



Revista de Derecho - Universidad  
Católica del Norte

ISSN: 0717-5345

revistaderecho@ucn.cl

Universidad Católica del Norte  
Chile

FUENZALIDA BASCUÑÁN, SERGIO

LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DISCRECIONAL Y LA CONSULTA INDÍGENA

Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte, vol. 24, núm. 2, 2017, pp. 181-210

Universidad Católica del Norte

Coquimbo, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371054486006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DISCRECIONAL Y LA CONSULTA INDÍGENA\*

SERGIO FUENZALIDA BASCUÑÁN\*\*

**RESUMEN:** El derecho de consulta indígena, consagrado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, dispone que los gobiernos deben consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. En relación a los actos administrativos susceptibles de afectar a los pueblos indígenas estos pueden ser de carácter reglado o discrecional. El artículo 7° del Reglamento que regula en Chile el derecho de consulta limita su aplicación a los actos discrecionales. Desde una lectura amplia del orden jurídico administrativo y constitucional no resulta legítima esta restricción de la consulta indígena. La consulta garantiza un mecanismo reforzado de participación democrática en favor de los pueblos indígenas con el objeto de superar condiciones históricas de sometimiento. El carácter reglado de un acto administrativo no debe servir de excusa para el incumplimiento del deber estatal de consulta.

**PALABRAS CLAVE:** Acto; administrativo; discrecionalidad; consulta; indígena.

## DISCRETIONARY ADMINISTRATIVE FUNCTION AND INDIGENOUS CONSULTATION

**ABSTRACT:** The right of indigenous consultation enshrined in Convention 169 of the International Labour Organization provides that governments must consult indigenous peoples whenever legislative or administrative measures may affect them directly. In relation to administrative acts likely to affect indigenous peoples these can be regulated or discretionary. Article 7 of the Regulations governing the right of consultation

---

\* Fecha de recepción: 20 de enero de 2016.

Fecha de aceptación: 21 de octubre de 2016.

\*\* Magíster en Derecho Constitucional e Instituciones Públicas. Profesor de Derechos Humanos Universidad Central de Chile (Chile). Correo electrónico: sfuenzalidab@ucentral.cl

in Chile limited its application to the discretionary acts. From a broad reading of the administrative law and constitutional order it is not a legitimate restriction of indigenous consultation. The consultation ensures an enhanced democratic participation in favor of indigenous peoples in order to overcome historical conditions of submission mechanism. The ruled character of an administrative act must not be an excuse for compliance with the State duty to consult.

**KEY WORDS:** Act; administrative; discretion; consult; indigenous.

*Sumario: 1) Identificación del problema. 2) Derecho administrativo y derechos de las personas. 3) La función administrativa discrecional. 4) Administración y participación democrática. La inclusión de los pueblos indígenas. 5) El derecho de consulta indígena como mecanismo reforzado de participación democrática. 6) Alcance del derecho de consulta en relación a las facultades regladas o discrecionales de la administración. 7) Últimos argumentos. (7.1.) La norma del artículo 6 del Convenio 169 es una norma autoejecutable. (7.2.) La regla pro homine de interpretación de las disposiciones contenidas en los tratados de derechos humanos, obliga a optar por la interpretación que mejor favorezca y garantice los derechos humanos. (7.3.) Es imperativo para los Estados la interpretación que le han dado los propios organismos de supervisión a las normas convencionales en cuanto a su aplicabilidad directa. (7.4.) El origen internacional del derecho de consulta determina su aplicabilidad preeminente. (7.5.) El examen de convencionalidad obliga a los Estados a sujetar su comportamiento a los estándares fijados por la Corte Interamericana de DDHH. Conclusión. Bibliografía.*

## 1) IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

El 4 de marzo de 2014 salió publicado el “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”. El artículo 7° de dicho Reglamento dispone que los 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”, reproduciendo textualmente lo que dispone al respecto el Convenio 169 de la OIT.

No obstante esa referencia explícita, dicho artículo enseguida circunscribe la esfera de aplicación de la consulta indígena en relación a las medidas administrativas. Dispone que la consulta solo procede respecto

de 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”.

El presente trabajo desarrollará un análisis crítico de lo dispuesto en el referido artículo 7° del Reglamento en aquella parte que limita la consulta a actos no reglados. Específicamente intentará responder si una lectura amplia del orden jurídico administrativo y constitucional es compatible con la restricción de la consulta solo a actuaciones discrecionales por parte de la Administración. Para ello nos referiremos en términos generales a la relación Administración y derechos humanos, y a las características de la función administrativa discrecional. Luego haremos referencia al imperativo de democratización de la actividad administrativa y el derecho de consulta como un régimen reforzado de participación democrática. Concluiremos afirmando la posibilidad amplia de aplicación de la consulta a todo tipo de actos administrativos.

## 2) DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHOS DE LAS PERSONAS

Tradicionalmente se ha señalado que el Derecho Administrativo es el resultado de una tensión entre el conjunto de privilegios establecidos en favor de los órganos estatales y una serie de límites fundados en el reconocimiento de derechos de las personas. Es un derecho que desde sus inicios, por así decirlo, encerraría dos elementos que rivalizan. De una parte, el conjunto de potestades que la Administración como agente del interés colectivo se imponen sobre los particulares; de otra parte, los derechos reconocidos a las personas que actúan como límites frente a los poderes estatales. De ahí que algunos autores hablen de un “derecho de equilibrio” entre “unas potestades (exorbitantes, discrecionales, de imperio) por un lado, y unos derechos subjetivos que se oponen como corazas protectoras por otro”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011) *Derecho Administrativo General*. Santiago: AbeledoPerrot-LegalPublishing Chile, p. 22.

En relación a esto y simplificando las cosas, podemos decir que en materia administrativa, en el derecho continental se puede distinguir en los últimos dos siglos, tres etapas. Un primer momento se caracterizó por potestades administrativas que predominaba con pocos contrapesos, una segunda etapa en que los derechos humanos se entendieron como límites a esas prerrogativas estatales y un tercer período donde la vigencia de los derechos humanos ha pasado a constituirse en el fundamento y el objetivo de las funciones administrativas.

Como ha señalado Fioravanti, el primer momento se caracterizó por una concepción “estatalista” del orden jurídico, que se impuso como una reacción frente a la concepción revolucionaria francesa de los derechos individuales. Durante buena parte del siglo XIX y parte del XX, el derecho administrativo en el sistema continental se erigió como una expresión de “*la potestad originaria soberana del Estado* [nación], que como tal, no p[odía] tolerar normas que prov[inieran] de fuera de él: de la sociedad civil de los particulares o de las elecciones realizadas en el terreno político-constitucional”<sup>2</sup>. Por lo mismo, el juez como expresión de la soberanía estatal no podía concebirse como una entidad neutral entre las razones individuales y los intereses de la burocracia estatal. La debida separación de los poderes exigía a los jueces mantenerse al margen de las decisiones de gobierno; se entendió el derecho administrativo en consecuencia “como una serie de privilegios del Poder Ejecutivo especialmente frente al Poder Judicial”<sup>3</sup>.

Aparejado a esto, en la misma tradición jurídica se concibió la existencia de *dos* Derechos: el público y el privado. El primero precisamente se caracterizó por su prominencia en relación con las personas privadas, incorporando un conjunto de privilegios estatales, como la posibilidad del Ejecutivo de declarar el derecho y al mismo tiempo ejecutarlo, el régimen sobre los bienes públicos, la inmunidad jurisdiccional o el

<sup>2</sup> FIORAVANTI, Mauricio (2009) *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, pp. 111 y 120.

