

Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina

Avances y desafíos para su implementación en
Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú



© 2015 Fundación para el Debido Proceso
Todos los derechos reservados
Washington D.C., 20036
www.dplf.org

ISBN: 978-0-9912414-1-5

Diseño gráfico: Miki Fernández

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo de Oxfam.

Las opiniones expresadas en esta publicación no necesariamente coinciden con posiciones de Oxfam.

Índice

INTRODUCCIÓN	iii
PRIMERA PARTE: La consulta y el consentimiento en el ordenamiento jurídico de los países	1
1. Previsión constitucional y recepción de estándares internacionales	3
1.1 Jerarquía del Convenio 169 de la OIT en los ordenamientos internos, como tratado de derechos humanos	8
1.2 Bloque de constitucionalidad	10
1.3 Pronunciamientos de órganos internacionales de derechos humanos	13
2. Marco legal y participación de organizaciones indígenas en su diseño	16
2.1 Bolivia	19
2.2 Brasil	21
2.3 Chile	25
2.4 Colombia	28
2.5 Guatemala	31
2.6 Perú	34
3. Marco jurisprudencial y protección constitucional de la consulta y del consentimiento	39
3.1 Bolivia	39
3.2 Brasil	42
3.3 Chile	45
3.4 Colombia	47
3.5 Guatemala	50
3.6 Perú	54

SEGUNDA PARTE: Implementación del derecho a la consulta. Avances y desafíos	57
1. Reglamentación y ámbito de aplicación —objeto y sujetos de la consulta, y entidades a cargo de su realización	59
1.1 Sujetos de la consulta	59
1.1.1 Restricción de sujetos de consulta en el plano normativo o formal	61
1.1.2 Dificultades prácticas en la identificación de los sujetos	63
1.2 Objeto de la consulta	65
1.2.1 Exclusión <i>a priori</i> de ciertas medidas	66
1.2.2 Aplicación de una definición o aproximación restrictiva al concepto de “afectación directa”	68
1.2.3 El diseño institucional existente no asegura la identificación de medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas	69
1.3 Entidades a cargo de su realización	70
1.3.1 Centralización del proceso de consulta en una instancia única en Colombia	71
1.3.2 Procesos de consulta a cargo de la entidad estatal que adopta la medida legislativa o administrativa en Chile y Perú	72
1.3.3 Ausencia de una entidad específica a cargo de los procesos de consulta en Bolivia, Brasil y Guatemala	75
2. Conflictos intersectoriales, vacíos de competencia, insuficiencia presupuestaria y otras limitaciones que afectan los procesos de consulta	78
2.1 Inaplicación de procesos de consulta	78
2.2 Incumplimiento de las garantías que determinan una consulta compatible con los estándares internacionales de derechos humanos	81
2.3 Vacíos normativos	88
2.4 Desafíos en la financiación adecuada de los procesos de consulta	90
2.5 Ausencia de las garantías de la evaluación socio ambiental	92
3. Superposición de marcos regulatorios e imprecisión sobre el momento de la consulta	95
3.1 Superposición de marcos regulatorios	95
3.2 Imprecisión sobre el inicio de la consulta	98
RECOMENDACIONES	103

Introducción

En las últimas décadas, vienen presentándose dos procesos paralelos en América Latina. A partir de los años noventa del siglo XX, se ha promovido la inversión privada en la extracción intensiva de recursos naturales como parte del modelo de desarrollo económico en la región. La expansión de dicho modelo ha sido facilitada por diversos mecanismos como privatizaciones, exenciones tributarias y flexibilización del licenciamiento ambiental. Una omisión que incide en esas políticas es la ausencia de fiscalización y supervisión estatal. En el marco de un modelo económico dependiente de la exportación de recursos naturales, **la industria extractiva ha entrado en un nuevo ciclo de expansión que se ha acompañado de la capacidad cada vez más pronunciada de las empresas transnacionales de incidir en procesos políticos domésticos.**

Paralelamente, en varios países de la región ha tenido lugar el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. **En el ámbito internacional, se ha dado la incursión de los pueblos indígenas y su agenda de derechos, como producto de múltiples y largos procesos de reivindicación de su libre determinación.** Estos esfuerzos se han concentrado, en el plano universal, en la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 (en adelante, también “Convenio 169 de la OIT” o “Convenio 169”), y en la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, adoptada por la Asamblea General en septiembre de 2007 (en adelante, también “DNUPI” o “Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas”). En el continente americano, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se ha consolidado con el desarrollo de estándares por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, también “Comisión Interamericana” o “CIDH”) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, también “Corte Interamericana” o “Corte IDH”). En los instrumentos internacionales referidos y en los pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano, se ha otorgado un lugar central al derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas.

Estos procesos, en constante tensión, han supuesto para los Estados de la región importantes desafíos vinculados a su obligación de adaptar sus ordenamientos internos a los estándares internacionales, lo que en última instancia exige compatibilizar obligaciones de derechos humanos con intereses corporativos. Una expresión común de esta tensión es que, **junto con la implementación de proyectos extractivos, se han producido numerosos conflictos sociales con pueblos, comunidades y en general poblaciones locales, cuyos derechos e intereses se ven afectados cuando no se respetan sus tierras y los recursos naturales que en ellas se encuentran.** La falta de atención

En los instrumentos internacionales y en los pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano, se ha otorgado un lugar central al derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas

En marzo de 2011, la Fundación para el Debido Proceso elaboró una publicación sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas en cuatro países de la región andina: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú

a los reclamos y el desinterés mostrado, en ocasiones, por las autoridades nacionales, han hecho que algunas de estas situaciones desencadenen lamentables episodios de violencia. El desarrollo de proyectos de este tipo ha traído muchas veces la división de comunidades, la corrupción de autoridades y dirigentes locales, la criminalización de líderes y lideresas indígenas o de defensores y defensoras de derechos humanos, e incluso la muerte de quienes se oponen a su ejecución. Estas afectaciones son particularmente profundas en los escenarios en que tales proyectos se desarrollan en tierras y territorios históricamente ocupados por pueblos indígenas y tribales.

Teniendo en cuenta este escenario, en marzo de 2011, la Fundación para el Debido Proceso (DPLF por sus siglas en inglés), a solicitud de Oxfam, elaboró una publicación sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas en cuatro países de la región andina: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú¹. En este documento se abordaron los estándares de los organismos internacionales con competencia para pronunciarse sobre esta temática. Asimismo, se realizó un análisis en los referidos países, resaltándose los avances producidos para ese momento a nivel constitucional, legal y jurisdiccional, y advirtiéndose sobre los retrocesos a través de casos emblemáticos. Con base en este análisis, se formularon recomendaciones a cada uno de los actores involucrados.

El estudio actual busca actualizar los procesos descritos en el 2011 y servir de insumo para el debate sobre el contenido y alcance de este derecho y la necesidad de contar con mecanismos para que los pueblos indígenas y tribales no solo sean partícipes de las decisiones que afectan sus derechos, sino también artífices de su propio desarrollo. Con tal fin, DPLF y Oxfam acordaron continuar con el desarrollo de esta actualización.

Transcurridos cuatro años desde la primera publicación, **subsiste en la región un contexto de conflictividad social vinculada a la extracción de recursos naturales y su particular afectación en los pueblos indígenas y tribales**. Ello se debe, en parte, a la persistencia de causas estructurales que están en la base de muchas de las violaciones a sus derechos, como la existencia de una profunda discriminación, enraizada a lo largo de siglos de historia y que permea el aparato estatal. La falta de consulta para la imposición de una hidroeléctrica a pesar de las vidas humanas en riesgo, la destrucción de comunidades para la implementación de proyectos económicos, la venta a terceros de tierras históricamente ocupadas por pueblos indígenas y tribales, son expresiones de esta discriminación, traducidas en desinterés por demandas de desarrollo basadas en una relación armónica entre dichos pueblos y los recursos naturales que se encuentran en su territorio.

¹ DPLF y Oxfam. (2011). *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Washington DC: DPLF/OXFAM. Disponible en <http://dplf.org/es/resources/el-derecho-la-consulta-previa-libre-e-informada-de-los-pueblos-indigenas-la-situacion-de>

Pero al mismo tiempo se advierte que, en años recientes, se han presentado ciertos cambios favorables al desarrollo del derecho a la consulta en la región. **En la gran mayoría de los países de América Latina se ha creado mayor consciencia en los actores políticos y sociales relevantes, sobre la obligatoriedad y necesidad de implementar mecanismos de consulta previa para los pueblos indígenas y tribales,** y se han adoptado ciertas acciones dirigidas a este fin. Esto es resultado de un conjunto de factores, entre los que destacan las numerosas luchas por la defensa de sus derechos emprendidas por pueblos, comunidades y organizaciones indígenas frente a proyectos extractivos, la actuación de organizaciones de la sociedad civil, y pronunciamientos de órganos de administración de justicia que han jugado un rol clave en cada realidad nacional. Ello nos coloca en un escenario en que, a diferencia de años atrás, no se cuestiona si deben ponerse en marcha mecanismos para implementar el derecho a la consulta, sino que el debate principal se centra hoy en día en cómo llevarlos a cabo.

Nos encontramos entonces en un momento crucial en la región, en el que el reto reside principalmente en coadyuvar a la consolidación de este derecho en el ámbito interno a través de su implementación efectiva –normativa, institucional y práctica – acorde con los estándares internacionales de derechos humanos. No obstante, como ha demostrado la experiencia en varios países, no es tarea fácil implementar el derecho a la consulta y consentimiento de modo compatible con los estándares internacionales por varios motivos. Primero, se requiere una voluntad política del más alto nivel – muchas veces ausente– para construir un mecanismo que permita respetar y garantizar los derechos de los pueblos indígenas en juego frente a la implementación de proyectos extractivos. Asimismo, existe un contexto en que **la alta dependencia de las economías de la región de la extracción de recursos naturales determina la inclinación hacia intereses corporativos en sentido contrario a los derechos de los pueblos indígenas,** así como influencias por parte de múltiples actores, como gremios empresariales, empresas transnacionales, gobiernos extranjeros, medios de comunicación, la opinión pública, entre otros. A ello se suma que algunos principios de la consulta previa pueden resultar indeterminados, y no hay una fórmula única, aplicable a todos los casos, para concretarlos en procedimientos claros, accesibles y medibles.

Es preocupante observar que en los procesos de implementación emprendidos en la región existen fuertes críticas vinculadas a la restricción del contenido del derecho a la consulta en las normas internas, a la adopción inconsulta de textos legales que desnaturalizan este derecho, así como a la realización de procesos de consulta que no representan un mecanismo efectivo de garantía de derechos, sino un “mero trámite”. De este modo, es posible advertir que ha cobrado vigor una tendencia regresiva o, en el mejor de los casos, reconocimientos enunciativos que contrastan con retrocesos en su implementación. En algunos casos, los avances hacia la reglamentación de la

A diferencia de años atrás, no se cuestiona si deben ponerse en marcha mecanismos para implementar el derecho a la consulta, sino que el debate principal se centra hoy en día en cómo llevarlos a cabo

Los avances hacia la reglamentación de la consulta previa han sido mínimos, en gran medida por la asimetría de poder en que las comunidades y pueblos indígenas y tribales se encuentran ante ciertos sectores empresariales y políticos

consulta previa han sido mínimos, en gran medida por la asimetría de poder en que las comunidades y pueblos indígenas y tribales se encuentran ante ciertos sectores empresariales y políticos.

En este escenario, la presente publicación tiene como objetivo principal evaluar la implementación del derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas de la región, a través del análisis de la situación en seis países. Se abordan en el presente documento, de modo comparativo, los avances y desafíos en la implementación del derecho a la consulta en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú. Se tiene como referencia el derecho internacional de los derechos humanos y, en particular, el marco jurídico internacional que fue abordado ampliamente en la publicación de DPLF y Oxfam del año 2011².

Asimismo, el presente estudio parte del reconocimiento de cuatro aspectos esenciales y comunes a los seis países. El primero se refiere a la **necesidad de contextualizar la situación actual de los pueblos indígenas en América Latina, y su relación con los actuales Estados**. No se pretende hacer aquí un recuento de los ciclos de despojo histórico atravesados por los pueblos indígenas en las distintas latitudes, sino constatar que ello determina una desconfianza y rechazo primigenio de los pueblos indígenas hacia las representaciones del Estado, que exige un abordaje históricamente sensible y una aproximación desde la regeneración de confianza.

De otro lado, se hace necesario reconocer que **con frecuencia los pueblos indígenas donde se busca la implementación de proyectos extractivos se encuentran en condiciones de pobreza extrema**. La exclusión y discriminación histórica de las que han sido víctimas, sumadas a numerosas políticas de asimilación, despojos sistemáticos y denegación de derechos sobre sus tierras ancestrales, han hecho con que los pueblos indígenas en las Américas se encuentren en una situación menos favorable que la sociedad en general. Esto se refleja, entre otros aspectos, en la alta tasa de niños y niñas indígenas con desnutrición; el menor acceso a servicios de salud y educación, sin que éstos sean culturalmente adecuados; la reducida participación en el ámbito político y en la representación en el aparato estatal, entre otros factores. Esta situación se coloca como telón de fondo de los procesos de consulta.

En tercer lugar, es fundamental reconocer que **la consulta previa se enmarca, en términos más amplios, en la relación de los Estados con los pueblos indígenas**. Si bien este derecho ha sido por varios años el centro de la lucha de las organizaciones indígenas y de la sociedad civil, no debe ser visto como una garantía aislada, ni mucho

² DPLF y Oxfam. (2011). *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Washington DC: DPLF/OXFAM, pp. 11-28. Disponible en <http://dplf.org/es/resources/el-derecho-la-consulta-previa-libre-e-informada-de-los-pueblos-indigenas-la-situacion-de>

menos como el único derecho relevante. La cuestión principal es el establecimiento de relaciones entre los pueblos indígenas y el Estado que partan de su reconocimiento como sujetos colectivos de derechos, con la libertad de determinar sus propias prioridades de desarrollo. El reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, consagrado en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se traduce en otros derechos como el autogobierno, territorialidad, autonomía e identidad. Si bien la implementación efectiva de procesos de consulta previa puede ser una oportunidad para ponerse al día con deudas históricas relativas a estos derechos, no puede ser la única política del Estado en esta materia pues se vería condenada al fracaso en tanto se ahogaría en demandas insatisfechas. **La realización de los derechos específicos de los pueblos indígenas exige, entre otros, políticas públicas diferenciadas y espacios efectivos de participación en instancias locales, regionales y nacionales donde se toman decisiones que repercuten en ellos.**

Una cuarta cuestión se relaciona con el **reconocimiento y protección de las tierras y territorios históricamente ocupados por los pueblos indígenas y de los recursos naturales que allí se encuentran**. Si bien se han presentado avances significativos en el reconocimiento de derechos territoriales a los pueblos indígenas en la región, como fue abordado en la primera edición de este texto, se trata de un proceso inconcluso y con importantes tareas pendientes en cada país. En los países en que se cuenta con tierras y territorios reconocidos, se encuentran grandes dificultades para protegerlos frente a actores externos. Este elemento debe ser también tomado en cuenta al abordar el derecho a la consulta y consentimiento previo en tanto debe ser implementado de modo coherente con los derechos territoriales de los pueblos indígenas.

La presente publicación consta de dos secciones. En la primera, se analiza el **marco constitucional, legal y jurisprudencial aplicable al derecho a la consulta y consentimiento** en cada país. Un segundo capítulo está referido a los **avances y desafíos concretos para la implementación** del derecho a la consulta y consentimiento. Se abordan aquí aspectos esenciales de la reglamentación, como la determinación de sus ámbitos de aplicación y las entidades a cargo de su realización; así como la identificación de conflictos intersectoriales, vacíos de competencia, insuficiencia presupuestaria, superposición de marcos regulatorios, imprecisión sobre el momento de la consulta y otras limitaciones que afectan los procesos de consulta. Por último, se presenta una serie de **recomendaciones** dirigidas a los gobiernos de los seis países examinados.

