

Santiago, 1 de febrero de 2022.



## INICIATIVA CONVENCIONAL CONSTITUYENTE

**De:**

**Isabella Mamani Mamani.** C.I. N° 16.829.112-4. Convencional de Escaños Reservados del Pueblo Aymara.

**Elisa Loncon Antileo.** C.I. N° 9.209.969-5 Convencional de Escaños Reservados del Pueblo Mapuche

Para: Mesa Directiva de la Convención Constitucional.

### Presentación de la norma

En virtud de los artículos 81, 82 y 83 del Reglamento General de la Convención presentamos la siguiente Iniciativa convencional constituyente que fija las normas para otorgar la nacionalidad chilena.

**NOMBRE PROPUESTA DE NORMA: *Derecho a la Consulta Previa***

### FUNDAMENTOS

Siendo la participación un derecho humano fundamental, para los pueblos y naciones indígenas este derecho posee características especiales y que responden a la naturaleza única que tienen los pueblos indígenas, así se ha entendido y consagrado en el derecho internacional. Cabe hacer presente que al igual que los demás derechos que se les reconoce a los pueblos y naciones indígenas, la participación siempre se entiende colectiva y así se ha reconocido en el derecho positivo.

La consulta indígena es un mecanismo de participación, definida como piedra angular del convenio 169 de la OIT y no agota la 'participación' como derecho. Ahora bien, hay que reconocer la naturaleza especial de la consulta previa tal como lo ha sostenido James Anaya al señalar que, *"el deber de los Estados de celebrar consulta con los pueblos indígenas y los principios conexos a surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones*

*de vida que han amenazado su supervivencia”.*

De este modo, la consulta previa se constituye en un derecho de los pueblos y un deber para el Estado particularmente cuando voluntariamente se obligan al suscribir el convenio 169 de la OIT, en cuyo artículo 6 se establece que:

*“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;*
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;*
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.*

*2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.*

También se hace referencia a la consulta previa en otros artículos del mismo instrumento internacional: 15 N°2, 17 N°2, 22 N°3, 27 N°1, 28 N°1.

En la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, particularmente su artículo 19, establece que:

*“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.”*

La disposición transcrita constituye un principio general del derecho, así lo ha sostenido la Corte IDH, en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, tras analizar los desarrollos normativos y jurisprudenciales internacionales y comparados, incluyendo casos de países que no han ratificado el Convenio 169, ha concluido que *“la obligación de consulta [a los pueblos indígenas], además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional.”*(Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 164.)

Cabe hacer presente que, como ha sostenido el Relator Especial en sus informes ante el Consejo de Derechos Humanos, la consulta a los pueblos indígenas está regulada también por otros instrumentos internacionales aprobados por Chile incluyendo la Declaración de Naciones Unidas. Cabe hacer presente, que el deber Sobre los derechos de los pueblos indígenas y varios tratados de derechos humanos de carácter general de los que Chile es parte. Entre estos instrumentos se encuentran el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Respecto a la obligación de consultar derivada de tratados de derechos humanos, el Estado de Chile ha recibido recomendaciones expresas de diversos órganos, aun antes de la entrada en vigor del Convenio 169 de la OIT. Han formulado recomendaciones relativas al deber de consultar a los pueblos indígenas el Comité de los Derechos del Niño, (Observaciones finales, CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párrafo 62 (c)); el Comité de Derechos Humanos (Observaciones finales, CCPR/C/CHL/CO/5, 18 de mayo 2007, párrafo 19 (c)); el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Observaciones finales, CERD/C/CHL/CO/15-18, 13 de agosto de 2009, párrafos 16 y 22); el Consejo de Derechos Humanos, Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal (Conclusiones y recomendaciones, A/HRC/12/10, 4 de junio de 2009, párrafo 67).

A través de los distintos mecanismos periódicos o contenciosos de supervisión de la organización, los órganos de control normativo de la OIT y otras instancias internacionales han elaborado progresivamente una jurisprudencia sobre los criterios mínimos y requisitos esenciales de una consulta válida a los pueblos indígenas en virtud del artículo 6 del Convenio 169, que se presentan a continuación.

