote el deber de consulta previa indígena. En este sentido, la propia OIT ha señalado que las audiencias llevadas a cabo por el Congreso de la Unión mexicano en el marco de una reforma constitucional, no constituían consulta previa indígena⁴⁹. La Corte Suprema chilena, evaluando la pertinencia de audiencias de información en el marco del sistema de evaluación de impacto ambiental, también las ha rechazado como equivalentes a consulta previa indígena⁵⁰.

⁴⁴ NN.UU, 2009a y 2009b.

⁴⁵ NN.UU, 2009b: párr. 17.

⁴⁶ NN.UU, 2009a.

⁴⁷ STC, rol 309-2000:c.7°.

⁴⁸ El Título III del [Decreto Supremo N.º 66 de 2014](#) del Ministerio de Desarrollo Social establece el procedimiento de consulta previa indígena, el cual contempla una etapa preliminar, una de planificación, otra de entrega de difusión y entrega de información, un espacio de deliberación interna de los indígenas, indígenas de diálogo entre las partes y la decisión final.

⁴⁹ “La metodología utilizada consistió en audiencias a indígenas y a otros sectores a pedido de parte. En este sentido, el Comité nota que, [...] se] procedió a realizar una serie de audiencias públicas con diversos sectores relacionados con la presente reforma. Se escucharon los puntos de vista de organizaciones indígenas, especialistas en la materia, académicos y opiniones [...]. 94. El Comité observa que las audiencias se realizaron una sola vez con cada sector, persona u organización y que no se trató de un proceso en el cual las personas u organizaciones que tuvieron la oportunidad de ser oídas pudieran, además de ser oídas, instaurar un intercambio genuino con continuidad y tiempo para, al menos tener la posibilidad de llegar a acuerdos” (OIT, 2004: párr. 93 y 94).

⁵⁰ “Que las instancias de participación que se aducen en la ADENDA N°2, consistentes en reuniones voluntarias de acercamiento e información con la comunidad respecto de los alcances del proyecto, distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha, por cuanto el desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la implementación, ubicación y desarrollo del proyecto, con el objeto de brindar la protección de sus derechos y garantizar el respeto en su integridad”(Corte Suprema [acción de protección], Rol 10.090-2011: c.8; en el mismo sentido, rol 258-2011; rol 11.040-2011). Sobre la evolución jurisprudencial en la materia, ver Meza-Lopehandía (2016)

Posteriormente, el TC ha afirmado que la procedencia y regulación de la consulta previa a la que está obligado el Congreso Nacional es de su exclusiva competencia. En un voto concurrente a la sentencia principal que señaló que la obligación de consulta tenía carácter infraconstitucional, y por lo mismo su omisión no acarreaba la inconstitucionalidad del proyecto, los ministros Bertelsen, Venegas y Aróstica, señalaron que mientras la consulta previa no fuera objeto de una regulación específica por parte del Congreso, cuestión que la sentencia principal recomienda, la determinación de su procedencia competía exclusivamente a tal corporación:

[...] corresponde al Congreso Nacional, en uso de sus atribuciones propias, determinar qué asuntos legislativos deben ser calificados como medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a algún pueblo originario, en las cuales, al tenor del acápite 1 del artículo 6 del Convenio, deberá consultar a los pueblos interesados, y fijar, para ello, los procedimientos apropiados... en particular a través de sus organizaciones representativas⁵¹.

Conclusión

La consulta previa indígena procede, entre otras, cada vez que se pretenda adoptar una medida legislativa que pueda afectar en forma directa, derecho o intereses indígenas. El concepto de tierras indígenas del Convenio 169 de la OIT, incluye los recursos naturales presentes dichas tierras, sobre los cuales los pueblos indígenas tienen derechos de participación en su utilización, administración y conservación. En este sentido, los proyectos de ley que tengan por objeto la regulación del acceso a recursos naturales que estén presentes en territorios indígenas requerirían consulta previa.

⁵¹ STC, rol 2387-2012: c. 6 voto concurrente.