Para la elaboración del presente informe, el equipo a cargo de la investigación coordinó con el staff de Oxfam en los países en estudio para la realización de entrevistas a actores clave. Tales entrevistas fueron llevadas a cabo, en 2014, del 30 de junio al 8 de julio en ciudad de Guatemala, El Estor y San Miguel Ixtauhacán-Sipacapa, Guatemala; del 12 al 15 de agosto en La Paz y Santa Cruz, Bolivia; del 27 de septiembre al 1 de

La exclusión y discriminación histórica de las que han sido víctimas han hecho con que los pueblos indígenas en las Américas se encuentren en una situación menos favorable que la sociedad en general

Es nuestra intención que el presente informe constituya un aporte hacia la realización efectiva de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el ámbito internacional, a través de la superación de las grandes brechas existentes entre avances normativos, funcionalidad institucional y la vida diaria de los pueblos indígenas del continente

octubre en Santiago de Chile y Temuco, Chile; del 11 al 16 de septiembre en Bogotá, Colombia; entre el 13 y el 20 de octubre en Lima, Perú; y del 8 al 14 de diciembre en Brasilia y São Paulo, Brasil. **Se realizaron más de 80 entrevistas a distintos actores, tales como organizaciones representativas de pueblos indígenas, organizaciones de la sociedad civil, instituciones estatales y académicos destacados.** Asimismo, se contó con la valiosa colaboración de informes e insumos escritos por parte de Juan Carlos Ruiz (Perú), Liana Lima (Brasil), Marco Canteo (Guatemala) y Nancy Yañez (Chile). El presente documento es el resultado de la sistematización y análisis de las entrevistas realizadas, los insumos entregados por consultores de los distintos países y la información documental disponible.

El presente informe fue coordinado por Katya Salazar y Daniel Cerqueira, Directora Ejecutiva y Oficial de Programa Sénior de DPLF, respectivamente. La investigación y la elaboración del mismo estuvieron a cargo de Cristina Blanco, abogada especialista en derecho internacional de los derechos humanos y consultora de DPLF. La edición final del documento estuvo a cargo de Tatiana Rincón, abogada especialista en derechos humanos y consultora de DPLF. Asimismo, durante la investigación se contó en todo momento con los comentarios y sugerencias de Rocío Ávila y Emily Greenspan.

Es nuestra intención que el presente informe constituya un aporte hacia la realización efectiva de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el ámbito internacional, a través de la superación de las grandes brechas existentes entre avances normativos, funcionalidad institucional y la vida diaria de los pueblos indígenas del continente.

PRIMERA PARTE

La consulta y el consentimiento en el ordenamiento jurídico de los países



La implementación efectiva del derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas sigue siendo una tarea incompleta en la mayor parte de los Estados de la región

América Latina es la región en que el derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas ha tenido mayor desarrollo jurídico y político. Ello no resulta casual, teniendo en cuenta que la población indígena en la región equivale a más del 8% del total de la población y alcanza los 45 millones de personas, pertenecientes a más de 800 pueblos distintos³. Se trata, además, de la región con mayor número de Estados parte del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989, actualmente el único instrumento internacional, de carácter convencional, que contiene obligaciones específicas en materia de participación y consulta previa, entre otros ámbitos fundamentales para los pueblos indígenas. Todos los Estados de la región aprobaron el 13 de septiembre de 2007 la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el marco de la Asamblea General de Naciones Unidas. Si bien Colombia se abstuvo de votar durante la aprobación, dio posteriormente su apoyo a la Declaración. A ello se suma que el Sistema Interamericano es, sin duda, el sistema regional de derechos humanos que ha desarrollado mayores y más específicos estándares para la protección de este derecho.

Si bien se cuenta con este amplio marco jurídico internacional, **la implementación efectiva del derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas sigue siendo una tarea incompleta en la mayor parte de los Estados de la región**. Ello se verá en la presente sección a través del análisis de tres aspectos: (i) la previsión constitucional del derecho a la consulta en los seis países del estudio y la recepción de los estándares internacionales en los mismos, (ii) el proceso de implementación legal de la consulta previa y la participación de organizaciones indígenas en su diseño, y (iii) el marco jurisprudencial y de protección constitucional que ha recibido el derecho a la consulta en estos países.

³ CEPAL. (2014). *Los Pueblos Indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*. Santiago de Chile: CEPAL/ONU, pp. 6 y 43.

1 Previsión constitucional y recepción de estándares internacionales

Desde la década de los ochenta del siglo XX casi todos los Estados que cuentan con población indígena en el continente han reconocido a estos pueblos en sus Constituciones. Igualmente, han incorporado en el texto constitucional algunos de sus derechos fundamentales, como los derechos de participación y autonomía, así como derechos territoriales y culturales⁴. De este modo, América Latina es la región que registra el mayor desarrollo constitucional y legal de los derechos de los pueblos indígenas a nivel global. En lo que respecta al derecho a la consulta particularmente, una mirada comparativa a las Constituciones de los países objeto del presente estudio permite identificar que se presentan, al menos, tres niveles distintos de reconocimiento. **En un primer peldaño –el más garantista– se encuentra la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, que reconoce expresamente el derecho a la consulta,** en términos similares e incluso más amplios a los establecidos en instrumentos internacionales.

Adoptada mediante referéndum y promulgada el 7 de febrero de 2009, la Constitución boliviana se erige como el texto fundante de un Estado Plurinacional que reconoce a los pueblos indígenas como entidades históricas y políticas diferenciadas, constituyentes de la sociedad intercultural⁵. Esta Carta Fundamental, única en la región, contiene varias disposiciones referidas al derecho a la consulta, entre las que destaca el artículo 30.II.15 que lo reconoce como un derecho fundamental de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos (NPIOC), que debe ser llevado a cabo “(...) mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles”. Dicha disposición agrega que, “(...) [e]n este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan”. Además del artículo 30.II, se encuentran otras disposiciones en el texto constitucional relativas al derecho a la consulta previa⁶ y una gran extensión de derechos indígenas⁷.

América Latina es la región que registra el mayor desarrollo constitucional y legal de los derechos de los pueblos indígenas a nivel global

⁴ Aylwin, J. (2014). La consulta previa de los pueblos indígenas en el derecho comparado. En: *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: Antecedentes en el sistema jurídico chileno, internacional y comparado*. Santiago de Chile: Observatorio ciudadano.

⁵ CEPAL. (2014). *Los Pueblos Indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*. Santiago de Chile: CEPAL/ONU, p. 20.

⁶ En particular, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia contiene el reconocimiento de la consulta previa como parte de un sistema de gobierno democrático (artículo 11.II.1), la consulta para conformación de autonomía indígena originario campesina (artículos 290, 293, 294 y 295), la consulta sobre decisiones relacionadas con el medio ambiente (artículo 342), y la consulta relacionada con la explotación de recursos naturales y territorios indígenas (artículos 352 y 403).

⁷ Entre las disposiciones que reconocen derechos de los pueblos indígenas se encuentra el artículo 30 que recoge el derecho a existir, a la identidad cultural, entre otros, fundados en la libre determinación de los pueblos

En un segundo escalón se encuentran aquellos Estados cuyas Constituciones si bien no recogen de modo explícito el derecho a la consulta, contienen otros derechos conexos. Es en este ámbito donde está la mayoría de los países bajo análisis, aunque es claro que entre ellos se presentan diferencias importantes en cuanto al grado del reconocimiento.

Tenemos así la Constitución **colombiana** de 1991 que contiene numerosas disposiciones sobre derechos de los pueblos indígenas que guardan una estrecha relación con el derecho a la consulta previa y le sirven de fundamento. En efecto, la Constitución reconoce que Colombia es un Estado pluralista (artículo 1), reconoce y protege la diversidad étnica y cultural (artículo 7), y precisa que los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural (artículo 68). Asimismo, la Constitución colombiana reconoce expresamente derechos territoriales de los pueblos indígenas, dispone que las tierras comunales de grupos étnicos son inalienables, imprescriptibles e inembargables (artículos 63 y 329), establece que los territorios indígenas son entidades territoriales que gozan de autonomía (artículo 287) y que son gobernados de acuerdo al derecho propio de los pueblos indígenas (artículo 330). Cabe notar que el texto constitucional colombiano establece que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, y que en las decisiones que se adopten al respecto el Gobierno habrá de propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades (artículo 330)⁸. Igualmente, debe mencionarse el artículo transitorio 55 de la Constitución que reconoce derechos de las comunidades negras en el país, disposición que fue posteriormente desarrollada a través de la Ley 70 de 1993, que establece mecanismos para proteger la identidad cultural de las comunidades negras, entre ellos la participación.

En este segundo peldaño se encuentra también la Constitución Política de **Perú** de 1993, la cual no contiene una disposición expresa sobre el derecho a la consulta previa, pero posee algunos artículos referidos a derechos de los pueblos indígenas que le sirven de fundamento, aunque en términos bastante más reducidos que su par colombiana. Entre las disposiciones relevantes de la Constitución peruana se encuentra el reconocimiento del derecho a la identidad cultural (artículos 2.19 y 89), a la propiedad

indígenas (artículo 2), el reconocimiento de sus instituciones propias (artículo 2), derecho propio, autoridades propias y jurisdicción indígena (artículos 190-192).

⁸ Asimismo, establece que las entidades territoriales indígenas constituidas y los resguardos indígenas serán beneficiarios en la distribución de recursos o participaciones en el marco del Sistema General de Participaciones (artículo 356). A nivel de participación institucional de los pueblos indígenas en Colombia, dispone condiciones para los representantes de comunidades indígenas que aspiren al Senado (artículo 171) y propone el establecimiento, mediante ley, de una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de grupos étnicos (artículo 176). La Constitución reconoce también las funciones jurisdiccionales que ejercen los pueblos indígenas a través de sus autoridades dentro de su ámbito territorial y de acuerdo a su propio derecho (artículo 246).

comunal (artículos 88 y 89), el derecho a la autonomía (artículo 89), al ejercicio de funciones jurisdiccionales y reconocimiento de autoridades (artículo 149), y el derecho a la participación política (artículo 191).

El capítulo VIII de la Constitución de Brasil de 1988, titulado “De los Indígenas” (*Dos Índios*), reconoce la organización social, costumbres, creencias, tradiciones y derechos originarios sobre las tierras ocupadas de forma tradicional por los pueblos indígenas. Su artículo 231, párrafo sexto, señala que

son nulos y no producen efectos jurídicos los actos que tengan por objeto la ocupación, dominio o posesión de las tierras a que se refiere ese artículo, o la exploración de las riquezas naturales del suelo, de los ríos y lagos en ellas existentes, salvo relevante interés público de la Unión Federal, según lo establecido en ley complementaria, sin que se genere la nulidad o la extinción del derecho a la indemnización u acciones contra la Unión, salvo en forma de ley, con relación a mejoras derivadas de la ocupación de buena fe⁹.

Por su parte, el artículo 216 de la Constitución establece que constituye patrimonio cultural brasilero los bienes de naturaleza material e inmaterial que se relacionan con la identidad, acción y memoria de los diferentes grupos formadores de la sociedad brasilera. Vale resaltar que los derechos territoriales de las comunidades afrobrasileras, conocidas como quilombolas, están previstos en el artículo 68 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias. A pesar de que la normativa constitucional brasilera reconoce, en líneas generales, la autodeterminación de los pueblos indígenas y tribales, algunas disposiciones colisionan con el Convenio 169 de la OIT. Al respecto, destaca el artículo 49, literal XVI, que establece la competencia exclusiva del Congreso Nacional para “autorizar, en tierras indígenas, la exploración y el aprovechamiento de recursos hídricos y la búsqueda y explotación de riquezas minerales”¹⁰. Dicha disposición se complementa con el párrafo tercero del artículo 231 de la Constitución, el cual señala que

el aprovechamiento de los recursos hídricos, incluyendo los potenciales energéticos, la búsqueda y la explotación de las riquezas minerales en tierras indígenas solo pueden ser realizados previa autorización del Congreso Nacional, habiéndose escuchado las comunidades afectadas y asegurándoseles la participación en los resultados de la exploración, conforme a la ley¹¹.

⁹ Constitución de la República Federativa de Brasil, Capítulo VIII, Artículo 231, párrafo 6. Al respecto, cabe notar además que la Constitución brasilera establece en su artículo 67 la obligación de la Unión Federal de concluir la demarcación de las tierras indígenas dentro del plazo de cinco años desde la promulgación de la Constitución. Pese a que ese plazo culminó el 5 de octubre de 1993, la mayor parte de las tierras reclamadas por pueblos indígenas siguen pendientes de demarcación en Brasil.

¹⁰ Desde hace varios años se tramita en el Congreso brasilero un proyecto de ley ordinaria (PL 1610-1996) con el fin de reglamentar dicha disposición constitucional.

¹¹ El texto citado dice: “3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa

Si bien es excepcional encontrar el derecho a la consulta en las Constituciones nacionales, se encuentran reconocidos en la mayoría de los Estados otros derechos conexos que aportan a su protección

La Constitución Política de la República de **Guatemala** de 1985 no cuenta con disposiciones sobre la consulta previa, aunque recoge ciertos derechos conexos. Entre las normas aplicables a los pueblos indígenas, dicha Constitución reconoce el derecho a la identidad cultural de las personas y las comunidades (artículo 58), establece salvaguardas para el patrimonio cultural de la Nación (artículo 60), protege el arte, folklore y artesanías tradicionales (artículo 62), entre otras¹². La Constitución guatemalteca contiene una sección sobre “comunidades indígenas” en la que se establece, entre otras, la obligación de protección de los grupos étnicos (artículo 66), la protección de las tierras y las cooperativas agrícolas indígenas (artículo 67), y el otorgamiento de tierras para el desarrollo de las comunidades (artículo 68)¹³.

En un último escalón, se encuentran aquellas pocas Constituciones que carecen de normas que reconocen derechos de los pueblos indígenas. La Constitución Política de la República de **Chile** de 1980 es la única en América Latina –junto con la de Costa Rica– que no cuenta con artículos que reconozcan derechos indígenas ni el derecho a la consulta previa.

Como puede verse, **si bien es excepcional encontrar el derecho a la consulta en las Constituciones nacionales, se encuentran reconocidos en la mayoría de los Estados otros derechos conexos que aportan a su protección.**

Ahora bien, **la recepción del derecho internacional en el derecho interno de los Estados es otro elemento clave para la protección de los derechos humanos.** Ello es particularmente importante en el caso del derecho a la consulta y consentimiento, dado el amplio desarrollo que ha recibido en el ámbito internacional, y el papel receptor que han cumplido los ordenamientos internos y, en particular, los operadores de justicia, en la mayoría de países.

Como se advirtió anteriormente, quince de los 22 Estados que han ratificado hasta el momento el Convenio 169 de la OIT provienen de América Latina¹⁴. Asimismo, el

e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

¹² Asimismo, consagra el derecho a la educación bilingüe (artículo 76.- Sistema educativo y enseñanza bilingüe), impulsa el desarrollo rural mediante ayuda técnica (Régimen económico y social, artículo 119.- Obligaciones del Estado), reconoce las “lenguas vernáculas” (artículo 143.- Idioma oficial) y establece el mandato de divulgación de la Constitución en las lenguas Quiché, Mam, Cakchiquel y kekchí (Disposiciones Transitorias y Finales, artículo 18.- Divulgación de la Constitución), entre otros.