#### **1. La consulta debe realizarse con carácter previo:**

Resulta evidente que toda consulta realizada en virtud del Convenio 169 de la OIT y otras normas internacionales aplicables debe llevarse a cabo con anterioridad a la adopción de la medida a ser consultada, incluyendo medidas legislativas. Según han confirmado los órganos de control de la OIT, las reuniones posteriores a la tramitación de dicha medida legislativa no cumplen con los requisitos establecidos en el Convenio 169. Asimismo, dichos órganos han interpretado que el requisito de consulta previa implica *“que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso”*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) [en adelante, “Reclamación – Colombia”], GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 90 (énfasis añadido).

En términos similares, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas establece la obligación de la consulta previa (art. 19). Por su parte, la Corte Interamericana, en aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha determinado que *“se debe consultar con [los pueblos indígenas] en las primeras etapas del plan...y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad”*<sup>2</sup>.

## **2. La consulta no se agota con la mera información**

Una de las situaciones más comunes a las que han tenido que enfrentarse los órganos de control normativo de la OIT es la realización de supuestas consultas a los pueblos indígenas que consisten en meros trámites de audiencia o de información. Según han reiterado estos órganos, *“una reunión de mera información no se puede considerar de conformidad con lo dispuesto en el Convenio”*, particularmente a la vista del establecimiento de un *“diálogo genuino entre ambas partes signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común”*<sup>3</sup>.

Del mismo modo, los órganos de control de la OIT han señalado que la celebración de audiencias con representantes indígenas no se ajustan necesariamente a las consultas exigidas por el Convenio. En este sentido, el Comité consideró que dichas audiencias no constituyeron *“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”*<sup>4</sup>.

## **3. La consulta debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes**

El cumplimiento por los Estados de la consulta “en buena fe”, como estipula el Convenio 169, responde a la exigencia de cumplir con el objeto último de dicha obligación. En los términos de un Comité Tripartito de la OIT, Considerando que el establecimiento de mecanismos eficaces de consulta y participación contribuyen a prevenir y resolver conflictos mediante el diálogo, disminuyen las tensiones sociales, el Comité subraya la necesidad de desplegar esfuerzos para intentar generar consensos en cuanto a los procedimientos, de facilitar su acceso dándoles amplia difusión y de crear un clima de confianza con los pueblos indígenas que propicie un diálogo productivo. El Comité considera que es consustancial a toda consulta la instauración de un clima de confianza mutua.

La generación de dicho clima de confianza es particularmente importante en relación

---

<sup>2</sup> Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, *supra*, párr. 134.

<sup>3</sup> Reclamación – Colombia, *supra*, párr. 90.

<sup>4</sup> Ibid., párr. 94.

con los pueblos indígenas, *“por la desconfianza hacia las instituciones del Estado y [el] sentimiento de marginación que encuentran sus raíces en realidades históricas sumamente antiguas y complejas, y que no terminan de superarse aún”*<sup>5</sup>.

#### **4. La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas**

El Convenio 169 enfatiza que las consultas a los pueblos indígenas deben ser “adecuadas”, y realizar en particular a través de las “instituciones representativas” de estos pueblos (art. 6.1.a). En idénticos términos, la Declaración de Naciones Unidas especifica que los Estados *“celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas”* (art. 19).

Por su parte, la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Saramaka v. Surinam afirma que el Estado tiene el deber de consultar con los pueblos indígenas según sus costumbres y tradiciones, tomando en cuenta *“los métodos tradicionales del [pueblo indígena] para la toma de decisiones”*<sup>6</sup>.

El carácter adecuado o no de la consulta a los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas, no responde a una fórmula unívoca, sino que depende en gran medida del ámbito o alcance de la medida específica que es objeto de consulta y de la finalidad de la misma. Como señaló un Comité Tripartito de la OIT en un caso relativo a Brasil: la expresión “procedimientos apropiados” debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta. No hay un único modelo de procedimiento apropiado y éste debería tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de las medidas consultadas.

Los órganos de control de la OIT se han limitado a señalar que el criterio de representatividad debe entenderse de forma flexible: *“[d]ada la diversidad de los pueblos indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa, lo importante es que estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”*<sup>7</sup>. Asimismo, los órganos de control de la OIT han señalado que no deben confundirse las *“instituciones representativas de los pueblos indígenas”* con las *“organizaciones más representativas”* de estos pueblos.