<sup>3</sup> BALBÍN, Carlos (2013) *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial La Ley. Esta tensión entre potestades y derechos se clausura a favor de los derechos. En el caso de Chile aquello es claro. En las Bases de la Institucionalidad la Constitución Política establece que “[e]l Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. Asimismo, su artículo 5°, inciso segundo, señala que “[e]l ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (N.A.)

carácter meramente revisor de los tribunales sobre las decisiones de este, entre otros.

Pero esto no podía durar mucho. Dado el poder exorbitante de la Administración, la doctrina y la jurisprudencia administrativa fueron girando paulatinamente sobre los límites a que debía sujetarse esta o el alcance del control de los tribunales sobre la actividad administrativa. Y durante el siglo XX fue ganando cada vez más espacio la posibilidad de controlar judicialmente el poder administrativo. Fue una larga “lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo”, como calificara el proceso García Enterría en una conferencia dada en el año 1962. Lucha que se hizo urgente al ir tomando la Administración un rol cada vez más activo para satisfacer las demandas sociales por una mayor igualdad material y la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales de la población.

Actualmente los términos de la cuestión han variado ostensiblemente. La irrupción del neoconstitucionalismo, como doctrina jurídica constitucional de amplia aceptación, ha cambiado significativamente los términos de la disputa otorgando una importancia decisiva a la Constitución y a los derechos humanos en la acción del Estado<sup>4</sup>. Se ha sostenido que la Constitución Política de un Estado constituye el vértice de su ordenamiento jurídico y sus preceptos tienen un carácter normativo y no meramente programático. Ella obliga directamente a toda persona, institución o grupo, y nadie puede eximirse de obedecer sus disposiciones, tanto formal como sustantivamente<sup>5</sup>, lo cual implica no solo una prohibición de transgredir los preceptos constitucionales, sino un deber de cumplirlos en

<sup>4</sup> Miguel Carbonell caracteriza el neoconstitucionalismo con tres elementos: 1) unos textos constitucionales que “no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas ‘materiales’ o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la orientación de ciertos fines y objetivos”. Esas constituciones por lo mismo “contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que reconocen tales derechos”; 2) la existencia de prácticas jurisprudenciales bajo parámetros interpretativos nuevos y más complejos, con la dificultad adicional de trabajar con valores constitucionalizados y de erigirse en garantes del ordenamiento jurídico en todas sus partes; y, por último; 3) la existencia de desarrollos teóricos novedosos, que no aspiran solo a describir fenómenos jurídicos sino que derechamente crearlos promoviendo la vigencia de la constituciones, como una suerte de “meta-garantía del ordenamiento jurídico en su conjunto”. CARBONELL, Miguel (2010) “El neoconstitucionalismo, significado y niveles de análisis”. En Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (editores): *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 153 a 164.

<sup>5</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1991) *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Cívitas, p. 63 a 65.

un sentido activo y positivo<sup>6</sup>. Los órganos del Estado, en consecuencia, no solo no pueden infringir la Constitución y las leyes, sino que también están obligados a ejecutar fielmente sus mandatos<sup>7</sup>. De lo contrario, ellos estarían dejando de cumplir el fin para el cual fueron creados, a saber, la promoción del bien común, con pleno respeto a los derechos que la Constitución establece.

La Constitución Política se ha erigido así en el ápice de la estructura jurídica de un país<sup>8</sup>, como norma Fundamental y Primera. García de Enterría ha señalado al respecto que es necesario establecer con “absoluta explicitud” que toda la Constitución tiene valor inmediato y directo. Ella es parte del ordenamiento, y su parte primordial y fundamental por cuanto expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico. La vinculación directa de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución, y del resto del ordenamiento jurídico, “da una primacía manifiesta a la vinculación constitucional, expresión de la supremacía de la Constitución”. Supremacía constitucional que tendría como base la “resistencia o plus de validez, o inmunidad de la Constitución frente a todas las normas o actos que de ella derivan” y que constituye la piedra angular de la eficacia de la Constitución “como pieza técnica en la construcción del estado y del ordenamiento jurídico”<sup>9</sup>.

Un aspecto fundamental de esa valorización de la Constitución en el orden jurídico es la presencia en ella de un catálogo creciente de derechos humanos que el Estado se obliga a respetar y garantizar, los que se entienden como mandatos institucionales directamente vinculantes para todos los órganos estatales (además de derechos subjetivos a favor de los particulares). Y a partir de esos derechos nace una nueva justificación y concepción del poder: el poder estatal se justifica en la medida que persiga la vigencia efectiva de los derechos de las personas. Se trata de un poder finalizado para dar eficacia a los derechos humanos.

<sup>6</sup> CEA EGAÑA, José Luis (1996) “Presentación y Estudio Introductorio, Dignidad, Derechos, y Garantías en el Régimen Constitucional Chileno”. En *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, p. 17.

<sup>7</sup> La Constitución, por ello, no solo “*configura y ordena los poderes del Estado por ella contruidos*”, sino que asimismo “*establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de las libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad*”. GARCÍA DE ENTERRÍA (1991) 49.

<sup>8</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1997) *Dogmática Constitucional*. Talca: Editorial Universidad de Talca. Capítulo II, pp. 67 a 106; y REQUEJO, Juan Luis (1992) “Consideraciones en torno de las normas internacionales en el ordenamiento español”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales (España), N° 44, enero-abril, pp. 41 a 66.

<sup>9</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA (1991) 63 a 65.

De lo que se trata, en consecuencia, es de hacer compatibles el ejercicio simultáneo de todos los derechos respetándolos y garantizándolos. El fundamento del Derecho Administrativo es el reconocimiento y garantía de los derechos (individuales, sociales y colectivos) y el poder del Estado está al servicio de la vigencia efectiva de esos derechos humanos, y su función principal es intermediar para encontrar “el equilibrio del poder entendido como el conjunto de prerrogativas que persiguen el reconocimiento de *derechos versus otros derechos*” (el destaque es mío)<sup>10</sup>.

De este modo, el objetivo del Derecho Administrativo se funda en el reconocimiento de los derechos humanos y persigue satisfacer los derechos individuales, sociales y colectivos. Esa es la razón de la actividad estatal<sup>11</sup>. Las prerrogativas estatales sirven a los derechos de las personas pero al mismo tiempo justifican su restricción de manera de hacer compatibles unos con otros. Para hacer efectivos ciertos derechos inevitablemente deben ser restringidos otros, con la intervención de la Administración. La cuestión central reside en la búsqueda de una simetría adecuada entre todos los derechos.

Lo importante es situar el conflicto ahí, no entre un poder desnudo de finalidad o que solo persigue sus propios intereses teniendo como límite los derechos de las personas; entre Razón de Estado vs. Derechos. Una mirada correcta debe enmarcar el conflicto dentro de los parámetros de la eficacia y realización de todos los derechos, y las preguntas que debe responder el Derecho Administrativo dicen relación con el contenido y el alcance de los derechos, sus formas de satisfacción, cuales se priorizan y cuáles se restringen, hasta dónde se limitan en aras de asegurar un ejercicio armónico<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> BALBÍN (2013).

<sup>11</sup> En ese mismo sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido el bien común “como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-5/85, *La colegiación obligatoria de periodistas*, párrafo 66.

<sup>12</sup> Estas decisiones por cierto deben ser adoptadas en la lógica que impone una *democracia constitucional*. Lo cual implica recoger el principio de decisión mayoritaria, expresión del derecho colectivo a la autodeterminación de los pueblos (art. 1 del PIDCP y PIDESC), acompañado de mecanismos que permitan una mayor permeabilidad y democratización de las instituciones públicas que aseguren decisiones imparciales (que respondan al interés común y no a intereses parciales). Pero, al mismo tiempo, estableciendo límites a esas decisiones frente a los derechos de las personas, como espacios de indemnidad en que el poder público no puede penetrar o solo puede hacerlo limitadamente, y como supuestos que sirven



### 3) LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DISCRECIONAL

El Derecho Administrativo ha regulado básicamente la acción del Poder Ejecutivo y está integrada por normas fundamentales que le fija la Constitución y por las leyes dictadas desde el Poder Legislativo, en conformidad a la primera. Todo órgano administrativo debe regular su acción a los parámetros constitucionales y legales, previa investidura regular de sus miembros, dentro de su competencia y sujeto a los procedimientos legales. Ahí está la esencia del principio de juridicidad que aplica a todos los órganos del Estado.