¹³ Constitución Política de la República de Guatemala. Sección tercera del Capítulo II “Derechos Sociales” del Título II “Derechos Humanos”.

¹⁴ Los seis países objeto del presente estudio han ratificado dicho Convenio en las siguientes fechas: Colombia, el 7 de agosto de 1991; el Estado Plurinacional de Bolivia, 11 de diciembre de 1991; Perú, el 2 de febrero de 1994; Guatemala, 5 de junio de 1996 e incorporado al derecho interno del país mediante el Decreto legislativo 9-96 del Congreso de la República; Brasil, el 25 de julio de 2002; y Chile, el 15 de septiembre de 2008. Fuente: OIT. NORMLEX. Ratificaciones del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

13 de septiembre de 2007 fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas la DNUPI con el voto favorable de 144 Estados, entre ellos Bolivia, Brasil, Chile, Guatemala y Perú¹⁵. La abstención de Colombia durante la votación fue subsanada posteriormente con la expresión de apoyo a la Declaración en mayo de 2009 durante la octava sesión del Foro Permanente para Cuestiones Indígenas¹⁶.

Además de tales instrumentos internacionales, es indudable el aporte al desarrollo del derecho a la consulta y consentimiento previo dado desde los pronunciamientos de distintos órganos internacionales de derechos humanos. En el ámbito del Sistema Interamericano, a partir de las obligaciones contenidas en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han desarrollado estándares específicos en la materia¹⁷. **Desde hace varias décadas, la CIDH se ha referido al derecho a la consulta a través de distintos mecanismos como informes de país, informes anuales, el sistema de peticiones y casos, y el mecanismo de medidas cautelares.** La Corte Interamericana, por su parte, ha emitido dos sentencias fundamentales: *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname*, y *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, en las que ha brindado pautas sólidas sobre las obligaciones internacionales relativas a este derecho. Igualmente, en el marco del sistema universal, los órganos de control de la aplicación de los tratados han emitido decisiones dotando de contenido específico a sus instrumentos respectivos¹⁸, a lo que se suman los pronunciamientos de los procedimientos especiales y otros mecanismos de Naciones Unidas cuyo mandato se relaciona con los pueblos indígenas, como son el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas UNPFII, por sus siglas en inglés.

A pesar de la existencia de sólidos estándares internacionales, es claro que su cumplimiento efectivo se encuentra fuertemente vinculado a la actuación estatal.

Desde hace varias décadas, la CIDH se ha referido al derecho a la consulta a través de distintos mecanismos como informes de país, informes anuales, el sistema de peticiones y casos, y el mecanismo de medidas cautelares

de 1989. Disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314:NO

¹⁵ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas por medio de la resolución A/61/295, 61º período de sesiones (13 de septiembre de 2007).

¹⁶ Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Informe de la situación de los pueblos indígenas en peligro de extinción en Colombia. Resumen del informe y recomendaciones de la misión del Foro Permanente a Colombia. Doc. E/c.19/2011/3, 11 de febrero de 2011, párr. 5.

¹⁷ Puede encontrarse una sistematización de los pronunciamientos del Sistema Interamericano, en: CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II, Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009.

¹⁸ Véase, por ejemplo, Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Comunicación N° 1457/2006, Poma c. Perú, dictamen del 27 de marzo de 2009; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación general N° 23 (1997), sobre los pueblos indígenas; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones finales sobre Colombia. E/C.12/1/Add.74, 6 de diciembre de 2001.

Es común encontrar funcionarios públicos, particulares y operadores de justicia que consideran que el derecho a la consulta se reduce a lo establecido en la legislación interna, aunque contenga aspectos que se apartan del estándar internacional, o simplemente que no es exigible, por no contar con una ley específica que lo establezca

Asimismo, desde un punto de vista práctico, **es común encontrar funcionarios públicos, particulares y operadores de justicia que consideran que el derecho a la consulta se reduce a lo establecido en la legislación interna, aunque contenga aspectos que se apartan del estándar internacional**, o simplemente que no es exigible, por no contar con una ley específica que lo establezca.

Es por ello que tiene particular relevancia abordar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, algunos de cuyos aspectos serán vistos a continuación. El primer punto al que nos referiremos es el rango o jerarquía de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno, entendiendo que el Convenio 169 de la OIT es un tratado de esta naturaleza. El segundo aspecto es la incorporación en el bloque de constitucionalidad de los instrumentos o pronunciamientos internacionales sobre el derecho a la consulta previa. Por último, se verá el valor que han recibido las decisiones emanadas de las instancias internacionales de derechos humanos en los distintos ordenamientos jurídicos.

1.1 Jerarquía del Convenio 169 de la OIT en los ordenamientos internos, como tratado de derechos humanos

A excepción de Brasil y Chile, los Estados objeto del presente estudio otorgan rango constitucional a los tratados de derechos humanos en sus ordenamientos nacionales.

Es decir, son inaplicables las normas de derecho interno que contradigan disposiciones de tratados de los que el Estado concernido sea parte. En algunos casos es la misma Constitución la que establece el rango constitucional de esos tratados, mientras en otros ello ha sido afirmado por las más altas instancias de la jurisdicción constitucional. Entre aquellas que disponen expresamente el rango constitucional de los tratados de derechos humanos, se encuentran las Constituciones de Bolivia¹⁹, Colombia²⁰ y Guatemala²¹.

¹⁹ En efecto, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009 establece en su artículo 410 que la “Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa”; mientras que, de acuerdo al artículo 13.IV de la Constitución, los tratados que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción prevalecen en el ordenamiento interno. La Constitución boliviana dispone, además, en su artículo 13.IV que los derechos y deberes establecidos en la Constitución se interpretarán conforme a los tratados de derechos humanos ratificados por Bolivia. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, artículos 410.II y 13.IV.

²⁰ El artículo 93 de la Constitución colombiana de 1991 indica que los tratados de derechos humanos prevalecen en el ordenamiento interno. Lo anterior se refuerza con el papel que se ha otorgado a los tratados de derechos humanos en la interpretación de la Constitución, pues el mismo artículo 93 establece que los derechos y deberes de la Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados de derechos humanos. Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 93.

²¹ La Constitución Política de la República de Guatemala establece en su artículo 46 que, como principio general “en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno”. Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, artículo 46.

En lo que respecta a **Perú**, si bien la Constitución no lo dispone expresamente, el Tribunal Constitucional ha afirmado el rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos²² y, en particular, ha reconocido el rango constitucional del Convenio 169 de la OIT²³. Las disposiciones constitucionales relevantes al respecto se encuentran en el artículo 55 que establece que los tratados “forman parte del derecho nacional” y en el artículo 3 que dispone que los derechos enumerados en la Constitución no excluyen “otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. Asimismo, es relevante mencionar que de acuerdo a la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos fundamentales se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, tratados y acuerdos en materia de derechos humanos de los cuales Perú es parte²⁴.

La Constitución de **Chile** de 1980 señala en el segundo párrafo de su artículo 5 que el límite al ejercicio de la soberanía se encuentra en los derechos esenciales de la naturaleza humana. Indica, además, que los órganos del Estado deben respetar y promover estos derechos que tienen fuente en la Constitución y en los tratados internacionales vigentes para Chile²⁵. La Corte Suprema y el Tribunal Constitucional mantienen posiciones distintas en cuanto a la implicancia de esta disposición para el ordenamiento interno, por lo que no es posible afirmar de modo general que los tratados de derechos humanos ostentan rango constitucional en Chile. En efecto, a partir del referido artículo 5, la Corte Suprema ha afirmado que los derechos fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos forman parte de la Constitución²⁶. Asimismo, ha sostenido que los derechos humanos consagrados en tratados ostentan rango constitucional²⁷, y, en algunas sentencias, les ha reconocido el rango jerárquico superior a la propia Constitución²⁸. El Tribunal Constitucional de

²² Tribunal Constitucional. EXP. N.º 03343-2007-PA/TC. LIMA. Jaime Hans Bustamante Johnson. Sentencia de 19 de febrero de 2009, párr. 31.

²³ Tribunal Constitucional. Sentencia EXP. N.º 03343-2007-PA/TC, f. j. 31.

²⁴ Constitución Política del Perú 1993. Cuarta Disposición Final y Transitoria.

²⁵ Constitución Política de la República de Chile de 1980, artículo 5.

²⁶ En este sentido ha fallado la Corte Suprema: “Considerando Trigésimonono: (...) los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos”. Sentencia Sala Penal, Rol N.º 3125 – 04, del 13 de marzo de 2007; en el mismo sentido, Sentencia Rol N.º 4.183-06, del 18 de abril de 2007, considerandos 9º y 10º.

²⁷ Corte Suprema. “Caso Sandoval”. Sentencia del 17 de noviembre de 2004, Rol 517-2004; “Caso Vásquez y otros”. Sentencia del 13 de diciembre de 2006, Rol 559-2004; “Caso Rojas”. Sentencia del 13 de marzo de 2007, Rol 3125-04, considerando 35; “Caso Rojo Espinoza”. Sentencia del 18 de junio de 2008, Rol 2054-08, considerando 1; “Caso Zapata Reyes”. Sentencia del 10 de mayo de 2007, Rol 3452-06, considerando 66; “Caso Gómez Aguilar”. Sentencia del 24 de enero de 2008, Rol 1528-06, considerando 37. Estas sentencias han sido citadas en: Nash, C. (2012). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y Aplicación en el ámbito interno*. Chile: Universidad de Chile. Facultad de Derecho.

²⁸ Corte Suprema. “Caso López López”. Sentencia del 14 de octubre de 2009, Rol 5570, 2007, considerando N.º 10. En el mismo sentido las recientes sentencias: Corte Suprema. “Caso Claudio Francisco Thaub Pacheco y otros”.

Chile, por su parte, ha señalado que la lectura de las normas constitucionales referidas a los tratados internacionales “es suficiente para concluir que nuestro texto fundamental no contiene una mención explícita al rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando éstos versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. La posición acogida por el Tribunal Constitucional chileno consiste en que la jerarquía normativa de los tratados es inferior a la de la Carta Fundamental, pero superior a cualquiera otra norma jurídica²⁹.

El artículo 5 párrafo segundo de la Constitución de **Brasil** establece que los derechos y garantías allí previstos, no excluyen otros derivados de tratados internacionales de los cuales la República Federativa de Brasil sea parte. A partir de la Enmienda Constitucional N° 45 del 2004, se incorporó al referido artículo un tercer párrafo que señala que “los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que sean aprobados, en cada cámara del Congreso Nacional, en dos sesiones, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las emendas constitucionales”. Según la interpretación del Supremo Tribunal Federal, los tratados de derechos humanos ratificados por Brasil son jerárquicamente superiores a las leyes ordinarias pero inferiores a la Constitución Federal³⁰. Solamente aquellos tratados de derechos humanos que sean ratificados por el Congreso de la República bajo un quórum cualificado de tres quintos de los votos tanto en el Senado como en la Cámara de los Diputados tendrán rango jerárquico constitucional.

1.2 Bloque de constitucionalidad

De otro lado, se observa que la mayoría de los tribunales constitucionales se han adherido a la doctrina del bloque de constitucionalidad y han afirmado que los instrumentos internacionales sobre el derecho a la consulta previa forman parte del mismo. Cabe notar que la referencia al bloque de constitucionalidad es aplicable a los derechos de los pueblos indígenas en general, y no solo al derecho a la consulta. Dicha doctrina, es entendida en términos generales como el conjunto de normas que junto con la Constitución componen el parámetro de evaluación de la validez sustantiva de las leyes. Entre los países abarcados en el presente estudio, solamente **Brasil** se aparta de esa doctrina, prevaleciendo desde 2008 la interpretación del Supremo Tribunal Federal citada en el párrafo anterior.

Sentencia del 3 de octubre de 2006, Rol 2707-2006, considerando 13; y, Corte Suprema. “Caso Ana Luisa del Carmen Rojas Castañeda”. Sentencia del 14 de diciembre de 2010, Rol N° 6458-2008, considerando 10.

²⁹ Tribunal Constitucional. Sentencia del 9 de febrero de 2013, Rol: 2387, considerando Duodécimo. Véase, asimismo, Tribunal Constitucional. Sentencia del 8 de abril de 2002, Rol No. 346 y Sentencia del 9 de agosto de 2009, Rol No. 1288.

³⁰ Supremo Tribunal Federal (STF). Julgamento do Recurso Extraordinário - RE 466.343-15. Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008, *DJe* de 5.6.2009. Disponible en <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>

El artículo 410 de la Constitución **boliviana** reconoce el “bloque de constitucionalidad”, el cual está integrado por “los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país”³¹. En aplicación de esta disposición, **el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia ha reconocido que el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas forman parte del “bloque de constitucionalidad”**³².

De otro lado, la Corte Suprema de **Chile** se ha adherido de modo explícito a la referida doctrina en casos sobre derechos de pueblos indígenas. En particular, ha afirmado que ello permite incorporar al texto constitucional no solo las normas convencionales de derechos humanos, sino también los principios imperativos de derecho internacional y los derechos implícitos en los instrumentos internacionales, como es el derecho de consulta indígena concebido de esta forma en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 21) y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 27)³³. Por su parte, aunque el Tribunal Constitucional de Chile no se ha referido de manera expresa al “bloque de constitucionalidad”, ni ha señalado que los derechos humanos consagrados en tratados ostentan rango constitucional, en su jurisprudencia ha utilizado los tratados de derechos humanos como parámetro de constitucionalidad de leyes ordinarias³⁴.

Igualmente, **la Corte Constitucional de Colombia ha afirmado que los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario forman parte del “bloque de constitucionalidad”**³⁵. En sus palabras, este bloque está compuesto

(...) por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control

³¹ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, artículo 410. II.

³² Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia N° 2003/2010-R del Expediente N° 2008-17547-36-RAC, 25 de octubre de 2010, considerando III.6.

³³ Ello se evidencia en la jurisprudencia que se cita a continuación: “Que comprende los derechos consagrados expresamente por la Constitución, los que establecen el derecho convencional internacional a través del artículo 5 inciso 2 de nuestra Constitución, los principios imperativos del Derecho Internacional citados y los derechos implícitos, reconocidos en el artículo 29 letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos”. Corte Suprema. Caso Agua Mineral Chusmiza con Comunidad Aymara Chusmiza - Usmagama, Rol N° Rol 2480-2008, confirmando sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N° 817-2006.

³⁴ Por ejemplo, en sentencia del 29 de noviembre de 2009, Rol No. 1340, utilizó tratados sobre derechos humanos, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención de los Derechos del Niño, para tutelar el derecho a la identidad que no se encuentra consagrado expresamente en la Constitución de Chile. Utilizó tales tratados de derechos humanos como parámetro de constitucionalidad de un artículo del Código Civil, basándose en la dignidad humana establecida en el artículo 1º y en concordancia con el artículo 5º de la Constitución. Véase, Nash, C. (2012). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y Aplicación en el ámbito interno*. Chile: Universidad de Chile. Facultad de Derecho, pp. 46 y 47.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995, párr. 12. Asimismo, véase, Corte Constitucional. Sentencia SU-1150 de 2000.

*El Tribunal
Constitucional
Plurinacional
de Bolivia ha
reconocido que
el Convenio 169
de la OIT y la
Declaración de las
Naciones Unidas
sobre Derechos
de los Pueblos
Indígenas forman
parte del “bloque de
constitucionalidad”*

de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución (...)³⁶.

En lo que se refiere al Convenio 169 de la OIT, la Corte Constitucional **colombiana** ha sostenido que hace parte del bloque de constitucionalidad³⁷ y ha afirmado que sus disposiciones son aplicables directamente en el ordenamiento interno y con fuerza constitucional³⁸.