#### **5. La consulta debe ser sistemática y transparente**

En la medida en que constituyen un trámite prescriptivo en relación con la planificación y adopción de las medidas legislativas, administrativas o de otra naturaleza que les afecten, las consultas deben responder a procedimientos más o

---

<sup>5</sup> Reclamación –México, *supra*, párr. 107.

<sup>6</sup> Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, *supra*, párr. 134.

<sup>7</sup> Reclamación – México, *supra*, párr. 109.

menos formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes. Este requisito responde a la necesidad de dotar de seguridad jurídica a todo acto del Estado, así como a los objetivos de adecuación y representatividad de las consultas a los pueblos indígenas, evitando arbitrariedades y conflictos innecesarios. La adopción de dichos procedimientos debería ser en sí mismo un proceso consensuado, con la participación activa de los pueblos indígenas.

En esta dirección se han pronunciado los órganos de control normativo de la OIT, que han llamado la atención de los Estados en diversas ocasiones sobre la conveniencia de determinar *“con mayor precisión los criterios utilizados para determinar la representatividad, forma de participación en las audiencias y metodología utilizada”*<sup>8</sup>.

La necesidad de regular los procedimientos de consulta responde asimismo a la obligación de los Estados de *“desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”*(Convenio 169, art. 2.1).

Sobre este punto específico, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado que *“la consulta prevista por el Convenio va mas allá de una consulta en un caso preciso sino que tiende a que todo el sistema de aplicación de las disposiciones del Convenio se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas, lo que supone un proceso gradual de creación de los órganos y mecanismos adecuados a esos fines”*<sup>9</sup>.

## **6. El alcance de la consulta**

Resulta evidente que la responsabilidad última de legislar en Chile, inclusive en relación con la Carta Fundamental, corresponde en última instancia al Parlamento en representación de la ciudadanía chilena. En este sentido, el contenido de las consultas a los pueblos indígenas con la reforma constitucional no es, en sentido estricto, jurídicamente vinculante, tal como señaló el Comité Tripartito de la OIT en el caso sobre la reforma constitucional en México. Sin embargo, como ha afirmado el Tribunal Constitucional de Chile, *“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”*<sup>10</sup>.

En relación con el alcance del derecho a la consulta y de la exigencia del consentimiento previo, libre e informado recogido en la Declaración de Naciones

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, párr. 105.

<sup>9</sup> *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III (Parte 1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 96.ª reunión, Ginebra, 2007, pág. 600.

<sup>10</sup> Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 309, 4 de Agosto 2000, Considerando 7°

Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, este Relator Especial ha señalado, en el contexto de la reforma constitucional del Ecuador, que: La elaboración de estos principios en los instrumentos y jurisprudencia internacionales responde a una historia en que se ha negado repetidamente a los pueblos indígenas la participación en la toma de decisiones que les han afectado profundamente, muchas veces en detrimento de sus derechos humanos fundamentales y en ocasiones hasta de su propia supervivencia como pueblos. Los principios de consulta y consentimiento intentan revertir esta pauta histórica, para evitar en el futuro la imposición a los pueblos indígenas de nuevas condiciones de vida, de manera consonante con el derecho a la libre determinación. Pero con este propósito los principios de consulta y consentimiento no dan lugar a que los mismos pueblos indígenas impongan su voluntad sobre el resto de la sociedad cuando estos otros tengan intereses legítimos e importantes en juego. Al oponerse a la imposición de una parte sobre la otra, los principios de consulta y de consentimiento buscan promover el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones.

Estas consideraciones son especialmente relevantes en el contexto de elaboración de una nueva Carta Fundamental como actualmente ocurre en Chile, representando una oportunidad histórica para la incorporación de las normas internacionales relativas a los pueblos indígenas, así como para un marco estable para la convivencia y para el reconocimiento, la participación y el desarrollo humano en el marco de una nueva relación entre los pueblos y naciones indígenas y el Estado chileno.

**ARTICULADO**

**EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA.**

**Artículo XX.** La participación y consulta previa es un derecho de los pueblos y naciones indígenas y el pueblo tribal; y una obligación para el Estado y de todos sus órganos, cada vez que se prevean medidas legislativas, administrativas o de cualquier otra naturaleza susceptibles de afectar sus derechos.