Con todo, la vinculación de la autoridad administrativa a la ley puede tener lugar de modos diferentes. Las funciones administrativas pueden ceñirse estrictamente a las reglas previamente determinadas por el ordenamiento jurídico, en cuyo caso estamos frente a una función reglada, o pueden estar entregadas a la decisión prudencial de la autoridad administrativa, según el margen de elección que le otorga el legislador, en cuyo caso estamos frente a una función discrecional.

Cuando las potestades son enteramente regladas su ejercicio se ciñe a la constatación de los supuestos de hecho que integra la norma y a la aplicación consecuente del mandato determinado por ella. La Administración en este caso solo debe hacer aquello que el orden jurídico le ordena dado la concurrencia de ciertos hechos. En cambio, en el caso de las funciones discrecionales, el órgano ejecutivo puede elegir entre dos o más soluciones igualmente válidas dentro del ordenamiento jurídico. Existe la posibilidad de optar por cualquiera de ellas según el arbitrio o criterio del ente administrativo. Ese margen de disposición está incorporado en el orden legal, no fijando una respuesta sino permitiendo distintas posibilidades.

Ello no quiere decir naturalmente que el órgano (establecido por ley) pueda definir los términos de su competencia, como tampoco el motivo que justifica su actuación y el fin que se persigue con el ejercicio del poder público<sup>13</sup>. Esos elementos siempre son establecidos por ley (principio de legalidad), pero puede reconocerle distintos márgenes de libertad en relación a cuándo actuar, cómo hacerlo o qué hacer (debiendo justificar eso sí la decisión). Así, “la ley puede dejar a la Administración *espacios de apreciación y decisión* más o menos amplios en lo que respecta a la oportunidad (cuándo se actúa o decide), la conveniencia (definición de

de condición de posibilidad a la democracia. FIORAVANTI, Mauricio (2001) *Constitución. De la antigüedad hasta nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 163 y 164.

<sup>13</sup> MORAGA KLENNER, Claudio (2010) *Tratado de Derecho Administrativo, La actividad formal de la administración del Estado*. Editorial AbeledoPerrot-LegalPublishing, pp. 35 y 36.

actuar o abstenerse de hacerlo), diversos intereses públicos presentes en el ordenamiento jurídico que requieren ser conciliados (“interés primario” e “interés secundario”) y el objeto (qué decisión o actuación es la que corresponde adoptar o emprender)”<sup>14</sup>.

Esta distinción, teóricamente clara, en los hechos es compleja de aplicar. Difícilmente podemos encontrar actos administrativos completamente reglados y, por su parte, actos completamente discrecionales. Ya sea porque el legislador expresamente estableció distintas alternativas, o porque solo regló parcialmente la respuesta o con mínima densidad, el Ejecutivo va encontrar más o menos espacios de libertad. La especificidad y la densidad normativa de las reglas resulta una cuestión clave: “si estas [las reglas] son específicas y su contenido es denso en relación con el caso, entonces, las potestades son regladas y el acto a dictarse en su consecuencia es también reglado. Por el contrario, si las reglas son vagas, imprecisas e inespecíficas, entonces las potestades y los actos consecuentes son discrecionales”<sup>15</sup>. Pero como siempre puede haber márgenes de generalidad y vaguedad, los actos son casi sin excepción parcialmente discrecionales y en parte reglados.

Existiendo discrecionalidad (con el alcance que se haya conferido) se otorga al órgano un espacio para que en razón de mérito u oportunidad concrete el interés público en una medida administrativa específica. Ello hace que la motivación del acto cobre especial relevancia en el ejercicio de estas funciones. El Ejecutivo no solo debe dar cuenta de los hechos y el Derecho que sirve de marco o sustento al acto sino explicar, además, cuáles son las razones o motivos en virtud de los cuales se dictó el mismo. Ello va permitir precisamente medir la racionalidad y juridicidad del respectivo acto por parte de los tribunales. Es decir, si hay una relación de correspondencia entre la causa (hecho y derecho), el objeto (la decisión) y la finalidad (fin que debe perseguir el órgano estatal) que prevén las normas en cuestión<sup>16</sup>.

#### **4) ADMINISTRACIÓN Y PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA. LA INCLUSIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

Ahora volvamos a la correspondencia que debe existir entre el sistema administrativo y las bases del sistema político que habíamos referido

<sup>14</sup> MORAGA KLENNER (2010) 35 y 36.

<sup>15</sup> BALBÍN (2013).

<sup>16</sup> BALBÍN (2013).

atrás. El Estado, de acuerdo a nuestra Constitución, está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común. Los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana son un límite a la soberanía y es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos. Además, Chile es una república democrática y es deber del poder público promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Estos imperativos constitucionales se proyectan en la actividad administrativa. La Administración está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país, según reza el artículo 3° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. En relación al interés público que debe satisfacer la Administración y cómo debe configurar su voluntad en orden a definir la pertinencia de sus decisiones concretas, se ha planteado la necesidad de reforzar la participación ciudadana “posibilitando el ensanchamiento de la democracia”<sup>17</sup>.

Pero, podemos preguntarnos ¿qué implica esto? ¿Qué relación puede existir entre la participación democrática y el interés público? ¿Cuál es el contenido de una decisión que satisface el bien común?

El ejercicio democrático de la autoridad estatal, junto a la lealtad a los principios que fundan los derechos humanos<sup>18</sup>, puede favorecer epistémicamente la adopción de las mejores decisiones colectivas. Según sostuviera Carlos Nino el ejercicio democrático constituye un mecanismo

<sup>17</sup> La Ley 20.500 que regula la “Participación Ciudadana en la Gestión Pública” se apoya sobre dos principios claves, el derecho de asociación y el principio participativo. En relación a este último, el Mensaje Presidencial que inició el proyecto de ley señalaba lo que sigue: “El proyecto de ley que se presenta, se estructura, además, sobre la base del derecho de las personas a participar en igualdad de oportunidades en la vida nacional, el cual se encuentra consagrado en el inciso final del artículo 1° de la Constitución Política de la República. La participación ciudadana, como eje central de un régimen democrático moderno, concibe la relación entre el Estado y el individuo como una cooperación entre ambos y no como una relación vertical o de sumisión de los sujetos a la autoridad. Una relación de cooperación Estado-individuo, piedra angular del principio participativo, trae como consecuencia una activa intervención de la sociedad civil en la elaboración de la voluntad estatal, esto es, un involucramiento superior de la ciudadanía en el diseño o elaboración de las decisiones públicas, superando el carácter recepticio, pasivo o de meros sujetos, que existe en un régimen de sujeción vertical de los individuos frente a la autoridad y carente de una ciudadanía organizada, activa y responsable”. Disponible en la web: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4641/> [fecha de visita: 15 de agosto de 2015].

<sup>18</sup> WALDRON, Jeremy (2005) *Derecho y Desacuerdo*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, pp. 123 y 124.

que entrega mejores posibilidades de acertar en nuestras decisiones morales, y aquello puede resultar decisivo a la hora de orientar las potestades administrativas.

¿Por qué ocurre esto? ¿Qué nos puede hacer pensar que la participación democrática ofrece mayores posibilidades de descubrir respuestas adecuadas?

Vamos por parte.