En cuanto a Guatemala, la Corte de Constitucionalidad carece de un criterio uniforme sobre la jerarquía de los tratados de derechos humanos³⁹. En años recientes, empezó a construir una doctrina de desarrollo progresivo de los tratados internacionales de derechos humanos y su incorporación al ordenamiento interno con rango constitucional. Asimismo, **ha afirmado que los tratados de derechos humanos⁴⁰ y en concreto la obligación de realizar una consulta previa a los pueblos indígenas⁴¹ forman parte del “bloque de constitucionalidad”**. En lo que respecta específicamente al Convenio 169 de la OIT, la Corte de Constitucionalidad ha sostenido que dicho tratado complementa y desarrolla los artículos de la Constitución que se refieren a los derechos de los pueblos indígenas⁴².

Por su parte, **el Tribunal Constitucional peruano ha sostenido, respecto del Convenio 169 de la OIT, que viene a “complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas** que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes”⁴³. Añade que

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995, párr. 12. Asimismo, véase, Corte Constitucional. Sentencia SU-1150 de 2000.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia U-039 de 1997, párr. 3.3. Asimismo, véase, Corte Constitucional. Sentencia U-383 de 2003, Sentencia T-704 de 2006, Sentencia C-030 de 2008, Sentencia C-461 de 2008, Sentencia C-175 de 2009 y Sentencia T-514 de 2009.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-376 de 2012, párr. 7.

³⁹ Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala. Tendencias Jurisprudenciales de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en materia de Derechos Humanos. Guatemala 2010, p. 13.

⁴⁰ En dicho fallo, la Corte de Constitucionalidad definió este “bloque de constitucionalidad” como aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal. Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 1822-2011. Sentencia de 17 de julio de 2012, considerando IV.

⁴¹ En particular, consideró que: “la ratificación de lo dispuesto en los documentos multilaterales supone para el Estado de Guatemala, el compromiso internacional de asumir una posición definida acerca del derecho de consulta de los pueblos indígenas, expresada en varios componentes: (i) su reconocimiento normativo propiamente dicho y, por ende, su inserción al bloque de constitucionalidad como derecho fundamental, por virtud de lo establecido en los artículos 44 y 46 de la Carta Magna (...)”. Corte de Constitucionalidad. Exp. 3878-2007. Sentencia de apelación de amparo, de diciembre 2009, considerando IV, inciso d).

⁴² Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 199-95. Opinión Consultiva de 18 de mayo de 1995, conclusión.

⁴³ Tribunal Constitucional. EXP. N.° 03343-2007-PA/TC. LIMA. JAIME HANS BUSTAMANTE JOHNSON. Sentencia de 19 de febrero de 2009, párr. 31.

forma parte del sistema constitucional nacional de protección de los derechos de los pueblos indígenas y, en consecuencia, se convierte en parámetro normativo y de interpretación para el control de los actos o decisiones de los poderes públicos que interfieran en los derechos de dichos pueblos⁴⁴.

Finalmente, **los altos tribunales de los países examinados en este estudio han utilizado la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas para dar contenido al texto constitucional.** En particular, la Corte Constitucional de **Colombia** ha utilizado la Declaración como fuente de derechos de los pueblos indígenas⁴⁵. De modo similar, el Tribunal Constitucional **peruano** se ha servido de esta Declaración para reconocer derechos de los pueblos indígenas⁴⁶, aunque ha señalado que no es vinculante en sentido estricto⁴⁷. Igualmente, la Corte de Constitucionalidad **guatemalteca** ha establecido, basándose en la referida Declaración, obligaciones que tiene Guatemala respecto de los pueblos indígenas⁴⁸.

1.3 Pronunciamientos de órganos internacionales de derechos humanos

El alcance de las disposiciones del Convenio 169 se determina por la interpretación que de ellas hacen los mecanismos de control de la OIT, en especial, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC) y la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia (CANC). Asimismo, y en función del principio de interconexión de los derechos humanos, consagrado en el Convenio 169 (artículo 35) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 29), resulta determinante la jurisprudencia de los tribunales internacionales a los que los Estados han reconocido competencia, tales como la Corte IDH. De esta manera, **los tribunales de justicia deben aplicar las normas de derecho internacional de los derechos humanos respetando las decisiones emanadas de las instancias supranacionales.**

Así lo han hecho con frecuencia los altos tribunales de los países del presente estudio. En este sentido, se encuentran decisiones en el Tribunal Constitucional Plurinacional de **Bolivia**, el cual ha interpretado las disposiciones sobre derechos indígenas a la luz de

Los tribunales de justicia deben aplicar las normas de derecho internacional de los derechos humanos respetando las decisiones emanadas de las instancias supranacionales

⁴⁴ Tribunal Constitucional. EXP. N.º 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESEP). Sentencia de 11 de noviembre de 2009, párr. 19.

⁴⁵ Véase, *inter alia*, Corte Constitucional. Sentencia T-376, párr. 16

⁴⁶ Tribunal Constitucional. EXP. N.º 01126-2011-HC/TC. MADRE DE DIOS. JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE. Sentencia del 11 de setiembre de 2012, párr. 23. Para un análisis profundo al respecto véase: Yrigoyen, F. R. (2013). *Litigio Estratégico en Derechos Indígenas. La Experiencia de la Comunidad Nativa "Tres Islas". Madre de Dios-Perú*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad y GIZ.

⁴⁷ Tribunal Constitucional. EXP. 00022-2009-PI. Sentencia del 9 de junio de 2010.

⁴⁸ Corte de Constitucionalidad. Exp. N.º 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009, considerando IV, punto d.

Los órganos del sistema interamericano han reconocido las versiones específicas de propiedad colectiva de los pueblos indígenas, en el sentido de que la pertenencia de la tierra no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad

la jurisprudencia de la Corte Interamericana⁴⁹. En términos generales, los tribunales superiores de justicia de **Chile** aplican los instrumentos internacionales de derechos humanos conforme a la interpretación que de los mismos hacen los órganos de tratados⁵⁰. La Corte Constitucional de **Colombia** ha recogido también la jurisprudencia de la Corte IDH⁵¹.

En **Perú**, en función de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, el Tribunal Constitucional ha indicado que la interpretación de los derechos fundamentales debe ser conforme con la realizada por la Corte IDH⁵². Ello se ve reforzado con el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que reconoce expresamente el deber de realizar una interpretación acorde a las decisiones de los tribunales internacionales sobre derechos humanos⁵³. **El Tribunal Constitucional peruano ha reconocido de forma reiterada el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de los pronunciamientos de la OIT⁵⁴.**

De acuerdo a reiterada jurisprudencia del sistema interamericano, el derecho a la propiedad, contenido en el artículo 21 de la Convención Americana, “protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de las mismas y los elementos incorporales que se desprendan de ellos”⁵⁵. Asimismo, **los órganos del sistema interamericano han reconocido las versiones específicas de propiedad colectiva de los pueblos indígenas, en el sentido**

⁴⁹ Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia N° 2003/2010-R del Expediente N° 2008-17547-36-RAC. 25 de octubre de 2010, considerando III.5. El derecho a la consulta previa en las normas del bloque de constitucionalidad.

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

⁵¹ Véase, entre otros, Corte Constitucional. Sentencia T-376, párr. 18.

⁵² Tribunal Constitucional. EXP. N°. 0217-2002-HC/TC. ICA. ALFREDO CRESPO BRAGAYRAC. Sentencia del 17 de abril de 2002, párr.2.

⁵³ Código Procesal Constitucional. Título Preliminar. Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales: “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

⁵⁴ *Amicus curiae* presentado por el Instituto de Defensa Legal - Justicia Viva, “Con relación a los procesos de inconstitucionalidad contra los decretos legislativos DL N° 1089 (Régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales), DL N° 1079 (Establecen medidas que garanticen el patrimonio de áreas naturales), DL N° 994 (Inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación la frontera agrícola), Ley N° 29338 (Ley de recursos hídricos) y DL 1020 (organización de productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario), recaídos en los expedientes N° 00022-PI/TC, N° 00023-PI/TC, N° 00024- PI/TC, N° 00025-PI/TC, y 00027-PI/TC”, enero de 2010, pág. 47. En este documento se citan las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: EXP. N° 725-96-AA/TC, f.j. 1; EXP. N° 632-2001-AA/TC, f.j. 3; EXP. N° 1396-2001-AA, f.j. 7; EXP. N° 008-2005-PI/TC, f.j. 17; EXP. N° 008-2005-PI/TC, f.j. 52; EXP. N° 0206-2005-PA/TC, f.j. 10; EXP. N° 0206-2005-PA/TC, f.j. 11; EXP. N° 3311-2005-PA/TC, f.j. 5; EXP. N° 4635-2004-AA/TC, f.j. 14; EXP. N° 4635-2004-AA/TC, f.j. 17; EXP. N° 4635-2004-AA/TC, f.j. 29; EXP. N° 3828-2006- PA/TC, f.j. 9; y EXP. N° 7957-2005-PA/TC, f.j. 8.

⁵⁵ Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284. párr. 111.

de que la pertenencia de la tierra no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Con base en ello, la Corte IDH ha establecido salvaguardias especiales de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, que pueden ser resumidas de la siguiente manera:

- 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado;
- 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro;
- 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de los pueblos indígenas;
- 4) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe;
- 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad⁵⁶.

Igualmente, la Corte Interamericana ha indicado que si bien reconoce estas salvaguardias especiales, “dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones”⁵⁷, de modo tal que no pueden interpretarse como una prohibición general de otorgar concesiones o autorizaciones para realizar actividades económicas en los territorios de los pueblos indígenas. Ahora bien, la Corte Interamericana ha establecido que, además de los requisitos comúnmente aplicados en la restricción de la propiedad individual (legalidad, necesidad y proporcionalidad), **las restricciones derivadas de la concesión de actividades económicas que afecten a los pueblos indígenas, no deberán poner en peligro la integridad cultural de la comunidad indígena y, en última instancia, su subsistencia física y cultural como pueblo**⁵⁸.

Las restricciones derivadas de la concesión de actividades económicas que afecten a los pueblos indígenas, no deberán poner en peligro la integridad cultural de la comunidad indígena y, en última instancia, su subsistencia física y cultural como pueblo

⁵⁶ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de agosto de 2010. Serie C. 214, párr. 109. Véase asimismo *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C. 124, párr. 209; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 151 y 153. Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 117.

⁵⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 127.

⁵⁸ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 128.

Los Estados deben llevar a cabo procesos de consulta libre e informada, de buena fe, antes de autorizar cualquier actividad económica que afecte a los territorios de los pueblos indígenas y tribales

Con tal fin, los Estados deben llevar a cabo procesos de consulta libre e informada, de buena fe, antes de autorizar cualquier actividad económica que afecte a los territorios de los pueblos indígenas y tribales. La jurisprudencia del Sistema Interamericano ha establecido también que la consulta debe realizarse “de conformidad con las costumbres y tradiciones” de los pueblos indígenas⁵⁹. Además, según ha establecido la Corte IDH, los Estados deben garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y tribales se beneficien razonablemente de estas actividades⁶⁰ y que no se otorgue ninguna concesión hasta que una entidad independiente y técnicamente capaz que actúa bajo supervisión del Estado haya realizado una evaluación previa del impacto social y ambiental del proyecto⁶¹. Además, la Corte ha considerado que

cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [indígena], el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar al pueblo indígena, sino también debe obtener el consentimiento previo, libre e informado de éste, según sus costumbres y tradiciones⁶².

2 Marco legal y participación de organizaciones indígenas en su diseño

Si bien son muy distintos los procesos de implementación normativa emprendidos en los países de la región, es posible identificar algunas premisas, aplicables a las diferentes realidades. La primera es que **la ausencia de legislación o las incongruencias en las normas vigentes, de ningún modo libran al Estado del cumplimiento de una obligación internacional**. Dicha afirmación se basa en los principios de *pacta sunt servanda* y de la primacía del derecho internacional, recogidos respectivamente en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶³. Si bien desde un punto de vista jurídico existe claridad en torno a la naturaleza auto-

⁵⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 127, 128. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 159-167.

⁶⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 138-139.

⁶¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 205.

⁶² Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 134.

⁶³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Artículo 26 - *Pacta sunt servanda*. “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

aplicable de la consulta, en la práctica uno de los argumentos más frecuentes por el que autoridades y funcionarios estatales evaden dicha obligación es la falta de un cuerpo legal específico. En estos escenarios, **la experiencia comparada enseña que los altos tribunales internos pueden jugar un papel clave ante la omisión legislativa**, como es el caso de la Corte Constitucional colombiana y el Tribunal Constitucional peruano, a cuyos pronunciamientos nos referiremos más adelante. Igualmente, el Tribunal Constitucional chileno ha rechazado el argumento de la inexistencia de una ley como excusa para la inaplicación del derecho a la consulta, y, en sentido similar, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha afirmado que “la carencia de legislación ordinaria *ad hoc* no puede significar la nulidad del derecho que asiste a las poblaciones indígenas, que debe ser respetado por el Estado”⁶⁴.

En segundo lugar, **una pauta imprescindible es la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico interno los estándares internacionales existentes** y, en particular, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas y los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos sobre la materia. Enfatizamos este punto porque se nota una tendencia a restringir el contenido del derecho a la consulta en las normas internas, apartándose de los estándares internacionales. En los distintos procesos legislativos examinados existen fuertes críticas vinculadas, de un lado, a aspectos sustantivos de normas más restrictivas que los estándares internacionales y, de otro, al proceso de elaboración y/o aprobación de dichas normas.

El análisis de las distintas experiencias proyecta la imposibilidad de **proponer una fórmula única o incluso más correcta, aplicable a las distintas realidades de los países de la región**. A diferencia de años atrás, cuando los estándares internacionales y marcos normativos domésticos estaban siendo construidos, la dificultad actualmente reside en gran medida en cómo llevar los estándares existentes a un plano práctico. Sobre el particular, resultan de suma relevancia las experiencias comparadas, pero no debe caerse en el error de adoptar sin más un modelo ajeno a la realidad nacional. En este punto, cabe enfatizar que una ley específica e integral que implemente el derecho a la consulta es un paso positivo, pero el presente informe no lo propone como único camino hacia su implementación efectiva. De hecho, está cobrando fuerza en las organizaciones indígenas y de la sociedad civil de algunos países -como Colombia, Bolivia y Brasil- la inconveniencia de contar con una ley general. Esta postura se basa principalmente en la percepción de que se han reducido estándares con la adopción de leyes similares en países vecinos, así como en la desconfianza de que las medidas legislativas consensuadas con el Ejecutivo se mantengan en condiciones similares luego de su paso por el Legislativo. Se propone, en cambio, la realización de procesos de consulta con base en la jurisprudencia

Una pauta imprescindible es la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico interno los estándares internacionales existentes y, en particular, el Convenio 169 de la OIT

⁶⁴ Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009, considerando IV.

*De los países
examinados
en el presente
estudio, Brasil
es tal vez el que
enfrenta mayores
dificultades para la
reglamentación de
la consulta previa*

de las altas cortes y los instrumentos internacionales aplicables, y, en caso de ser necesario, la adopción de protocolos específicos para los distintos pueblos indígenas. Pese a posiciones heterogéneas de organizaciones indígenas, afrodescendientes y de la sociedad civil en los países objeto del presente estudio, hay un consenso en que el modo de implementación debe ser definido en consulta con los pueblos indígenas.