La consulta es siempre de carácter previo, no se agota con la mera información; es de buena fe, adecuada a las circunstancias, a través de las instituciones representativas indígenas, de manera sistemática y transparente, con el propósito de lograr el consentimiento libre, previo e informado sobre la medida objeto de la consulta.

Corresponderá a la ley en consulta y cooperación de buena fe con los pueblos y naciones indígenas y el pueblo tribal, establecer la regulación del proceso de participación y consulta previa de conformidad a los principios y estándares de esta Constitución y el Derecho Internacional.

La naturaleza y alcance de las medidas que se adopten para dar cumplimiento al derecho-deber a la consulta, en ningún caso pueden menoscabar los derechos fundamentales de los pueblos y naciones indígenas y el pueblo tribal, garantizados en



el Sistema Internacional de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, que en cualquier caso serán considerados como estándares mínimos.

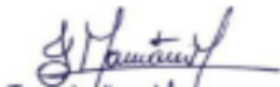
**Artículo XX.** Se creará un organismo autónomo y plurinacional, cuya función será revisar las solicitudes de inicio de un proceso de consulta previa, realizar el seguimiento del procedimiento y velar por el cumplimiento de los estándares o principios rectores que validan la consulta previa.

La composición y las atribuciones específicas de este organismo autónomo serán determinadas por la ley, en consulta con los pueblos y naciones indígenas.

**Artículo XX.** Los procesos de participación y consulta previa podrán siempre ser revisados, ya sea por vía administrativa o judicial según corresponda.

**Artículo XX (Transitorio).** Este organismo autónomo se deberá crear dentro del plazo de seis meses, a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, mientras que el inicio de sus funciones no podrá superar los diez meses desde su creación. En el periodo de transición, previo a su funcionamiento, el Estado y sus organismos se abstendrán de desarrollar e implementar procedimientos de participación y consulta previa, con excepción de la consulta previa que se implemente para la creación del organismo autónomo y plurinacional.

Firma de Convencionales



Isabella Mamani  
16.829.112-4

ISABELLA MAMANI  
MAMANI 16.829.112-4



Elisa Loncon Antileo  
RUN 9.209.969-5  
**ELISA LONCON ANTILEO**  
**9.209.969-5**



LACKSIRI FELIX GALLEGUILLLOS AYMANI  
CONVENCIONAL CONSTITUYENTE  
PUEBLO NACIÓN LICKANANTAY/ATACAMEÑO

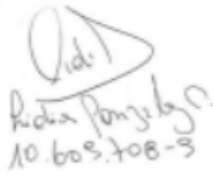


Rosacatrileo Arias  
RUT 14.222.289-2  
ARICA

ROSACATRILEO ARIAS 14.222.289-2



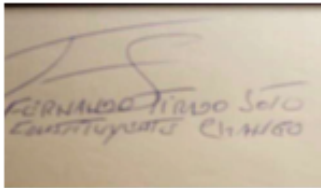
ADOLFOMILLABURNANCUIL  
10.845.322-2



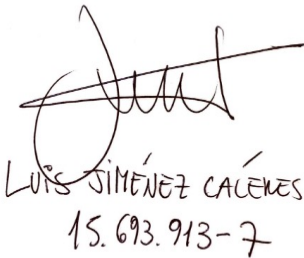
Lidiagonzález Calderón  
10.609.708-9

LIDIAGONZÁLEZCALDERON  
10.609.708-9

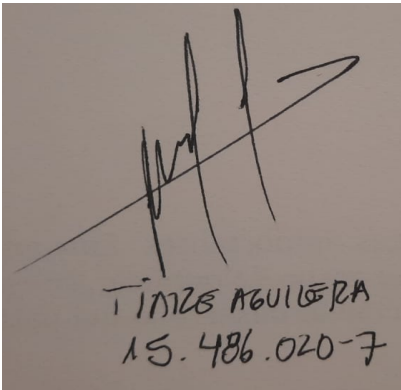




**FERNANDO TIRADO SOTO**  
7.284.874-8|



**LUIS JIMÉNEZ CALÉN**  
15.693.913-7



**TÍMZE AGUILERA**  
15.486.020-7