Para quienes defienden las virtudes de una democracia deliberativa, las decisiones públicas para que gocen de una adecuada legitimidad deben estar dotadas de imparcialidad, y poseen esa cualidad cuando “no se orientan a favorecer a ninguna persona o grupo social en particular: cuando no es una norma con ‘nombre propio’, sino que es adoptada solo porque su contenido es el que se considera más justo, tomando en consideración todos los intereses involucrados”<sup>19</sup>. El valor de la democracia estaría dado en consecuencia en sus ventajas cognitivas, en la posibilidad que abre de alcanzar con mayor grado de certeza una decisión imparcial.

Naturalmente que no basta estar bajo un régimen democrático para garantizar decisiones imparciales. La democracia deliberativa exige para ello ciertas condiciones. Como aclara Carlos Nino, “la capacidad epistémica de la discusión colectiva y de la decisión mayoritaria para detectar soluciones moralmente correctas no es absoluta, sino que varía de acuerdo con el grado de satisfacción de las condiciones que subyacen al proceso [democrático]”. Esas condiciones según el autor argentino son las siguientes: “que todas partes interesadas participen en la discusión y decisión; que participen de la base razonable de igualdad y sin ningún coerción; que puedan expresar a sus intereses y justificarlos con argumento genuinos; que el grupo tenga una dimensión apropiada que maximice la probabilidad de un resultado correcto; que no haya ninguna minoría aislada, pero que la composición de las mayorías y minorías cambie con

<sup>19</sup> GARGARELLA, Roberto (1995) “Crisis de representación y constituciones contramayoritarias”. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía Política*, N° 4, p. 91 y 92. La democracia deliberativa es para Nino el sistema “más propicio para alcanzar la imparcialidad de las decisiones, ya que permite el debate público, siendo este el mejor método para acceder al conocimiento de la verdad moral, de la decisión más justa. Esto es así porque permite que todos los potencialmente afectados por una decisión opinen y arguyan sobre la racionalidad de las medidas a adoptar, posibilita que los argumentos se perfeccionen, se contemplen todos los supuestos de hecho a tener en cuenta, se detecten los errores de razonamiento, entre otras ventajas”. BENENTE, Mauro (2012) “El Platonismo en la democracia deliberativa de Carlos Nino”. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía Política*, N° 36. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-02182012000100004&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-02182012000100004&script=sci_arttext) [fecha de visita: 15 de diciembre de 2015].

las diferentes materias; [y] que los individuos no se encuentren sujetos a emociones extraordinarias”<sup>20</sup>.

Esas condiciones, especialmente en relación a la presencia de todas las partes y la igual posibilidad de hacer valer sus intereses y perspectivas, sabemos que se presentan escasamente en nuestras sociedades latinoamericanas, lo cual supone un grave problema para la eficiencia y la legitimidad del régimen político<sup>21</sup>.

Para suplir esa deficiencia, se hace necesario instaurar mecanismos institucionales que permitan acercar esas condiciones a la realidad, y un factor clave es el relativo a la inclusión de todos los grupos sociales al debate público y de esta manera obtener decisiones y políticas públicas ecuanímes y legitimadas. Todos aquellos cuyos intereses estén en juego en una decisión pública y puedan ser afectados por ella debieran estar presentes en la deliberación<sup>22</sup>, y frente a un obstáculo estructural que impida la presencia de todos ellos es que se debe disponer de mecanismos que hagan posible la inclusión.

Esa inclusión es especialmente relevante en relación a grupos que han permanecido sistemáticamente marginados del debate público, sectores que se ubican en las antípodas de la creación del Derecho o de las decisiones de políticas públicas, viviendo por lo mismo en un verdadero estado de “enajenación legal”<sup>23</sup>. Cuando un sistema institucional “se muestra ciego ante las privaciones de los marginados, sordo frente a sus reclamos, o carente de voluntad para remediar las humillaciones que padecen”<sup>24</sup>, la ley y las medidas de gobierno solo pueden tener el sabor

<sup>20</sup> NINO, Carlos (2003) *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, p. 180

<sup>21</sup> Al respecto, un informe de CEPAL afirma lo siguiente en relación a Latinoamérica: “Una de las características distintivas de América Latina ha sido la desigualdad en la distribución tanto de los recursos como de los derechos. Si bien no se trata ni mucho menos de la región más pobre del mundo, sí se destaca por ser la más inequitativa, lo que representa un serio condicionante para el bienestar actual y el desarrollo futuro de sus sociedades y economías”. CEPAL (2014) *Panorama Social de América Latina*. Naciones Unidas, p. 99.

<sup>22</sup> Lo cual puede exigir la implementación de mecanismos de descentralización que posibiliten un ejercicio democrático directo, o de centralización cuando la medida puede afectar negativamente los intereses de personas sujetas a diferentes jurisdicciones o incluso contemplar “distintos grados de ciudadanía” en relación a determinados actos que afecten de distinta manera a grupos sociales. NINO (2003) 186.

<sup>23</sup> Estado de enajenación que tiene lugar en “aquellas situaciones extremas donde los ciudadanos no pueden identificarse con la ley, que ellos no crearon ni pudieron desafiar razonablemente, y frente a la cual solo quedan ocupando el papel de víctimas”. Ver GARGARELLA, Roberto (2008) *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, pp. 27 y 28.

<sup>24</sup> GARGARELLA, Roberto (2007) “El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema”. *Astrolabio. Revista Internacional de Filosofía*, p. 19. Disponible en: <http://www.ub.edu/astrolabio/Articulos4/ARTICULOgargarella.pdf> [fecha de visita: 3 de octubre de 2015].

amargo de la imposición; nada de ellas, en su contenido, origen y ejercicio, puede llamar a su obediencia espontánea. La política y la norma jurídica, desprovista de cualquiera legitimidad, aparece ahí solo como amenaza y violencia.

Por ello es que el derecho no puede ser ciego a las condiciones de desigualdad estructural y a la ausencia de reconocimiento que sufren amplios sectores sociales<sup>25</sup> (los países latinoamericanos son un buen ejemplo de esos fenómenos), y deben disponer de mecanismos especiales que permitan integrar las voces e intereses de los grupos sociales marginados. Las condiciones democráticas de la mayoría de los países responden en una medida muy pobre a una deliberación más o menos libre e igualitaria entre sectores de la ciudadanía y las decisiones públicas terminan dependiendo mucho menos de una libre deliberación que del resultado de negociaciones, luchas y de relaciones de fuerza asimétricas; entre intereses sustentados por grupos de distinto poder político y económico. Los grupos excluidos en ese escenario quedan sistemáticamente relegados a ser meros objetos, si no víctimas del sistema político.

Un buen ejemplo de ello lo constituyen los pueblos indígenas situados al interior de los Estados Nacionales. Como lo ha señalado el ex Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas de las Naciones Unidas, James Anaya, los derechos especiales indígenas, en tanto adjudicados a “grupos culturalmente diferenciados que sufren desigualdades dentro de los estados en que viven en relación con patrones históricos de conquista e imperio”, se justifican precisamente por cuanto constituyen un estatuto de reparación frente a las graves violaciones sufridas en su derecho a la autodeterminación producto de los procesos de conquista, colonización y creación de los Estado-Nación, lo cual se traduce hasta ahora en condiciones de desigualdad extrema, falta de reconocimiento y vulnerabilidad<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Para Axel Honneth existe una correlación entre la falta de reconocimiento y una inequitativa distribución del ingreso. Lo que hay detrás de las luchas sociales es una disputa por encontrar un reconocimiento a nivel social. Incluso detrás de las históricas luchas obreras o campesinas hay una búsqueda última de reconocimiento por medio de la ampliación y profundización de los derechos jurídicos o la valoración de las particularidades sociales y culturales de esos grupos. En ese sentido, no es posible separar la falta de reconocimiento de la mala distribución del ingreso. La distribución material es correlativa al grado de apreciación social, y por lo mismo son fenómenos indivisibles unos de los otros para el filósofo alemán. HONNETH, Axel (1997) *La lucha por el reconocimiento*. Barcelona: Crítica Gribaldo Mondadori, pp. 87 y 89.