Ello es precisamente la siguiente premisa elemental: debe tenerse presente **la obligación de consultar la implementación del derecho a la consulta con los pueblos indígenas y sus organizaciones representativas**, incluso si será a través de una ley general. En ninguna de las experiencias de los países aquí examinados está ausente un cuestionamiento de esta naturaleza, ya sea por la ausencia total de procesos de consulta en la aprobación de leyes sobre la materia, o bien por cuestionamientos a la legitimidad del ente decisorio, asimetrías de representación en el proceso, entre otros.

Por último, debe tenerse en cuenta que **la adecuación de los ordenamientos internos a las obligaciones internacionales no solo implica el deber positivo de adoptar normas, sino también de derogar las disposiciones incompatibles y abstenerse de adoptar normas contrarias**. Estos dos últimos supuestos son una asignatura pendiente en la región. Es posible encontrar en los ordenamientos jurídicos de los distintos países numerosas normas que permanecen vigentes a pesar de su abierta incompatibilidad con aspectos elementales del derecho a la consulta.

En los países aquí examinados se pueden diferenciar tres escenarios distintos en la implementación legal del derecho a la consulta y consentimiento: **(i) los que cuentan con un cuerpo jurídico específico, como es el caso de Perú y Chile, (ii) los que están en un proceso de aprobación de una ley específica, como es el caso de Bolivia, y (iii) los que no cuentan al momento con una ley específica y han hecho intentos fallidos por adoptarla**. En este último punto se encuentran Colombia y Guatemala. No obstante, las razones por las que no ha sido adoptada una ley específica y el nivel de implementación de este derecho son muy distintas en cada país, como se verá a continuación. Finalmente, **de los países examinados en el presente estudio, Brasil es tal vez el que enfrenta mayores dificultades para la reglamentación de la consulta previa**. Pese a varias audiencias llevadas a cabo con organizaciones indígenas y quilombolas entre los años 2012 y 2013, posiciones de entidades vinculadas al gobierno federal y algunas decisiones del Grupo de Trabajo Interministerial responsable de la reglamentación llevaron a la ruptura del diálogo, sin que se vislumbre un escenario favorable en el corto plazo.

2.1 Bolivia

El Convenio 169 de la OIT fue incorporado a la normatividad boliviana en virtud de la Ley 1257 de 1991. Bolivia cuenta además con la **Ley N° 3760 de 2007** que “[e]leva a rango de Ley de la República los 46 artículos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los pueblos Indígenas”. Existen también en el ordenamiento interno boliviano otras normas específicas relativas al derecho a la consulta, principalmente en los ámbitos hidrocarburífero y electoral. No obstante, no se cuenta hasta el momento con una ley general de consulta previa, aunque existe un anteproyecto ante la Asamblea Legislativa Plurinacional.

Bolivia cuenta con una **Ley de Hidrocarburos** (Ley N° 3058 de 2005), el Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarburíferas (Decreto Supremo N° 29033 de 2007)⁶⁵ y el Reglamento de monitoreo socio-ambiental en actividades hidrocarburíferas dentro del territorio de los Pueblos Indígenas Originarios y Comunidades Campesinas (Decreto Supremo N° 29103 de 2007). Esta legislación, impulsada especialmente por el pueblo Guaraní, establece una regulación detallada sobre el derecho a la consulta en ese sector⁶⁶ y resulta sumamente progresista. Cabe notar, sin embargo, que estas normas son anteriores a la Constitución Política del Estado Plurinacional por lo que habría que ajustarlas principalmente en lo que se refiere a las autonomías indígenas.

Asimismo, la **Ley del Régimen Electoral** (Ley N° 26 de 2010) establece que la democracia intercultural boliviana se fundamenta en la articulación transformadora de la democracia directa y participativa por medio de la consulta previa, entre otros medios (artículo 2). El Capítulo IV titulado “Proceso de Consulta Previa” contiene tres artículos, referidos al alcance de la consulta, como mecanismo constitucional aplicable con anterioridad a la toma de decisiones respecto a la realización de proyectos, obras o actividades relativas a la explotación de recursos naturales (artículo 39), al rol de observador y acompañamiento del Órgano Electoral Plurinacional, a través del Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático (SIFDE), en los procesos de consulta (artículo 40), y al deber del SIFDE de elaborar un informe sobre los resultados de la consulta (artículo 41). La novena disposición transitoria de la Ley establece que el Ejecutivo, en coordinación con los pueblos indígenas, deberá reglamentar el proceso de consulta previa. A la fecha, la aplicación de estas disposiciones ha sido limitada, por la ausencia de normas que permitan su implementación.

⁶⁵ El Reglamento actual tiene dos modificaciones, en 2008 se emitió un Decreto Supremo para establecer plazos del proceso y el otro Decreto está referido al financiamiento. El Decreto Supremo N° 29124 de 9 de mayo de 2007.

⁶⁶ Ley de Hidrocarburos (Ley N° 3.058) de 17 de mayo de 2005, artículos 114 al 127.

Está ganando terreno entre las organizaciones indígenas y de la sociedad civil boliviana la posición de aplicar directamente el Convenio 169, al amparo de derechos reconocidos en la Constitución

Precisamente para poner en práctica este derecho, en el año 2012, el Ministerio de Gobierno y la Comisión Nacional para la elaboración de la Ley Marco de Consulta elaboraron una propuesta de **Anteproyecto de Ley Marco del Derecho a la Consulta**. En el 2013, el Estado realizó una serie de encuentros con las organizaciones y pueblos indígenas para consensuar el anteproyecto de ley. Es posible advertir posiciones contrapuestas sobre la legitimidad de este proceso. Según algunos actores fue un proceso caracterizado por la amplia participación de sectores sociales y del Estado; mientras que para otros, no fue lo suficientemente participativo, al no estar presentes las organizaciones indígenas representativas. Algunos de los cuestionamientos se refieren a la participación en la Comisión Nacional de actores distintos a los pueblos indígenas organizados, como las cooperativas mineras, con lo cual se merman las posibilidades de incidencia de las organizaciones indígenas y se les condiciona a generar acuerdos con actores no relevantes sobre legislación que será aplicada en sus territorios⁶⁷. El anteproyecto cuenta con una versión final que fue presentada por el gobierno a la Asamblea Legislativa Plurinacional.

Paralelamente, los pueblos organizados han elaborado sus propios proyectos de ley marco de consulta. Por ejemplo, en el 2011 el Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ) presentó una propuesta; en 2012, lo hicieron en conjunto CONAMAQ y la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB). Más recientemente el pueblo Guaraní del Chaco boliviano viene trabajando una propuesta para ley marco de consulta basada en la experiencia en procesos de consulta en materia de hidrocarburos, y una propuesta de reforma de la Ley de Hidrocarburos. Estas propuestas no se reflejan del todo en el Anteproyecto existente ante el Legislativo.

Al mismo tiempo, **está ganando terreno entre las organizaciones indígenas y de la sociedad civil boliviana la posición de aplicar directamente el Convenio 169, al amparo de derechos reconocidos en la Constitución**, como la autodeterminación y gobierno de los pueblos indígenas. Ello, en vista de proteger al máximo lo avanzado hasta el momento, puesto que a juzgar por el Anteproyecto de Ley se estaría advirtiendo un retroceso en los estándares vigentes. Otra de las evidencias de esta tendencia descansa en la promulgación, en mayo de 2014, de una nueva **Ley de Minería y Metalurgia**, que no habría sido objeto de un proceso de consulta previa con los pueblos indígenas. Dicha Ley **introduce artículos sobre el derecho a la consulta, los primeros existentes en el sector minero, y contiene aspectos de suma preocupación que retroceden en lo avanzado en la Constitución**. Por ejemplo, no se establece que la consulta sea previa, se excluye la exploración minera del ámbito de la consulta, se centraliza la limitación en términos de derechos territoriales a la afectación directa, no se reconoce el territorio ancestral, no hay elementos que permitan a las comunidades acceder a información sobre procesos que se desarrollan en sus territorios, se da una limitación en términos de institucionalidad pues

⁶⁷ Entrevista con Fundación Construir, La Paz, Bolivia, agosto de 2014.

el Ministerio de Minería y Metalurgia sería juez y parte en tanto dirige y a la vez toma la decisión en cuanto a la procedencia o no del proyecto, se instrumentaliza la consulta como una entrega de información, entre otros. A ello se suman **otras dos leyes inconsultas y que afectan directamente a los pueblos indígenas, como la Ley de la Madre Tierra y la Ley de Pueblos en Situación de Aislamiento.**

En suma, **en Bolivia hay una percepción creciente en cuanto a la consolidación de una estructura jurídica con mecanismos de consulta débiles para promover la inversión y permitir el desarrollo de actividades extractivas, sin tomar en cuenta salvaguardias ambientales y obligaciones internacionales vinculadas a los pueblos indígenas.** Este aparente retroceso se explica parcialmente porque gran parte del soporte del régimen de la consulta fue pensado antes de la nueva Constitución, como instrumento para negociar con grandes empresas. Con la nacionalización de las empresas, los titulares principales pasaron a ser entidades estatales, por lo que la consulta ya no ocupa un lugar central en la agenda del gobierno, en tanto puede resultar contraria a su política de expansión extractiva.

2.2 Brasil

El Convenio 169 de la OIT fue ratificado por Brasil por medio del Decreto Legislativo N° 143 de 20 de junio de 2002, el cual fue promulgado a través del Decreto N° 5.051 de 19 de abril de 2004. A raíz de la internalización del Convenio, los derechos de los pueblos indígenas⁶⁸ se equiparan a los de las varias comunidades tradicionales conocidos como **Comunidades Quilombolas, Comunidades Caiçaras, Povos de Faxinais/Faxinalenses, Pescadores Artesanais, Ribeirinhos, Quebradeiras de Coco-babaçu, Comunidades de Fundo e Fecho de Pasto, Catadoras de Mangaba, Geraizeiros, Povos do Cerrado, Comunidades Extrativistas, Seringueiros, Panteneiros, Pomeranos, Povos Ciganos.** Pese a que dicha equiparación se deriva del artículo 1.a) del Convenio 169, entidades del gobierno federal, tales como el Ministerio de Medio Ambiente, han sostenido que el derecho a la consulta se extiende exclusivamente a los pueblos indígenas y no a las comunidades tradicionales previamente referidas.

Sin bien **no existe en Brasil legislación federal que reglamente la consulta,** se destacan algunos decretos que establecen obligaciones conexas con las previstas en el Convenio 169. El **Decreto 4.887 de 20 de noviembre de 2003, que reglamenta los derechos territoriales quilombolas⁶⁹,** define los remanentes de tales comunidades

En Bolivia hay una percepción creciente en cuanto a la consolidación de una estructura jurídica con mecanismos de consulta débiles para promover la inversión y permitir el desarrollo de actividades extractivas, sin tomar en cuenta salvaguardias ambientales y obligaciones internacionales vinculadas a los pueblos indígenas

⁶⁸ De acuerdo al censo del Instituto Brasileiro de Geografía y Estadística (IBGE) de 2010, se han identificado 305 etnias indígenas en Brasil, con una población aproximada de 896,9 mil personas, hablantes de 274 lenguas.

⁶⁹ De conformidad con el artículo 68 del Acto de Disposiciones Constitucionales Transitorias, “a los remanentes de las comunidades de los quilombos que estén ocupando sus tierras se les reconoce la propiedad definitiva, debiendo el Estado proporcionarles los títulos respectivos”.

como grupos étnico-raciales, en base al criterio de autoidentificación, dotados de relaciones territoriales específicas, con presunción de ancestralidad negra (art. 2º)⁷⁰. El artículo sexto de dicho decreto asegura a las comunidades quilombolas la participación en todas las etapas del procedimiento administrativo de identificación, reconocimiento, delimitación, demarcación y titulación de las tierras reclamadas. Es importante subrayar que la Coordinación Nacional de Articulación de las Comunidades Negras Quilombolas (CONAQ) participó directamente en la formulación del Decreto 4.887.

El Decreto 6.040 de 7 de febrero de 2007, que dispone sobre la Política Nacional de Desarrollo Sostenible de los Pueblos y Comunidades Tradicionales (PNDSPCT), reconoce el criterio de autoidentificación para la definición de territorios tradicionales (art. 3º, I y II), promoviendo asimismo la “efectiva participación de los Pueblos y Comunidades Tradicionales en los procesos decisorios relacionados con sus derechos e intereses” (art. 1º, X) como un principio rector para la Administración Pública. La PNDSPCT es el resultado de los trabajos de la Comisión Nacional de Desarrollo Sostenible de los Pueblos y Comunidades Tradicionales (CNPCT), la cual se compone, desde su creación en el 2004, de quince representantes de entidades vinculadas a la Administración Pública Federal y quince representantes de organizaciones no gubernamentales y organizaciones de pueblos tradicionales⁷¹.

El Decreto 7.747 de 5 de junio de 2012 dispone sobre la Política Nacional de Gestión Territorial y Ambiental de Tierras Indígenas (PNGATI). En ese mismo año fue creado un **Grupo de Trabajo Interministerial (GTI)** con el fin de conducir el diseño de la PNGATI, proceso que culminó con cinco consultas regionales a organizaciones representativas de los pueblos indígenas. En dichas consultas participaron aproximadamente 1.250 indígenas, representantes de 186 pueblos, resultando en la

⁷⁰ Es importante subrayar que en el 2004 el Partido Democrático (DEM) presentó una acción de inconstitucionalidad contra el Decreto 4.887 en su extremo que incorpora el criterio de autoidentificación de las comunidades quilombolas.

⁷¹ Según el Ministerio del Desarrollo Social y Combate al Hambre, las organizaciones que conforman la Comisión Nacional de Desarrollo Sostenible de los Pueblos y Comunidades Tradicionales (CNPCT) son: Agroextrativistas da Amazônia - Grupo de Trabalho Amazônico (GTA); Rede Caiçara de Cultura/ Suplente: União dos Moradores da Juréia; Articulação Estadual das Comunidades Tradicionais de Fundo e Fecho de Pasto da Bahia; Comunidades de Terreiro – Associação Cultural de Preservação do Patrimônio Bantu (Acabantu) / Suplente: Comunidades Organizadas da Diáspora Africana pelo Direito à Alimentação Rede Kodya; Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (Conaq); Articulação Puxirão dos Povos Faxinalenses; Geraizeiros – Rede Cerrado/Centro de Agricultura Alternativa do Norte de Minas / Suplente: Articulação Pacari de Plantas Medicinais do Cerrado; Pantaneiros – Rede de Comunidades Tradicionais Pantaneiras; Pescadores Artesanais – Associação Movimento Nacional dos Pescadores (Amonape); Pomeranos – Associação Pomerana de Pancas (Apop) / Suplência: Associação Cultural Alemã do Espírito Santo; Povos Ciganos – Associação de Preservação da Cultura Cigana (Apreci) / Suplente: Centro de Estudos e Discussão Romani (Cedro); Povos Indígenas – Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (Coiab) / Suplente: Articulação dos Povos e Organizações Indígenas do Nordeste, Minas Gerais e Espírito Santo (Apoimne); Quebradeiras de Coco-de-Babaçu – Movimento Interestadual de Quebradeiras de Coco-de-Babaçu (MIQCB) / Suplência: Associação em Áreas de Assentamento no Estado do Maranhão (Assema); Retireiros – Associação dos Retireiros do Araguaia; Seringueiros – Conselho Nacional de Seringueiros (CNS).

adopción de una política pública que contempla “la garantía a la consulta previa, en los términos del Convenio 169 de la OIT” (artículo tercero, literal XI). El artículo cuarto, eje II del citado Decreto, establece asimismo un enfoque específico sobre gobernanza y participación indígena y la realización de consultas durante los procesos de licenciamiento ambiental de actividades y emprendimientos que afecten directamente tierras indígenas. Finalmente, el literal a del eje III prevé la consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas en la creación de unidades de conservación en áreas que les afecten.