Bibliografía

- BCN. (2016). Consulta previa indígena en Chile: marco jurídico e implementación. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/21xjd> (febrero, 2018).
- (2018a). Consulta previa indígena y proyectos de ley. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/25nhr> (junio, 2018).
- (2018b). Consulta previa indígena y proyectos de ley. Con atención a la adopción de medidas favorables (reconocimiento). Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G.
- Carrasco, R. (2013). Razonabilidad y Proporcionalidad: Criterios para la determinación de la consulta indígena en proyectos de inversión en el marco del Convenio N° 169 de la OIT. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40 N° 1: pp. 299-314.
- Comentario del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Chile. Disponible en: <http://bcn.cl/240cu> (marzo, 2018).
- CIDH. (2010). Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. Disponible en: <http://bcn.cl/1tx9l> (junio, 2018).
- Contesse, J. (2012). El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile, 2011. En: Jorge Contesse (ed.). *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Delfín-Alfonso, C. A., Gallina-Tessaro, S. A. y Lóez-González, C. A. (2011). En Sonia Gallina-Tessaro y Carlos López-González (editor). *Manual de técnicas para el estudio de la fauna. Volúmen I*. Querétaro: Universidad Autónoma de Querétaro, pp. 285-313.
- Galdamez, L. (2013). Comentario jurisprudencial: la consulta a los pueblos indígenas en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la ley de pesca roles 2387-12-CPT y 2388-12-CPT acumulados. *Estudios Constitucionales*, 11(1): 621-632.
- García Hierro, P. (2004). El enfoque territorial para la gobernanza de los pueblos indígenas amazónicos: límites y posibilidades. *Revista de Asuntos Indígenas*, 4: pp. 23-32.
- López, R., y Mohr, T. (2014). Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169: Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho? *Revista de derecho (Valdivia)*, 27(1), 105-126.
- Meza-Lopehandía, M. (2013a). El Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo. En José Aylwin, Matías Meza-Lopehandía y Nancy Yáñez. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: Lom ediciones.

- (2013b). El derecho internacional de los derechos humanos y los pueblos indígenas. En José Aylwin, Matías Meza-Lopehandía y Nancy Yáñez. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: Lom ediciones.
 - (2016). La jurisprudencia del multiculturalismo en Chile: la consulta previa indígena ante tribunales. *Revista de Ciencias Sociales (Valparaíso)*, 69:13-52.
- Meza-Lopehandía, M., Yáñez N., y Silva, H. (2014). El derecho a la consulta y su incorporación al sistema jurídico chileno. En: Observatorio Ciudadano. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: análisis del derecho nacional, internacional y comparado*. Informe 19. Santiago: Observatorio Ciudadano.
- Ministerio de Desarrollo Social. (S.f.). Consulta Indígena. Disponible en: <http://bcn.cl/23yvs> (marzo, 2018).
- Ministerio del Medio Ambiente. (S.f.). Sistematización del Proceso de Consulta a Pueblos Indígenas, sobre Materias Indicaciones a Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Disponible en línea: <http://bcn.cl/24089> (junio , 2018).
- NN.UU. (2009a). 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. Disponible en: <http://bcn.cl/1tx4k> (junio , 2018).
- (2009b). 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. Disponible en: <http://bcn.cl/1ty6m> (junio , 2018).
- OIT. (2004). RECLAMACIÓN (artículo 24) - MEXICO - C169 - 2004 Nueve organizaciones de trabajadores. GB.282/14/2. Disponible en: <http://bcn.cl/25t1j> (junio, 2018)
- (2014). Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2013, Publicación: 103ª reunión CIT (2014). Disponible en: <http://bcn.cl/25raz> (junio, 2018).
 - (2017). Observación (CEACR) - Adopción: 2016, Publicación: 106ª reunión CIT (2017). Disponible en: <http://bcn.cl/25rc8> (junio, 2018).
 - (2009b). 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. Disponible en: <http://bcn.cl/1ty6m> (junio, 2018).
- Real Academia Española. (2017). Afectar. En *Diccionario de la lengua española*. Disponible en: <http://bcn.cl/25nj4> (junio, 2018).

Yrigoyen, R. (2013). Hacia una nueva relación del Estado con los pueblos: Autonomía, participación, consulta y consentimiento. *Justicia & Democracia. Revista de la Academia de la Magistratura*, 11: 233-246. Disponible en: <http://bcn.cl/25tnd> (julio, 2018)

Disclaimer

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)