<sup>26</sup> ANAYA, James (2005) *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta, pp. 162 y 163. También del mismo autor: “Por qué no debería de existir una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”. Disponible en: <http://www.undg.org/docs/9511/01.-James-Anaya.doc> [fecha de visita: 1 de noviembre de 2014].

## 5) EL DERECHO DE CONSULTA INDÍGENA COMO MECANISMO REFORZADO DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

Ante esta situación de postergación de los pueblos indígenas, un derecho clave que se ha diseñado por el orden jurídico internacional –precisamente como un dispositivo especial para hacer valer sus intereses– es el derecho de consulta indígena, pieza central dentro del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual exige a los Gobiernos “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”; consulta que deben ser llevadas a cabo “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>27</sup>.

La consulta se inscribe dentro del derecho a participación de los pueblos indígenas y forma parte de un diseño institucional encaminado a permitir a dichos pueblos conservar su carácter diferenciado en esferas de decisión que van más allá de su ámbito de decisión autónoma. Por lo mismo, supone una garantía a la integridad del pueblo o comunidad indígena y encuentra su justificación en los esfuerzos de esos colectivos por redefinir sus términos de relación con otros grupos humanos. Por eso constituye una norma “primordial” del referido Convenio 169, junto con los derechos a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural (autogobierno).

La OIT ha dicho que el espíritu de consulta y participación constituye la verdadera piedra de toque o angular del Convenio en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo. Ello tiene su fundamento en el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas confiriéndoles a los mismos un papel central en la decisión sobre las medidas estatales susceptibles de afectarles directamente. Como ha dicho el ex Relator Anaya, “el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas y los principios conexos ha 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”. Pero ello no implica erigir a los pueblos indígenas y sus derechos como referentes únicos y definitivos en materia de políticas públicas que les afecten:

---

<sup>27</sup> Convenio 169 de la OIT, artículo 6.



“[l]os principios de consulta y consentimiento están más bien encaminados a evitar que se imponga la voluntad de una parte sobre la otra y a que, en lugar de ello, se procure llegar a un entendimiento mutuo y adoptar decisiones por consenso”<sup>28</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, ha señalado que “el reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural (...), los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática”<sup>29</sup>. Por lo mismo, “una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios”<sup>30</sup>. Y que además de encontrar un fundamento convencional —señala la sentencia— goza de un reconocimiento generalizado en las diferentes legislaciones nacionales y por lo mismo constituye “un principio general del Derecho Internacional”<sup>31</sup>.

Así, la consulta constituye un instrumento fundamental de participación indígena en las decisiones públicas que les pueden afectar directamente. Participación que de acuerdo a los estándares internacionales solo puede ser válida cuando se reúnan los siguientes requisitos: 1) que la consulta se haga en forma *previa*, esto es, desde las primeras etapas de la formulación de la medida de manera que los pueblos interesados tengan la oportunidad de participar libremente a todos los niveles en la formulación, aplicación y evaluación de medidas y programas que les afecten directamente<sup>32</sup>; 2) mediante *procedimientos adecuados*, es decir, teniendo

<sup>28</sup> ANAYA, James (2009) *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Consejo de Derechos Humanos, ONU. A/HRC/12/34 15 de julio de 2009. Disponible en: [http://www.politicaspúblicas.net/docs/2009\\_07\\_anaya\\_inf\\_cdh.pdf](http://www.politicaspúblicas.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf) [fecha de visita: 1 de junio de 2015].

<sup>29</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 27 de junio de 2012, “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, párrafo 159. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf) [fecha de visita: 21 de noviembre de 2015].

<sup>30</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, párrafo 160.

<sup>31</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, párrafo 164.

<sup>32</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 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



en cuenta su finalidad que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento<sup>33</sup> ajustándose a las exigencias propias de cada situación y siendo útil, sincera y transparente<sup>34</sup>; 3) que sea dirigida a sus *instituciones representativas*, permitiendo que la representatividad sea el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas y no imponiendo un solo modelo de institución representativa<sup>35</sup>; 4) de *buena fe*, lo que implica respetar los intereses, valores y necesidades de cada parte, tomando en cuenta cada circunstancia y las características especiales de un determinado grupo o comunidad<sup>36</sup> y “realizar todos los esfuerzos para generar un clima de confianza y respeto mutuos en el que la consulta se lleve a cabo de buena fe”<sup>37</sup>; 5) de modo *apropiado a las circunstancias*, por lo cual el procedimiento no puede responder a un modelo único aplicable indistintamente

Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabadores (CUT), párrafo 78. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm> [fecha de visita: 17 de noviembre de 2015]. También, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS), párrafo 61. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm> [fecha de visita: 17 de noviembre de 2015].

<sup>33</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR), párrafo 89. Disponible en: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507231,es:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507231,es:NO) [fecha de visita: 10 de junio de 2015].

<sup>34</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2003) *Convenio Número 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual*, p. 17. Disponible en: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@normes/documents/publication/wcms\\_100764.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100764.pdf) [fecha de visita: 17 de noviembre de 2015].

<sup>35</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR), párrafo 102. Disponible en: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507231,es:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507231,es:NO) [fecha de visita: 20 de enero de 2016].

<sup>36</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*. Oficina Internacional del Trabajo. Disponible en: <http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/conten.htm> [fecha de visita: 11 de septiembre de 2015].

<sup>37</sup> ANAYA, James (2009) *Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile*. Centro de políticas Públicas y Derechos Indígenas. Disponible en: [http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator\\_especial\\_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf](http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf). [fecha de visita: 11 de septiembre de 2015].

a todos los pueblos indígenas, sino que por el contrario, debe ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando los métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado, lo que incluso exige la activa participación indígena al momento de definir la manera en que se debe efectuar la consulta<sup>38</sup> y 6) la consulta debe tener la *finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas*, lo que comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes signadas por la comunicación y el entendimiento, el mutuo respeto y la buena fe, y un deseo sincero de llegar a un acuerdo común<sup>39</sup>.

## 6) ALCANCE DEL DERECHO DE CONSULTA EN RELACIÓN A LAS POTESTADES REGLADAS O DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN

La incorporación del derecho de consulta como un deber de los Gobiernos en relación a las medidas administrativas que se adopten y que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas instala varias preguntas que son necesarias de abordar. En este trabajo analizaremos una de aquellas cuestiones y es la que dice relación con el tipo de actos administrativos que debieran ser objeto de una consulta, cuestión que

<sup>38</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 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), párrafo 72. Disponible en: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507143;es:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507143;es:NO) [fecha de visita: 15 de septiembre de 2015].

<sup>39</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 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), párrafo 90. A estos requisitos, la Corte Interamericana, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT, agregó la obligación estatal de realizar estudios de impacto ambiental como “una de las salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo” y como una forma de “evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión” y asegurar que las comunidades indígenas tengan “conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad”, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, “con conocimiento y de forma voluntaria. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, párrafo 205.

se vincula con lo dicho respecto del principio de juridicidad y el carácter reglado o discrecional de las funciones administrativas.

La distinción entre actos reglados y discrecionales tiene un paralelo directo con el principio de separación de los poderes. Las funciones de la administración son más o menos libres en la medida que el legislador haya o no regulado de manera exhaustiva el contenido de una determinada potestad de la Administración. El alcance del principio de legalidad, en consecuencia, es clave en esta materia.