En adición a la normativa federal, algunos estados brasileros han buscado regular ciertos aspectos de la consulta previa. A modo de ejemplo, el Decreto N° 261 de 22 de noviembre de 2011, complementado por la Instrucción Normativa IDESP n° 001, de 6 de agosto de 2013, ambos del Estado de Pará, establece la competencia del Instituto de Desarrollo Económico, Social y Ambiental de Pará para realizar el proceso de consulta del “Plan de Utilización y de Desarrollo Socioeconómico, Ambiental y Sostenible”⁷².

Es importante subrayar que entre los países examinados en el presente informe, **Brasil es el país que presenta el menor avance en la regulación de la consulta previa. Fue solamente a partir de enero de 2012, tras una reclamación de la Central Única de Trabajadores (CUT) al Comité Tripartito de la OIT⁷³, que tal regulación pasó a ocupar un espacio más pronunciado en la agenda del gobierno federal.** En este contexto, un Grupo de Trabajo Interministerial conformado por varios órganos federales y coordinado por la Secretaría General de la Presidencia y el Ministerio de Relaciones Exteriores realizó un seminario internacional el 8 y 9 de marzo de 2012, el cual contó con aproximadamente 100 líderes indígenas, quilombolas y de comunidades tradicionales, además de representantes de la sociedad civil, académicos y funcionarios de varios ministerios y órganos públicos. Tras la realización del seminario, se acordaron tres etapas de trabajo para la regulación de la consulta: a) planeación (hasta julio de 2012), b) informativa y consultiva (julio de 2012 a septiembre de 2013), y c) devolutiva (de octubre de 2013 a enero de 2014), así como la realización de varios talleres informativos con organizaciones indígenas y quilombolas⁷⁴. Pese a que el Grupo de Trabajo concretó una serie de actividades con el fin de que se lograra un consenso hacia un documento,

Brasil es el país que presenta el menor avance en la regulación de la consulta previa. Fue solamente a partir de enero de 2012 que tal regulación pasó a ocupar un espacio más pronunciado en la agenda del gobierno federal

⁷² IDESP-PARÁ. Ata de consulta prévia de 6 de agosto de 2013. Disponible en <http://idesp.pa.gov.br/pdf/cachoeiraPorteira/atas/AtaReuniaoInformacao230813.pdf>

⁷³ Dicha reclamación fue formulada por la CUT en el 2008, haciendo que Brasil figurara en una lista preliminar de averiguación de la OIT. Véase, Secretaria-Geral da Presidência da República, Secretaria Nacional de Articulação Social Processo de regulamentação dos procedimentos de consulta prévia no Brasil Convenção 169 OIT. Processo de regulamentação dos procedimentos de consulta prévia no Brasil Convenção 169 OIT, maio de 2013, pág. 4. Disponible en <http://2013.cut.org.br/sistema/ck/files/consultapreviaOIT.pdf>

⁷⁴ Véase, Secretaria-Geral da Presidência da República, Secretaria Nacional de Articulação Social Processo de regulamentação dos procedimentos de consulta prévia no Brasil Convenção 169 OIT. Processo de regulamentação dos procedimentos de consulta prévia no Brasil Convenção 169 OIT, maio de 2013. Disponible en <http://2013.cut.org.br/sistema/ck/files/consultapreviaOIT.pdf>

En Brasil, varias comunidades y pueblos indígenas han empezado a elaborar sus propios protocolos de consulta

algunas decisiones vinculadas a la demarcación de territorios indígenas provenientes de entidades federales minaron la confianza de las organizaciones indígenas, al punto de causar la ruptura definitiva del diálogo a finales de 2013⁷⁵. Solamente algunas comunidades y organizaciones quilombolas permanecieron en proceso de diálogo con el gobierno federal, llegando a participar de la etapa informativa-consultiva, habiendo tenido lugar reuniones con varias organizaciones de esa naturaleza⁷⁶.

Entre las decisiones de entidades del gobierno que conculcaron el diálogo con organizaciones y comunidades indígenas se destaca la resolución administrativa 303 (Portaria Nº 303) de la Abogacía General de la Unión (*Advocacia Geral da União*), cuyo contenido se explica más adelante en el punto 3 de esta primera parte. En el ámbito legislativo, la propuesta de “emenda constitucional PEC 215” promovida por el bloque parlamentario conocido como “*bancada ruralista*” (grandes productores de monocultivos y con amplia representación en la Cámara de los Diputados) **ha dado lugar igualmente a desconfianzas por parte de organizaciones indígenas. El propósito de la PEC 215 es delegar al Congreso de la República la demarcación de territorios indígenas, quilombolas y unidades de conservación.**

En adición a la distensión provocada por decisiones del gobierno y del Poder Legislativo federales, **organizaciones de la sociedad civil han manifestado que las comunidades indígenas se sintieron excluidas o poco representadas en varias actividades llevadas a cabo por el GTI entre 2012 y 2013**. A modo de ejemplo, en una reunión llevada a cabo en Brasilia el 1º de agosto de 2013 con el fin de discutir un “texto orientador del proceso”, participaron 32 organizaciones de la sociedad civil, nacionales e internacionales, ninguna de las cuales representaba a pueblos indígenas, quilombolas o tradicionales⁷⁷. Ante esa realidad, **organizaciones representativas de los pueblos indígenas han contestado públicamente la versión del gobierno, de que las audiencias públicas para la reglamentación de la consulta previa han sido inclusivas**⁷⁸.

A raíz de las dificultades para la regulación centralizada de la consulta previa **en Brasil, varias comunidades y pueblos indígenas han empezado a elaborar sus propios protocolos de consulta**. La primera de esas iniciativas fue concluida el 25

⁷⁵ Según el artículo 5º de la Portaria Interministerial nº 9 de 19 de febrero de 2013, el mandato del GTI concluyó el 27 de enero de 2014. Información disponible en http://www.grafica.ufes.br/sites/grafica.ufes.br/files/publicacao_diaria/DO2_2013_02_20.pdf

⁷⁶ Entrevista con Juliana Miranda de la Secretaría General de la Presidencia de la República, 10 de diciembre de 2014.

⁷⁷ Véase, CONECTAS y Justiça Global. (2013, 4 de outubro). Nota pública sobre regulamentação da Consulta Prévia. CONECTAS. Disponible en http://www.conectas.org/pt/acoes/empresas-e-direitos-humanos/noticia/3387-nota-publica-sobre-regulamentacao-da-consulta-previa#_ftn3

⁷⁸ Véase, Articulação dos Povos Indígenas do Brasil. (2013, 26 de julho). Carta Pública da APIB sobre a regulamentação dos procedimentos do direito de consulta assegurado pela convenção 169 da OIT. *Combate Racismo Ambiental*. Disponible en <http://racismoambiental.net.br/2013/07/carta-publica-da-apib-sobre-a-regulamentacao-dos-procedimentos-do-direito-de-consulta-assegurado-pela-convencao-169-da-oit/>

de julio de 2014 por el pueblo Wajãpi, ubicado en el Estado de Amapá, al norte del país. En agosto del mismo año, líderes wajãpis entregaron copia del “Protocolo de Consulta y Consentimiento Wajãpi” a la Secretaria Nacional de Articulación Social de la Presidencia de la República, a la Fundación Nacional Indígena - FUNAI (*Fundação Nacional do Índio*) y al Ministerio Público Federal⁷⁹. Tal como se verá más adelante en la segunda parte, punto 2, el pueblo indígena Munduruku ya ha concluido su protocolo de consulta y se espera que a lo largo de 2015 otras comunidades y pueblos presenten igualmente sus protocolos al gobierno federal.

2.3 Chile

El Estado chileno ratificó el Convenio 169 de la OIT en el 2008, tras un retraso de quince años desde que dicho instrumento fue ingresado al Congreso Nacional para su ratificación. El Convenio 169 entró en vigencia para Chile en septiembre de 2009 y desde entonces se han dictado dos decretos supremos de alcance general que reglamentan la consulta.

El primero de ellos, **Decreto N° 124 del Ministerio de Planificación** (MIDEPLAN, hoy Ministerio de Desarrollo Social), fue publicado el 25 de septiembre de 2009, a pocos días de la entrada en vigencia del Convenio 169. Con esta norma, el Estado pretendió dar cumplimiento transitorio a las obligaciones de participación y consulta establecidas en los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT. Su objeto fue la reglamentación del artículo 34 de la Ley de Desarrollo Indígena (Ley 19253 de 1993), cuyo artículo 34 establece, sin referirse al derecho a la consulta, que la administración pública y las organizaciones de carácter territorial, cuando provean servicios que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce la referida Ley. La transitoriedad del Decreto N° 124 se justificó en que era necesario determinar un procedimiento de consulta sobre las obligaciones previstas en el Convenio 169 de la OIT, tal como lo exige el estándar internacional. No obstante, su redacción y contenido no reflejaban su provisionalidad y el Decreto estuvo vigente por casi tres años, siendo aplicado en varias ocasiones⁸⁰. Este reglamento adolecía de falencias que, lejos de facilitar la implementación del Convenio 169, la han obstaculizado. A ello se suma la falta de participación indígena en su elaboración, lo que provocó el rechazo de las organizaciones indígenas y la crítica de expertos internacionales y de la sociedad civil⁸¹.

⁷⁹ Véase, Rede de Cooperação Alternativa. (2014, 6 de outubro). *Protocolo próprio de consulta wajãpi é apresentado a órgãos do governo federal. Rede de Cooperação Alternativa*. Disponible en <http://www.rca.org.br/2014/10/protocolo-proprio-de-consulta-wajapi-c-apresentado-a-orgaos-do-governo-federal/>

⁸⁰ Considerando 9° al 13° DS N° 124.

⁸¹ Cfr. Mapuexpress, 21 de septiembre de 2009. Reglamento fraudulento dictado por Viera Gallo mutila Convenio 169, se burla de Pueblos Indígenas y coloca al Estado chileno al margen del derecho. Disponible en <http://www.mapuexpress.net/?act=news&cid=4698>; La Nación, 13 de septiembre de 2011. Mideplan abre proceso

En este escenario, el gobierno chileno elaboró una nueva normativa para reglamentar el Convenio 169 e inició un proceso de consulta en el 2011⁸², el cual fue cuestionado de forma prácticamente unánime por las organizaciones indígenas, quienes sostuvieron que el gobierno omitió sus observaciones. Varias organizaciones solicitaron la paralización de este proceso por considerar que no se estaban respetando los estándares internacionales y obligaciones del Estado en esta materia. La solicitud fue finalmente acogida por el gobierno, tras pronunciamientos de distintas entidades públicas en ese sentido⁸³, y en septiembre de 2011 el Ministro de MIDEPLAN anunció que se priorizaría la definición de los mecanismos y procedimientos de participación indígena. Una vez terminado ese proceso, se derogaría el Decreto N° 124 de MIDEPLAN, y se retomaría la consulta sobre los demás temas pendientes. A pesar de este compromiso, el Servicio de Evaluación Ambiental reanudó el proceso referido a la consulta indígena en el marco del Reglamento del SEIA. Pese a los cuestionamientos de las organizaciones indígenas, el 28 de mayo de 2012, por medio del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, se aprobó un borrador de nuevo Reglamento del SEIA, publicado el 12 de agosto de 2013 como **Decreto Supremo N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente**⁸⁴.

Por otra parte, en agosto de 2012 el Ejecutivo presentó al Consejo de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) una Propuesta de Nueva Normativa de Consulta para que fuese distribuida a los pueblos indígenas, destinada a regular el procedimiento de consulta indígena y derogar el citado Decreto Supremo N° 124 de 2009. Hacia el final del proceso, se conformó una “Mesa de Consenso” con las organizaciones indígenas interesadas para discutir los contenidos de la normativa propuesta. La discusión se centró en gran medida en la composición de esta instancia

de Invalidez de DS N° 124 sobre consultas indígenas. Disponible en <http://www.lanacion.cl/noticias/site/artic/20110913/pags/20110913191030.html>; Diario El Nortino, 14 de septiembre de 2011. Mideplan acoge solicitud de invalidación del Decreto Supremo 124. Disponible en <http://diarioelnortino.cl/2011/09/14/mideplan-acoge-solicitud-de-invalidacion-del-decreto-supremo-124/>

⁸² El proceso de consulta iniciado en el 2011 incorporaba diversas temáticas relativas a los pueblos indígenas en una misma iniciativa titulada “Consulta Nacional sobre Institucionalidad Indígena”. Concretamente, los aspectos materia de consulta eran: (i) reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y sus derechos, (ii) creación de una Agencia de Desarrollo Indígena que eventualmente reemplazara a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígenas (CONADI), (iii) creación de un Consejo de Pueblos Indígenas, (iv) creación de un mecanismo que regulase las futuras consultas a los pueblos indígenas, y (v) sobre el Reglamento del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), en lo concerniente a consulta a pueblos indígenas.

⁸³ El 3 de agosto de 2011, a instancias de las organizaciones indígenas, el Senado aprobó un proyecto de acuerdo solicitando al Presidente de la República que instruyese al Ministro de Planificación la paralización del proceso y la derogación del Decreto N° 124 de MIDEPLAN. Con anterioridad, la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados había formulado una petición similar, a la que se agregó la solicitud realizada por organizaciones de pueblos indígenas, incluida la solicitud de los Consejeros Indígenas de CONADI. Cabe mencionar que la seriedad de los cuestionamientos formulados por las organizaciones indígenas y el Congreso, llevaron a que la Unión Europea congelara su aporte financiero a la iniciativa.

⁸⁴ De acuerdo a lo descrito por el SEA en el Informe Final Proceso de consulta indígena sobre el Reglamento del SEIA, este proceso consideró cinco etapas: (1) presentación, mejora y validación del plan de consulta, (2) información y difusión, (3) diálogo y recepción de observaciones y propuestas realizadas por el Servicio, (4) sistematización y ponderación, y (5) comunicación de resultados.

y, particularmente, en su falta de representatividad⁸⁵. Muchas organizaciones indígenas se retiraron de la convocatoria por la misma razón, incluyendo las más antiguas agrupaciones indígenas del país. El 15 de noviembre de 2013, mediante **Decreto Supremo N° 66, el Ministerio de Desarrollo Social** aprobó 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 OIT y deroga la normativa que indica, que fue publicado el 4 de marzo de 2014.

Este Reglamento ha sido igualmente cuestionado por las organizaciones indígenas y la sociedad civil, no solo por las razones vinculadas al proceso que resultó en su aprobación⁸⁶, sino también por cuestiones de fondo. La principal se refiere a que se agregan requisitos no establecidos en el Convenio 169 de la OIT para la procedencia de la consulta y se recorta su alcance. Los participantes de la Mesa de Consenso, como parte de los acuerdos con el gobierno, se reunieron en un Congreso Nacional de Pueblos Indígenas al finalizar el proceso de consulta, en el que acordaron denunciar al Estado chileno ante la Organización Internacional del Trabajo, por restringir el alcance de la consulta previa a través del Reglamento aprobado en marzo de 2014. Por su parte, el gobierno ha afirmado que la participación del entonces Relator Especial de Naciones Unidas para los Derechos y Libertades de los Pueblos Indígenas, James Anaya, en la discusión del Reglamento lo validaría. Sin embargo, el Relator presentó oportunamente un informe en que cuestionó problemas centrales de la propuesta, muchos de los cuales no fueron superados en la normativa aprobada. El Estado se ha comprometido a modificar algunos aspectos del Reglamento aprobado. No obstante, bajo este nuevo marco legal **se está impulsando un proceso de consulta del Anteproyecto de Ley que Crea un Consejo o Consejos de Pueblos Indígenas y el Anteproyecto que Crea el Ministerio de Pueblos Indígenas**⁸⁷.