Aquella circunstancia nos debe llevar a identificar *prima facie* quien es el obligado en principio a desarrollar la consulta indígena. En relación a los actos reglados, como la potestad pública depende por entero de la regulación legal, es el autor de la ley quien debe someter la norma a una consulta previa cuando fuere susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. Tratándose de actos discrecionales, por el contrario, desde el momento que corresponde a la autoridad administrativa la elección del cómo, el cuándo y/o el qué de la decisión gubernamental es ella quien debe someter la decisión a consulta. Igual solución debiera alcanzarse en relación a aquellos aspectos en parte reglados y en parte discrecionales del acto administrativo. Lo discrecional siempre debe someterse a consulta como lo dispone el mismo reglamento analizado.

Esta caracterización general, sin embargo, no resulta concluyente en muchos aspectos. Con toda probabilidad la mayoría de los actos reglados se apoyan en leyes que no han sido objeto de consulta, ya sea porque se trata de normas anteriores a la vigencia del Convenio 169 o porque su objeto en principio no parecía ser susceptible de afectar a los pueblos indígenas –por lo que la norma no se consultó– pero en el contexto concreto sí se produce esa afectación. ¿Qué hacer en estos casos? Nos encontramos por un lado frente a la obligación de la autoridad administrativa a ceñirse estrictamente al mandato legal, y, por el otro ante la obligación de todos los entes públicos de respetar y garantizar la consulta indígena. ¿Qué es lo que debe primar? ¿A qué obligación jurídica sujetarse?

Dada esta confrontación de mandatos legales no es posible dar una respuesta única. Depende del caso en particular y de los principios que estén en juego. El principio de juridicidad en rigor abarca tanto la obligación de ajustarse al mandato preciso que entrega la ley en el caso de un acto reglado (mediante una simple subsunción), como de ajustarse al mandato de optimización que se origina en la existencia de principios incorporados en el orden jurídico, como es el caso de los derechos humanos. Si bien es cierto que “en términos históricos, el principio de legalidad fue absoluto”, no es menos cierto que “los textos constitucionales li-

mitaron su alcance porque el mandato legislativo no puede desconocer los principios y reglas constitucionales”<sup>40</sup>. El Poder Ejecutivo está sometido a la ley pero también a todo el bloque de juridicidad.

Además, otra cuestión a considerar es la existencia de actos administrativos reglados que confieren derechos u otorgan un beneficio a un tercero. En estas circunstancias, la autoridad administrativa frente al conjunto de condiciones previstas por la ley no tendría otra posibilidad que dictar el acto favorable a quien lo solicite. En este caso, ¿qué puede hacer la autoridad administrativa?, ¿dictar el acto sin más o sujetarse al procedimiento que exige la consulta indígena?

Para resolver esta espinuda cuestión creo útil recurrir a las teorías sostenidas por Alexy, y específicamente a su sistematización del “juicio de proporcionalidad” que tanto impacto ha tenido a nivel doctrinario y jurisprudencial. El juicio de proporcionalidad, como se sabe, permite mediante un procedimiento razonado establecer cuándo una restricción a un principio, especialmente cuando se trata de un derecho humano, transgrede la prohibición de exceso y por esta vía resolver colisiones entre derechos, intereses o valores concurrentes en un caso en particular y de acuerdo a sus características específicas.

En aplicación del juicio de proporcionalidad se juzgan antijurídicas las normas, medidas o actuaciones que imponga un sacrificio inútil, innecesario, o desequilibrado por excesivo, de un derecho o interés protegido. El resultado se obtiene aplicando tres test escalonados: primero, el test sobre la idoneidad de la medida (que controla si ella persigue una finalidad legítima y es útil para alcanzar dicho objetivo); segundo, el test de necesidad de la medida (que mira que no exista otra alternativa que sirviendo al mismo objetivo no afecte de manera tan intensa al otro principio comprometido); y, tercero, el test de proporcionalidad en sentido estricto sobre la medida (que vela porque el grado de afectación de uno de los principios sea correlativo a la importancia de la satisfacción del otro).

Ahora, el examen de proporcionalidad sirve para dirimir cuál principio debe privilegiarse en un caso de conflicto entre dos o más de ellos (lo que ocurre cuando la aplicación de uno lleva a un resultado opuesto a la aplicación de otro); juicio ponderativo que cabe realizar también cuando uno de los términos de la contradicción es una regla que puede resultar contraria a un principio. Estos casos, es decir, cuando existe una regla y un principio que se le opone, “solo pueden resolverse mediante la ponderación del principio que colisiona con la regla, con el principio que

---

<sup>40</sup> BALBÍN (2013).

sustenta la regla”. Es decir, “cuando una regla colisiona con un principio, debe detectarse en el sistema jurídico cuál es el principio en que la regla encuentra su punto de apoyo (mediante el subprincipio de idoneidad) y debe ponderarse este principio con el principio contrario a la regla”<sup>41</sup>.

En abstracto, es posible identificar en la regla que ordena a la autoridad administrativa ceñirse rigurosamente a la ley en el caso de un acto reglamentado, la satisfacción del respeto al principio de legalidad estricto. Por su parte, el deber de consulta indígena, en el lenguaje de Alexy, es un tipo derecho a un procedimiento administrativo que aun cuando “no garantice la conformidad iusfundamental del resultado, aumenta la probabilidad de un resultado conforme al derecho fundamental”. Por ello, “allí donde las normas procedimentales pueden aumentar la protección de los derechos fundamentales, está exigida *prima facie* por principios iusfundamentales”; de ahí que si “no priman principio opuestos, existe un derecho definitivo a su vigencia”<sup>42</sup>.

¿Cuáles son los derechos que fundan el derecho de consulta indígena y que justifica su ejercicio? ¿El procedimiento de consulta a qué derechos favorece? Ya los señalamos previamente: la protección de la identidad cultural de los pueblos indígenas, lo cual está asociado íntimamente con la protección de sus territorios tradicionales<sup>43</sup>.

Estamos en consecuencia enfrentados a dos principios jurídicos, por un lado el que nos obliga a ceñirnos estrictamente a la ley en el caso de los actos reglados, y, por otro, el que nos obliga a consultar todas las medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. ¿Cuál debe preferirse? Creemos que salvo circunstancias especiales en que el procedimiento de consulta pudiere afectar los derechos del beneficiario del acto administrativo de un modo desproporcionado a la importancia de la satisfacción de los derechos colectivos indígenas a la tierra y la identidad, siempre debiera preferirse desarrollar la consulta indígena.

Y en este balance entre la sujeción estricta al principio de legalidad o la consideración a los derechos que pueden favorecer al beneficiario de un

<sup>41</sup> BERNAL, Carlos (2007) *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 586.

<sup>42</sup> ALEXY, Robert (2002) *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 473 y 474.

<sup>43</sup> En este sentido la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS señala que “[a] desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 17 de junio de 2005, “Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”, párrafo 147. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf) [fecha de visita: 20 de enero de 2016].

acto reglado, es útil considerar lo que ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos a propósito de la relación de los indígenas con sus tierras (y que en vista a su protección, entre otros, se funda la consulta indígena). Ha señalado que: (1) los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios y la estrecha relación que mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica<sup>44</sup>; (2) la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras<sup>45</sup>; (3) la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural<sup>46</sup>; (4) la conexión de las comunidades (tribales) a sus tierras tradicionales reviste vital importancia espiritual, cultural y material, por lo que para que puedan preservar la identidad e integridad de la cultura, los miembros de las comunidades deben mantener una relación fluida y multidimensional con sus tierras ancestrales; (5) la pérdida de las tierras acarrea sufrimiento emocional, psicológico, espiritual y económico lo que constituye una violación por parte del Estado a la integridad física, psíquica y moral<sup>47</sup>; y (6) el hecho de que un Estado no haya garantizado el derecho de los miembros de una comunidad indígena a la propiedad comunitaria, afecta el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los priva de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos na-

<sup>44</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 31 de agosto de 2001 “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs Nicaragua”, párrafo 149. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_79\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf). [fecha de visita: 20 de enero de 2016]. También, CIDH Caso Comunidad indígena Yakye Axa, párrafo 131.