En Chile se está impulsando un proceso de consulta del Anteproyecto de Ley que Crea un Consejo o Consejos de Pueblos Indígenas y el Anteproyecto que Crea el Ministerio de Pueblos Indígenas

⁸⁵ De hecho, fue integrada por solo dos consejeros indígenas del Consejo Nacional de CONADI, mientras que los restantes seis se sustrajeron del proceso al considerar que éste era llevado adelante de mala fe por parte del Ejecutivo.

⁸⁶ Centro de Políticas Públicas. (2013). *El Decreto 66: Arbitrio Reglamento de Consulta Indígena dictado por el Gobierno chileno*. Disponible en <http://www.politicaspublicas.net/panel/consulta/reglamentacion/1681-decreto-66.html>

⁸⁷ Ministerio de Desarrollo Social. Resoluciones N° 275 y N° 276 de 2014 – Inicia procedimiento administrativo y convoca a proceso de consulta que indica. Véase, asimismo http://www.consultaindigenamds.gob.cl/articulo050814_1.html y <http://www.consultaindigena.gob.cl/>

2.4 Colombia

En Colombia, la implementación del derecho a la consulta se ha dado a través de distintos cuerpos legales y mediante instrumentos jurídicos de rango infra legal, sin que exista en el momento una ley general. Desde 1993 se incluyeron ciertas disposiciones en el ordenamiento, como el artículo 76 de la Ley N° 99 de 1993, **Ley General Ambiental**, que establece que la explotación de recursos naturales deberá hacerse previa consulta con los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes. De otro lado, la **Ley 70 de 1993** reconoce a las comunidades negras como grupo étnico y prevé

(...) como un mecanismo de protección de la identidad cultural, [que] las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley⁸⁸.

Igualmente, el **Decreto N° 1397 de 1996** por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones, dispone que una de las funciones de la Mesa Permanente de Concertación será convenir el procedimiento transitorio y lo demás que se requiera para la participación, consulta y concertación con pueblos o comunidades indígenas específicos, mientras se expide el decreto reglamentario⁸⁹. Además, precisa que en los procesos de consulta y concertación de cualquier medida legislativa o administrativa susceptible de afectar a comunidades o pueblos indígenas podrán participar los indígenas integrantes de la mesa permanente de concertación o sus delegados⁹⁰.

Asimismo, en 1998 fue adoptado el **Decreto N° 1320** por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio. Sin embargo, la OIT, a través de su Consejo de Administración y la CEACR, ha señalado que este Decreto

(...) no es compatible con el Convenio 169 de la OIT, ni en lo que respecta a su elaboración, por cuanto no fue elaborado en consulta y con la participación de los pueblos indígenas, ni respecto de su contenido; por lo que ha pedido su modificación para ponerlo de conformidad con el Convenio 169 de la OIT⁹¹.

⁸⁸ Ley 70 de 1993, artículo 44.

⁸⁹ Decreto N° 1397 de 1996, artículo 12.9.

⁹⁰ Decreto N° 1397 de 1996, artículo 16.

⁹¹ CEACR. Informe General y observaciones referidas a ciertos países. Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, 2010, pp. 877-881; Consejo de Administración de la OIT. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio 169 de la OIT, presentada por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), 2001; Consejo de Administración de la OIT. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia

En esa misma línea, la Corte Constitucional de Colombia ha advertido, en numerosos pronunciamientos sobre acciones de tutela, su incompatibilidad con el Convenio 169 y la Constitución Política⁹².

Posteriormente, el Gobierno expidió la **Directiva Presidencial N° 001 de 2010**, la cual estableció qué acciones requieren consulta, cuáles no y los mecanismos para realizarla, y el **Decreto 2893 del 2011**, que creó la Dirección de Consulta Previa en el Ministerio del Interior, encargada de dirigir los procesos de consulta que se requieren de conformidad con la ley (artículo 16). La Directiva fue criticada por las organizaciones indígenas y la sociedad civil colombianas⁹³, así como por organismos internacionales⁹⁴. Según el Ministerio del Interior, bajo este marco legal, en el 2014 se han acordado 690 procesos de consulta⁹⁵.

Recientemente fueron adoptados dos instrumentos relevantes: el **Decreto 2613-2013** y la **Directiva Presidencial 10-2013**. De acuerdo a la Dirección de Consulta del Ministerio del Interior, ambos instrumentos tuvieron como presupuesto central la articulación de la institucionalidad pública en torno a la Dirección de Consulta Previa⁹⁶. No obstante, han sido igualmente criticados por su adopción inconsulta, al considerar que si bien se refieren a la coordinación de instituciones, están reglamentando implícitamente la consulta. Entre las críticas a los referidos instrumentos, se advierte que proyectan una forma de reglamentar sin consultar por medio de circulares, resoluciones, directivas y otras vías de regulación de alcance nacional. En esa línea, **Colombia cuenta con una serie de actos administrativos que regulan el derecho a la consulta con diferentes alcances, pero cuya legitimidad ha sido puesta en tela de juicio por haber sido adoptados de manera unilateral por entidades del gobierno**⁹⁷.

Al día de hoy, existe un **proyecto de Ley Estatutaria elaborado por el Ministerio del Interior** que busca regular el Derecho Fundamental a la Consulta Previa y se dictan

Colombia cuenta con una serie de actos administrativos que regulan el derecho a la consulta con diferentes alcances, pero cuya legitimidad ha sido puesta en tela de juicio por haber sido adoptados de manera unilateral por entidades del gobierno

del Convenio 169 de la OIT, presentada por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS), 2001.

⁹² Por ejemplo, en la Sentencia T-652 en que suspendió la aplicación de dicho Decreto en relación con el caso específico del pueblo indígena Embera Katío del Alto Sinú por no ser conforme a la Constitución ni al Convenio 169 de la OIT. Véase, Corte Constitucional. Sentencia T- 652 de 1998. Véase, *inter alia*, Corte Constitucional. Sentencia T-880 de 2006 y Sentencia T-745 de 2010.

⁹³ DPLF y OXFAM. (2011). *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, Lima. Washington DC: DPLF/OXFAM, pp. 52 y 53.

⁹⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre Colombia, Doc. E/C12/COL/CO/, mayo de 2010.

⁹⁵ Ministerio del Interior de Colombia, julio de 2014. 690 procesos de Consulta Previa se han acordado en 2014. Disponible en <http://www.mininterior.gov.co/sala-de-prensa/noticias/690-procesos-de-consulta-previa-se-han-acordado-en-2014>

⁹⁶ Entrevista con la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, Bogotá, Colombia, septiembre de 2014.

⁹⁷ Entrevista con la Oficina de Asuntos Ambientales y Sociales del Ministerio de Energía y Minas, Bogotá, Colombia, septiembre de 2014.

Quienes sostienen la necesidad de una ley general, principalmente desde el gobierno nacional, resaltan la previsibilidad y certeza jurídica, en cuya ausencia pueden alimentarse estereotipos en contra de la consulta previa

otras disposiciones. Sin embargo, a marzo de 2015, el mismo no había sido sometido a consulta. Según información difundida por medios de comunicación, hay por lo menos otros dos proyectos de reglamentación trabajados desde el gobierno con distintas instancias, más no con las organizaciones indígenas, lo cual genera cierto rechazo por parte de estas.

En este contexto, se viene presentando un debate sobre la conveniencia y necesidad de adoptar una ley general sobre el derecho a la consulta. Dado que se trata de un derecho fundamental, tendría que ser regulado a través de una ley estatutaria, adoptada por el Congreso de la República. Puede decirse que **son tres los argumentos principales de las organizaciones indígenas para oponerse a la regulación a través de una ley estatutaria**. El primero es que se ve como un mecanismo innecesario, pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido suficiente y existe una práctica consolidada e instituciones a cargo de la implementación de este derecho. En segundo lugar, se considera que la fuerza política de las organizaciones indígenas tiene límites frente al de las empresas, sobre todo porque se requiere pasar por el Congreso y no existe garantía de que esta norma recopile los avances alcanzados. Una tercera razón responde a una mirada a los países que cuentan con leyes generales en materia de consulta, las cuales han sido criticadas al establecer estándares más restrictivos que los internacionales⁹⁸.

De otro lado, quienes sostienen la necesidad de una ley general, principalmente desde el gobierno nacional, resaltan la previsibilidad y certeza jurídica, en cuya ausencia pueden alimentarse estereotipos en contra de la consulta previa. Asimismo, sostienen que la ausencia de reglamentación tiene efectos prácticos perjudiciales, como la desigualdad de los procedimientos entre los pueblos y la imposibilidad de determinar los tiempos de la consulta⁹⁹.

Una de las mayores críticas que se ha hecho desde la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) es que el gobierno ha elaborado borradores sin consultar a las organizaciones representativas de los pueblos, generando sospechas de que se buscaría desconocer lo avanzado y reconocido en la materia en el país. Igualmente, se ha observado que en los borradores conocidos hasta el momento el gobierno ha limitado el derecho a la consulta a la industria extractiva. Al respecto, la ONIC considera que debe implementarse el Convenio 169 de la OIT en su conjunto a otros aspectos que son iguales o más relevantes para los pueblos indígenas, como el territorio, la autonomía y el autogobierno.

⁹⁸ Entrevista con la Organización Nacional Indígena de Colombia, septiembre de 2014, Bogotá, Colombia y entrevista con Dejusticia, Bogotá, Colombia, septiembre de 2014.

⁹⁹ Entrevista con Dejusticia, Bogotá, Colombia, septiembre de 2014.

Otra alternativa que ha surgido es la elaboración de protocolos de consulta específicos para los distintos pueblos indígenas, al considerar que las enormes diferencias entre pueblos hace difícil la uniformización de un proceso regido por una ley general. En esa línea, se ha trabajado desde la OACNUDH un marco de derecho a la consulta que sería el documento base de los protocolos en Colombia. Igualmente, la iniciativa de trabajar protocolos se planteó para los pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta y la Guajira. Si bien en determinado momento el Ministerio del Interior reconoció la necesidad de adoptar protocolos de consulta previa con cada pueblo, los cambios institucionales en el Ministerio han dificultado su continuidad¹⁰⁰. Instituciones relevantes, como la Dirección de Consulta, no serían partidarias de esta iniciativa, por considerar que causaría una indeseable desagregación de los procesos. Asimismo, consideran que el tratamiento diferencial se garantiza con la pre consulta, en la cual se definen con el propio pueblo las pautas a seguir en el proceso.

De este modo, la posición de las organizaciones indígenas es que, en caso de darse una reglamentación, debe ser plenamente consultada y trabajada desde los pueblos indígenas, siendo ellos quienes construyan la propuesta sobre los distintos derechos reconocidos en el Convenio 169 y no solo la consulta previa. Se prefiere, además, la elaboración de protocolos por pueblos, en lugar de una ley general, porque se ha visto, de un lado, que a través de la reglamentación se limita el derecho y, de otro, que con base en los preceptos del Convenio 169 y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es posible llevar adelante procesos de consulta respetuosos de los derechos de los pueblos indígenas¹⁰¹.

2.5 Guatemala

El Convenio 169 de la OIT se encuentra vigente para Guatemala desde junio de 1997. Transcurridos más de 17 años, no existe en Guatemala una ley o reglamento que desarrolle un marco general e integral del derecho a la consulta. Cabe recordar que la implementación de mecanismos de consulta previa de los pueblos indígenas sobre medidas susceptibles de afectarles formó parte de los compromisos asumidos en los Acuerdos de Paz que pusieron fin al conflicto armado interno que atravesó el país entre 1960 y 1996¹⁰².

¹⁰⁰ Entrevista con la Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos en Colombia, Bogotá, Colombia, septiembre de 2014.

¹⁰¹ Entrevista con la Organización Nacional Indígena de Colombia, Bogotá, Colombia, septiembre de 2014 y entrevista con la Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos en Colombia, Bogotá, Colombia, septiembre de 2014.

¹⁰² En particular, en el Acuerdo de Paz sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, elevado a compromiso de Estado por Decreto 52-2005, se estipuló la necesidad de “obtener la opinión favorable de las comunidades indígenas previa la realización de explotación de recursos naturales que puedan afectar la subsistencia y modo de vida de las comunidades (...)” [artículo 6.c.]. Incorporó también el objetivo de “promover las reformas legales e institucionales que, faciliten, normen y garanticen tal participación”, “con la participación de representantes

En Guatemala, la implementación de mecanismos de consulta previa de los pueblos indígenas sobre medidas susceptibles de afectarles formó parte de los compromisos asumidos en los Acuerdos de Paz que pusieron fin al conflicto armado interno

Como parte del proceso de implementación de los Acuerdos de Paz se adoptaron leyes de descentralización que contienen ciertas disposiciones sobre el derecho a la consulta. En efecto, el **Código Municipal**, adoptado mediante Decreto 12-2002 del Congreso de la República, regula la consulta a vecinos (artículo 63), la consulta a solicitud de los vecinos (artículo 64), consultas a las comunidades o autoridades indígenas del municipio (artículo 65) y las modalidades de esas consultas (artículo 66)¹⁰³. Estos artículos han sido utilizados por los propios pueblos indígenas para manifestar su posición respecto a proyectos que se venían desarrollando en sus territorios ancestrales, a través de las denominadas consultas comunitarias de buena fe o autoconvocadas¹⁰⁴. Asimismo, la **Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural** (Decreto 11-2002 del Congreso de la República) establece en su artículo 26 que en tanto se emite la ley que regule la consulta a los pueblos indígenas, las consultas a los Pueblos Maya, Xinca y Garífuna sobre medidas de desarrollo que impulse el Organismo Ejecutivo y que afecten directamente a estos pueblos podrán hacerse por conducto de sus representantes en los consejos de desarrollo. Igualmente, el artículo 18 de la **Ley General de Descentralización** dispone que “[l]as organizaciones comunitarias reconocidas conforme a la ley, de igual manera podrán participar en la realización de obras, programas y servicios públicos de su comunidad, en coordinación con las autoridades municipales”¹⁰⁵.

No obstante, la propia naturaleza de las competencias de estas normas y las diversas acciones judiciales en las cuales la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado sobre la necesidad de regular el derecho de consulta de los pueblos indígenas, confirman que dichas normas son inadecuadas e insuficientes¹⁰⁶. En diversos fallos, la citada Corte ha reiterado la necesidad de implementar el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa y ha exhortado a los órganos responsables del Estado a legislar en esta materia conforme el Convenio 169 y otros instrumentos internacionales¹⁰⁷.

de las organizaciones indígenas”, incluyendo el establecimiento de “[m]ecanismos obligatorios de consulta con los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas” susceptibles de afectarles. Acuerdo de Paz sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, México D.F., 31 de marzo de 1995, elevado a rango de ley por medio de la Ley Marco de los Acuerdos de Paz, Decreto 52-2005 del Congreso de la República, cap. IV, secc. D, párr. 4 y cap. IV, secc. E, párr. 5 a).

¹⁰³ Artículos 63, 64, 65 y 66 del Código Municipal, Decreto 12-2002.

¹⁰⁴ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Adición. Observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales. A/HRC/16/XX, 4 de marzo de 2011, párr. 28. Disponible en http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/rapporteur/docs/GuatemalaIP16th_AUV.pdf

¹⁰⁵ Ley General de Descentralización, Decreto Número 14-2002 del Congreso de la República, artículo 18.

¹⁰⁶ En particular, la Corte ha señalado que: “(...) el propio legislador es claro en indicar que se trata de una previsión transitoria, reconociendo la necesidad –aún vigente– de que fuera creado un cuerpo legal privativamente destinado a desarrollar cómo debe hacerse efectivo el derecho cuyo contorno esencial ha sido definido en los instrumentos identificados en las literales anteriores”. Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009, considerando IV.