<sup>45</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, párrafo 149.

<sup>46</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Comunidad indígena Yakye Axa”, párrafo 135.

<sup>47</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 15 de junio de 2005, “Caso de la Comunidad Moiwana”, párrafo 101 y 103. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_124\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf) [fecha de visita: 20 de enero de 2016].

turales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades<sup>48</sup>.

Teniendo presente estas circunstancias es posible concluir lo siguiente: en el caso de actos administrativos total o parcialmente discrecionales, la consulta indígena debe realizarse siempre antes de adoptar la decisión, integrando de este modo la perspectiva indígena en la determinación (y dando cuenta de los pasos adoptados para satisfacer el derecho en cuestión). En el caso de actos administrativos total o parcialmente reglados, *prima facie* debe realizarse la consulta indígena a menos que el derecho de la persona favorecida en su caso pudiere ser más relevante que garantizar un procedimiento destinado a la satisfacción de los múltiples derechos colectivos e individuales indígenas, cuestión que difícilmente pueda suceder en la realidad por los principios que están en juego, no obstante que aquello no se pueda descartar *a priori*.

Esto quiere decir, salvo excepción muy calificada, que la autoridad administrativa debe *desatender* el carácter de reglado del acto y tomar la decisión sometiéndola previamente a la consulta indígena de acuerdo a los estrictos criterios fijados por el derecho internacional de los derechos humanos que aquí hemos revisado.

## 7) ÚLTIMOS ARGUMENTOS

A la protección de los derechos sustanciales a que sirve el derecho de consulta, se agregan otros elementos que debieran tomarse en cuenta a la hora definir su aplicación preferente cuando se trate de un acto reglado. Cinco son los elementos a tomar en cuenta:

### (7.1.) LA NORMA DEL ARTÍCULO 6 DEL CONVENIO 169 ES UNA NORMA AUTOJECUTABLE

Por norma autoejecutable el derecho internacional entiende, según explica Jiménez de Arechaga, una norma contenida en un tratado que se incorpora automáticamente en el Derecho interno<sup>49</sup>. Según ese autor,

<sup>48</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS “Caso Comunidad indígena Yakye Axa”, párrafo 168. En el mismo sentido CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 29 de marzo de 2006, “Caso Comunidad Indígena Sawoyamaya Vs Paraguay”, párrafo 164 y 166. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_146\\_esp2.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf). [fecha de visita: 20 de enero de 2016].

<sup>49</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo (1988) “La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno”. *Revista IIDH*, San José: Instituto Interamericano de Dere-



“la estipulación de un tratado se considera como ejecutable por sí misma (*self-executing*) cuando es susceptible de una aplicación inmediata y directa, sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implementación o su exigibilidad”<sup>50</sup>.

En el caso de los tratados internacionales de derechos humanos todas sus disposiciones son en principio autoejecutables. Desde el momento en que el “objeto y razón de ser de una Convención de Derechos Humanos, así como la intención de sus autores es reconocer a favor de los individuos, como de terceros beneficiarios, ciertos derechos y libertades fundamentales, y no regular las relaciones entre los Estados partes”, esos instrumentos ordenan materias que por su propia naturaleza se prestan por sí misma a ser autoejecutable<sup>51</sup>, como es el caso del derecho de consulta contemplado en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

**(7.2.) LA REGLA *PRO HOMINE* DE INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS, OBLIGA A OPTAR POR LA INTERPRETACIÓN QUE MEJOR FAVOREZCA Y GARANTICE LOS DERECHOS HUMANOS**

La regla manda aplicar siempre la disposición más favorable a los derechos de las personas, por lo que si existen dos normas aplicables al caso se debe elegir aquella que en mejor forma garantice el derecho humano comprometido, y lo mismo se debe hacer si una norma admite más de una interpretación<sup>52</sup>. A la hora de decidir si una determinada norma en un tratado debe o no ejecutarse, y por tanto, si debe aplicarse directa-

---

chos Humanos, enero-junio de 1988. Otro es el caso de las normas no autoejecutables. En ellas se requiere una “transformación” de las disposiciones internacionales en Derecho Interno, sea mediante leyes o medidas administrativas, a objeto de que sean aplicables dentro del país signatario. Mientras ello no ocurra, la norma solo obligaría al Estado a nivel internacional pero no a nivel interno.

<sup>50</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988).

<sup>51</sup> Solo por excepción sus disposiciones carecerían de ese carácter. Según aclara el mismo autor: “[p]ara que ello ocurra —agrega— es necesario que la realidad y vigencia del derecho quede expresamente encomendada por el precepto al dictado de una ley o de medidas complementarias”. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988). Lo cual de ningún modo podría deducirse de los términos del Convenio 169 que es prístino en cuanto a la obligación estatal en orden a consultar cualquiera medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas (N.A.).

<sup>52</sup> La Convención Americana de Derechos Humanos expresa este principio al señalar que no puede interpretarse ninguna de sus disposiciones para “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que deriven de la forma democrático representativa de gobierno” (artículo 29, literal c) o para: “excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza” (artículo 29 literal d).



mente por los Estados Partes en un caso en que estén en juego derechos humanos, la regla referida obliga a la aplicación o interpretación que más favorezca la vigencia del derecho.

**(7.3.) ES IMPERATIVO PARA LOS ESTADOS LA INTERPRETACIÓN QUE LE HAN DADO LOS PROPIOS ORGANISMOS DE SUPERVISIÓN A LAS NORMAS CONVENCIONALES EN CUANTO A SU APLICABILIDAD DIRECTA**

Ello en virtud del principio de buena fe, principio que lógicamente implica reconocer autoridad a las decisiones de los órganos de supervigilancia dispuestos en los mismos instrumentos suscritos por los Estados. Y respecto del punto, tanto la propia OIT, como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no han dudado en entender como de cumplimiento inmediato la exigencia de la consulta indígena<sup>53</sup>.

**(7.4.) EL ORIGEN INTERNACIONAL DEL DERECHO DE CONSULTA DETERMINA SU APLICABILIDAD PREEMINENTE**

En virtud del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, ningún Estado podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. De este modo, si la autoridad administrativa frente a una medida susceptible de afectar a algún pueblo indígena prescindiera de la consulta, amparado en el carácter reglado del acto, estaría infringiendo el artículo 6 del Convenio 169 bajo la excusa de una regulación de carácter interna. La misma OIT ha señalado expresamente que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, así como la obligación del Gobierno de consultar previamente con los pueblos interesados, nace directamente del Convenio y no puede estar condicionada por la legislación nacional<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) *Derechos de los pueblos indígenas y tribales Sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Cap. IX. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf> [fecha de visita: 20 de enero de 2016].

<sup>54</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 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), párrafo 72. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi/lex/pdconvs2.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=48&chapter=16&query=Colom>

### (7.5.) EL EXAMEN DE CONVENCIONALIDAD OBLIGA A LOS ESTADOS A SUJETAR SU COMPORTAMIENTO A LOS ESTÁNDARES FIJADOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DDHH

La Corte IDH, a través de lo que ha entendido como “examen de convencionalidad”, ha venido sosteniendo que los tribunales nacionales al momento de decidir sobre las cuestiones puestas en su conocimiento, se deben sujetar a lo dispuesto por la Convención Americana, como también a “la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana [en] sus resoluciones, como intérprete última de la Convención Americana”<sup>55</sup>. Asimismo, ha sostenido que dicho control de convencionalidad: 1) debe ejercerse de oficio por la magistratura local y en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes<sup>56</sup>; 2) por cualquier juez o tribunal que ejerza funciones jurisdiccionales<sup>57</sup>; 3) incluyendo a toda autoridad pública<sup>58</sup>; 4) e incluso

bia%40ref&highlight=&querytype=bool&context=0. [fecha de visita: 20 de diciembre de 2014].

<sup>55</sup> Así, en el caso *Almonacid Arellano Vs. Chile* la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso lo que sigue:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, 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”.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 26 de septiembre de 2006 “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, párrafo 124. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf). [fecha de visita: 20 de enero de 2016].

<sup>56</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 24 de noviembre de 2006 “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, párrafo 128. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf) [fecha de visita: 20 de enero de 2016].

<sup>57</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 26 de noviembre de 2010, “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, párrafo 225. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_220\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_220_esp.pdf) [fecha de visita: 20 de enero de 2016].

<sup>58</sup> Sobre la evolución de la doctrina del examen de convencionalidad, ver NASH, Claudio (2012) “Control de Convencionalidad. Precisiones conceptuales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador): *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago: Librotecnia, pp. 366 a 371.

es obligatoria para cualquier expresión del poder estatal, aun cuando fuere la propia soberanía popular la que se expresare directamente<sup>59</sup>.

Como se vio atrás la Corte IDH ha señalado que los pueblos indígenas tienen derecho a la consulta, derivado del artículo 21 de la CADH e incluso como principio de derecho internacional, por lo que de acuerdo al control de convencionalidad no es posible a los Estados Partes exceptuarse respecto de dicha obligación.

## CONCLUSIÓN

Todos estos elementos nos deben llevar a privilegiar la implementación del derecho de consulta aun cuando estemos frente a un acto formalmente reglado. Ello significa que la autoridad administrativa debe desatender el carácter administrativo del acto y proceder a consultarlo decidiendo su objeto en atención a los términos del proceso consultivo y teniendo en cuenta los derechos de los pueblos indígenas concernidos. Esta obligación podría tener excepción en relación a actos administrativos reglados que reconozcan derechos o beneficios en favor de terceros cuando aquellos pudieran ponderarse como de mayor entidad que los derechos resguardados por la consulta indígena, lo cual solo podría justificarse en contadas situaciones. Otra posibilidad de aplicación directa de un acto reglado sin consulta indígena podría tener lugar cuando la ley que le sirve de fundamento ha sido previamente consultada, lo cual sabemos que en la práctica es de difícil ocurrencia.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANAYA, James (2005) *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid: Trotta.
- ANAYA, James (2009) *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Consejo de Derechos Humanos, ONU. A/HRC/12/34 15

---

<sup>59</sup> Así lo indicó la Corte IDH en el caso *Gelman Vs. Uruguay*, donde el tribunal interamericano restó valor jurídico a una ley dictada por el parlamento uruguayo y que había sorteado dos intentos de ser derogada y anulada mediante procedimientos de ejercicio directo de la democracia. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 24 de febrero de 2011, "Caso Gelman Vs. Uruguay", párrafo 193. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf) [fecha de visita: 20 de enero de 2016].

- de julio de 2009. Disponible en: [http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009\\_07\\_anaya\\_inf\\_cdh.pdf](http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf)
- ANAYA, James (2009) *Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile*. Centro de políticas Públicas y Derechos Indígenas. Disponible en: [http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator\\_especial\\_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf](http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf)
- ALEXY, Robert (2002) *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BALBÍN, Carlos (2013) *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- BENENTE, Mauro (2012) “El Platonismo en la democracia deliberativa de Carlos Nino”. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía Política*. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-02182012000100004&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-02182012000100004&script=sci_arttext), pp. 117-145.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011) *Derecho Administrativo General*. Santiago: AbeledoPerrot-LegalPublishing Chile.
- BERNAL, Carlos (2007) *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3a Edición. Madrid: Estudios Constitucionales.
- CARBONELL, Miguel (2010) “El neoconstitucionalismo, significado y niveles de análisis”. En Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (editores): *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta.
- CEA EGAÑA, José Luis (1996) “Presentación y Estudio Introductorio, Dignidad, Derechos, y Garantías en el Régimen Constitucional Chileno”. En *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*. Santiago de Chile: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.
- FIORAVANTI, Maurizio (2001) *Constitución. De la antigüedad hasta nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta.
- FIORAVANTI, Maurizio (2009) *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1991) *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Cívitas.
- GARGARELLA, Roberto (2014) *La sala de máquinas de la Constitución*. Buenos Aires: Kats Editores
- GARGARELLA, Roberto (1995) “Crisis de representación y constituciones contramayoritarias”. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía Política*, N° 4, pp. 89-108.
- GARGARELLA, Roberto (2007) “El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema”. *Astrolabio. Revista Internacional de Filosofía*, p. 1-29. Disponible en: <http://www.ub.edu/astrolabio/Articulos4/ARTICULOgargarella.pdf>

- GARGARELLA, Roberto (2008) *De la injusticia penal a la justicia social*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.
- HONNETH, Axel (1997) *La lucha por el reconocimiento*. Barcelona: Crítica Gribaldo Mondadori.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo (1988) “La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno”. *Revista IIDH*, San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, enero-junio de 1988, pp. 25-41
- MORAGA KLENNER, Claudio (2010) *Tratado de Derecho Administrativo, La actividad formal de la administración del Estado*. Santiago: Editorial AbeledoPerrot-LegalPublishing.
- NASH, Claudio (2012) “Control de Convencionalidad. Precisiones conceptuales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador): *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*. Santiago: Librotecnia.
- NINO, Carlos (2003) *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1997) *Dogmática Constitucional*. Talca: Editorial Universidad de Talca.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2003) *Convenio Número 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual*. Disponible en: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@normes/documents/publication/wcms\\_100764.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100764.pdf)
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Disponible en: <http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/conten.htm>
- REQUEJO, Juan Luis (1992) “Consideraciones en torno de las normas internacionales en el ordenamiento español”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales (España), año 12, N° 34. 44, enero-abril, pp. 41-66.
- WALDRON, Jeremy (2005) *Derecho y Desacuerdo*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

## JURISPRUDENCIA CITADA

Todas de CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

Sentencia de 31 de agosto de 2001 “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs Nicaragua”, párrafo 149. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_79\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf)

Sentencia de 17 de junio de 2005, “Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”, párrafo 147. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf)

Sentencia de 15 de junio de 2005, “Caso de la Comunidad Moiwana Vs Surinam”, párrafo 101 y 103. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_124\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf)

Sentencia de 29 de marzo de 2006, “Caso Comunidad Indígena Sawoyamaya Vs Paraguay”, párrafo 164 y 166. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_146\\_esp2.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf)

Sentencia de 26 de septiembre de 2006 “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, párrafo 124. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)

Sentencia de 24 de noviembre de 2006 “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, párrafo 128. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)

Sentencia de 26 de noviembre de 2010, “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, párrafo 225. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_220\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_220_esp.pdf)

Sentencia de 24 de febrero de 2011, “Caso Gelman Vs. Uruguay”, párrafo 193. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf)

Sentencia de 27 de junio de 2012, “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, párrafo 159. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf)

Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985. *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 Y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Solicitada por el gobierno de Costa Rica

## INFORMES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009), *Derechos de los pueblos indígenas y tribales Sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de*

*Derechos Humanos*. Cap. IX. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>

NACIONES UNIDAS, CEPAL (2014). *Panorama Social de América Latina*

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 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 TRABADADORES (CUT). Disponible en: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507143,es](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507143,es):

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS). Disponible en: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507239,es](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507239,es):

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR). Disponible en: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507231,es](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507231,es).