¹⁰⁷ La Corte de Constitucionalidad en el expediente 1008-2012, citó los siguientes expedientes en los que ha exhortado al Organismo Legislativo a emitir una ley de consulta conforme el Convenio 169 de la OIT: (1179-2205), (2376-2007), (3878-2007), (2433-2011), (2480-2011), y (4419-2011).

Entre los años 2010 y 2011, una Comisión Intersectorial de la Presidencia de la República elaboró un proyecto de **“Reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”**¹⁰⁸. Una versión preliminar de este proyecto fue presentada a la Directora del Departamento de Normas de la OIT y se solicitó acompañamiento al Secretario General de la OIT. Igualmente, se solicitó comentarios a James Anaya, entonces Relator de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, quien realizó una serie de observaciones a las versiones borrador del Reglamento¹⁰⁹. La última de las observaciones del Relator fue en el 2011, cuando señaló que el proyecto no recogía todos los estándares internacionales en la materia¹¹⁰. Además, indicó que, independientemente de los contenidos de cualquier borrador de reglamento, “el proyecto no podrá cumplir con los estándares internacionales si el mismo no es sometido a un proceso adecuado de consulta previa con los pueblos indígenas”¹¹¹. Este proceso nunca se dio, sino que el mecanismo utilizado para dar a conocer el documento consistió en enviar observaciones y comentarios por escrito y por vía electrónica en un plazo de 30 días¹¹².

Asimismo, **el proyecto de reglamento en mención fue sumamente cuestionado por los pueblos indígenas de Guatemala y sus organizaciones representativas**, quienes lo calificaron como una imposición del gobierno¹¹³ y manifestaron su negativa a cualquier intento de limitación de los derechos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT¹¹⁴. El Consejo de Pueblos de Occidente (CPO) presentó una acción constitucional de amparo en contra de esta iniciativa, la cual fue concedida por la Corte de Constitucionalidad el 24 de noviembre de 2011¹¹⁵.

¹⁰⁸ Contenido del proyecto del Reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. 23 de febrero de 2011.

¹⁰⁹ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Observaciones preliminares del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya, sobre su visita a Guatemala (13 a 18 de junio de 2010). Disponible en <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10173&LangID=S>

¹¹⁰ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Adición. Observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales. A/HRC/16/XX, 4 de marzo de 2011, párr. 10

¹¹¹ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Adición. Observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales. A/HRC/16/XX, 4 de marzo de 2011, párr. 10

¹¹² Véase numeral V.-PROCEDIMIENTO DE PARTICIPACION EFECTIVA POR PARTE INTERESADA EN LA REDACCION DEFINITIVA DEL REGLAMENTO, de la presentación del Reglamento Para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

¹¹³ Véase, Consejo de Pueblos de Occidente, CPO. Disponible en www.copaeguatemala.org/2.html#_ftn13

¹¹⁴ Nisgua, 2011, marzo. Comunidades rechazan iniciativa por normar las consultas comunitarias. Disponible en <http://nisgua.blogspot.com/2011/03/comunidades-rechazan-iniciativa-por.html>

¹¹⁵ Corte de Constitucionalidad. Exp. 1072-2011 de 24 de noviembre 2011. Sentencia de Amparo en Única Instancia. Antecedentes y parte resolutive.

Además de la inexistencia de un marco jurídico adecuado en Guatemala, se mantienen normas abiertamente contrarias al derecho de consulta

Además de la inexistencia de un marco jurídico adecuado en Guatemala, se mantienen normas abiertamente contrarias al derecho de consulta. En efecto, la **Ley de Minería de 1997, Decreto 48-97**, no contiene disposiciones para que los pueblos indígenas sean consultados antes de la aprobación de licencias de exploración o explotación de proyectos mineros¹¹⁶. Igualmente, el Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, aprobado mediante Acuerdo Gubernativo 431-2007 del 17 de septiembre de 2007, contiene un procedimiento de “participación pública” previo a la aprobación de los estudios de impacto social y ambiental para el otorgamiento de licencias¹¹⁷, el cual es incompatible con los estándares internacionales como ha sido constatado por la Corte de Constitucionalidad¹¹⁸. Otras normas relevantes para la aprobación y supervisión de proyectos extractivos y otro tipo de proyectos, como la **Ley Forestal**¹¹⁹, la **Ley de Hidrocarburos**¹²⁰, o la **Ley General de Electricidad**¹²¹, **no cuentan con mecanismos eficaces a fin de realizar consultas con los pueblos indígenas**¹²².

Hay que resaltar que alrededor de varias de las consultas comunitarias autoconvocadas, los proyectos para reglamentar el derecho a la consulta y las acciones judiciales sobre la materia se han dado intensos debates que rebasan el derecho a la consulta y se enmarcan en la validez constitucional o el fundamento de los derechos de los pueblos indígenas.

2.6 Perú

El Convenio 169 de la OIT se encuentra en vigor para el Perú desde febrero de 1995. Hasta hace unos pocos años no se contaba en el ordenamiento peruano con un cuerpo legal específico e integral sobre el derecho a la consulta previa, más allá

¹¹⁶ El Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, que determina el procedimiento para la aprobación de los estudios de impacto social y ambiental requeridos por la Ley de Minería antes del otorgamiento de las licencias de explotación minera, exige que se garantice la participación de las comunidades afectadas a través de “entrevistas, encuestas, talleres, asambleas y/o reuniones de trabajo”. Con lo cual, este mecanismo está lejos de cumplir las obligaciones internacionales sobre la materia. Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, Acuerdo Gubernativo 431-2007 y sus reformas, artículo 74.

¹¹⁷ Véase, Título VIII del Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, Acuerdo Gubernativo 431-2007.

¹¹⁸ Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009, considerando IV, punto h.

¹¹⁹ Decreto N° 101-96 del Congreso de la República.

¹²⁰ Decreto Ley N° 109-83.

¹²¹ Decreto N° 93-96 del Congreso de la República. Ley General de Electricidad, su Reglamento y el Reglamento del Administrador del Mercado Mayorista.

¹²² En similar sentido, véase, Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. A/HRC/18/35/Add.3, 7 de junio de 2011, párr. 23. ACNUDH. Oficina Regional para América Central. Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en América Central. Tomo I. 2011.

de algunas disposiciones puntuales y sectoriales¹²³. En este escenario de omisión legislativa, el Tribunal Constitucional peruano jugó un papel fundamental al desarrollar en su jurisprudencia el contenido, y etapas para la implementación del derecho a la consulta¹²⁴. Un contexto político favorable, sumado al trabajo de varias organizaciones indígenas y de la sociedad civil realizado durante varios años, condujo a que en el año 2011 fuera aprobada la **Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo**, Ley N° 29785, publicada el 7 de setiembre de 2011 (en adelante, “Ley de Consulta Previa”). La Ley de Consulta Previa, junto con su **Reglamento** aprobado a través del Decreto Supremo N° 001-2012-MC del 3 de abril de 2012, constituyen en la actualidad los dos cuerpos normativos más relevantes de este derecho en el Perú. Asimismo, colocan al país entre los pocos Estados de la región que han logrado la adopción de una ley integral.

La propuesta de una ley de consulta nació de una las Mesas de Trabajo conformadas a raíz de los lamentables **sucesos ocurridos en Bagua el 5 de junio de 2009**¹²⁵, en la que participaron organizaciones indígenas y representantes del Estado. En el 2011, el pleno del Congreso aprobó la Ley del Derecho a la Consulta Previa, la cual fue publicada el 7 de setiembre de 2011. Dicha ley contiene 20 artículos y cuatro disposiciones finales y complementarias, en los que se establecen las reglas generales para el ejercicio de este derecho. La Ley precisa el contenido y la finalidad del derecho a la consulta, los actores, quiénes se consideran pueblos indígenas y las entidades del Estado responsables de su aplicación; estableciendo asimismo los principios y las etapas del proceso de consulta. La adopción de esta Ley representa sin duda uno de los principales logros del movimiento indígena y avanza de manera sustantiva en el establecimiento de reglas claras para la implementación del derecho a la consulta previa. Si bien se reconoce como un paso positivo en la garantía de sus derechos, organizaciones indígenas y de la sociedad civil han cuestionado ciertos aspectos de fondo de la ley, producto de un proceso de revisión y reflexión que siguió a su aprobación¹²⁶.

En el año 2011 en Perú fue aprobada la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

¹²³ Para una descripción detallada de la implementación de la consulta previa en Perú, véase, Ruiz Molleda, J. C. (2011). *La implementación del Derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas. Una mirada constitucional*. Lima: IDL/ Justicia Viva. Disponible en <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo20122011-150924.pdf>

¹²⁴ Tribunal Constitucional. EXP. 00022-2009-PI. Sentencia del 9 de junio de 2010.

¹²⁵ Este episodio, uno de los más lamentables de la historia peruana reciente, ocurrió el 5 de junio de 2009 cuando un grupo importante de efectivos policiales intentó desalojar a manifestantes indígenas que venían realizando protestas por la aprobación inconsulta de una serie de decretos legislativos. El resultado de dicha intervención fue la muerte de 23 policías y 5 personas indígenas y otros 5 pobladores de la zona intervenida, así como la desaparición de un mayor de la policía. Para más información sobre los hechos de violencia acaecidos el 5 de junio de 2009 y las investigaciones en curso, véase comunicado de prensa sobre un *Amicus Curiae* presentado el 18 de setiembre de 2014 por DPLF, DeJusticia y el Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica de Ecuador, disponible en <http://www.dplf.org/es/news/dplf-presenta-amicus-curiae-en-juicio-de-caso-bagua-peru>

¹²⁶ Véase, *inter alia*, IDL. (2012). *La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú. Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento*. Lima. Disponible en <http://www.justiciaviva.org.pe/>

Tras la promulgación de la Ley de Consulta Previa, el Gobierno peruano formó una Comisión encargada de elaborar su Reglamento, que siguió las pautas y etapas establecidas en la misma ley, sin tener claridad en cuanto a su alcance y los retos que implicaría. Esta Comisión contó con representantes de distintos Ministerios y de las organizaciones indígenas nacionales. Se realizaron una serie de encuentros regionales con el objetivo de consultar el Reglamento con los pueblos indígenas. Si bien fue un esfuerzo importante, este proceso recibió cuestionamientos de algunas organizaciones indígenas, quienes indicaban que no estaban en igualdad de condiciones ni se encontraban igualmente representadas que los representantes del Estado. Estas críticas llevaron a que varias de las organizaciones decidieran retirarse del proceso, de modo que en la etapa de diálogo ante la Comisión Multisectorial estaban presentes únicamente dos organizaciones indígenas nacionales. Con estas dos, se lograron alcanzar acuerdos y se presentó el texto construido conjuntamente a la Presidencia del Consejo de Ministros. Sin embargo, dicha instancia modificó algunos de los aspectos sustanciales acordados y aprobó el Reglamento a través del **Decreto Supremo N° 001-2012-MC**, publicado el 3 de abril de 2012.

El texto finalmente aprobado fue objeto de una serie de críticas por parte de organizaciones indígenas y de la sociedad civil. Los principales aspectos cuestionados se referían a que debía considerar como fuente de derechos no solo el Convenio 169 de la OIT, sino también la DNUPI; debía considerar pueblos indígenas a los descendientes de los pueblos preexistentes a la colonización y no limitarse a los descendientes “directos” y que conserven “todos” los elementos culturales; debía incorporar todos los supuestos en que se exige el consentimiento y no solo la consulta según los estándares internacionales; no debía excluir de su aplicación todos los actos previos a su publicación considerando que el Convenio 169 de la OIT se encuentra vigente para el Perú desde 1995; entre otros¹²⁷. Además de tomar nota de estos cuestionamientos, cabe también advertir que el Reglamento de la Ley de Consulta Previa presenta aspectos que pueden considerarse positivos, como, por ejemplo, contiene varios elementos que apuntan hacia la incorporación de un enfoque de género en la implementación de los procesos de consulta¹²⁸.

webpanel/publicaciones/archivo28022013-134431.pdf; y COMISEDH. (2012). La ley de consulta previa y su reglamento en el Perú. Análisis desde la perspectiva del Derechos Internacional de los Derechos Humanos. Disponible en <http://www.comisedh.org.pe/modulo/upload/1342630241.pdf>

¹²⁷ Pacto de Unidad, 5 de marzo de 2011. Pronunciamiento del Pacto de Unidad sobre reglamento de la Ley de Consulta Previa. *Pachamama. La voz del sur andino*. Disponible en <http://www.pachamamaradio.org/05-03-2012/pronunciamiento-del-pacto-de-unidad-sobre-reglamento-de-la-ley-de-consulta-previa.html>

¹²⁸ El artículo 5.i) dispone que la obligación de consultar del Estado peruano debe cumplirse “(...) respetando los usos y tradiciones de los pueblos indígenas, en el marco de lo establecido por la Constitución y las leyes”; y agrega que “[l]a participación de las mujeres, en particular en funciones de representación, se realizará conforme a lo señalado en este inciso”. Otras referencias se encuentran en el artículo 10.2 del Reglamento que dispone que “[e]l número de representantes designados debe considerar las necesidades del proceso, con enfoque de género”; el artículo 13 que establece que “[e]l proceso de consulta se realiza a través de una metodología con enfoque intercultural, de género, participativo y flexible a las circunstancias”; y el artículo 16 según el cual el

Con independencia de los cuestionamientos existentes, lo cierto es que ambos cuerpos normativos se encuentran vigentes y en pleno proceso de aplicación por parte de las entidades estatales competentes. Les han seguido, además, instrumentos más específicos que intentan poner en práctica algunos aspectos sustanciales de la Ley, tales como: (i) el Procedimiento del derecho de petición de los Pueblos Indígenas para la inclusión en un proceso de consulta previa o para la realización del mismo, en el Ministerio de Cultura, aprobado a través de la **Resolución Viceministerial N° 010-2013-VMI-MC**, publicada el 12 de diciembre de 2013, (ii) la **Resolución Ministerial N° 202-2012-MC**, que aprobó la Directiva que regula la base de datos oficial de los pueblos indígenas y originarios, la cual identifica quiénes son los pueblos indígenas en el Perú, es decir, a quiénes debe aplicarse el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la Guía Metodológica de la Ley de Consulta Previa. Además de estas normas generales existen otros instrumentos jurídicos que han intentado reglamentar el derecho a la consulta en sectores específicos del gobierno. Entre las más relevantes, se encuentra la Resolución Ministerial N° 350-2012-MEM, relativa a los procedimientos administrativos del Ministerio de Energía y Minas para la realización de procesos de consulta previa¹²⁹.

Cabe hacer dos observaciones adicionales sobre el ordenamiento peruano en materia de consulta previa. La primera se refiere a una dispersión importante de normas, adoptadas por distintos sectores y en diferentes momentos, en ausencia durante varios años de una ley general sobre este derecho. Entre éstas, se encuentra el Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, aprobado por **Decreto Supremo N° 038-2001-AG**, que regula en su artículo 43 la consulta de los pueblos indígenas para la creación de áreas naturales protegidas; así como normas adoptadas años atrás con relación a la participación ciudadana y consulta, y la elaboración de estudios de impacto ambiental¹³⁰. Asimismo, se encuentran las leyes que regulan la obligación de los gobiernos regionales de invertir recursos del canon y sobre canon petrolero a favor de pueblos indígenas¹³¹; la Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, aprobada mediante **Ley N° 28736**; y la **Ley General del Ambiente (Ley N° 28611 de 2005)** que hacía referencia a en su artículo 72 a la consulta de los pueblos indígenas frente al aprovechamiento de recursos naturales.

Plan de Consulta debe contener, entre otros, “las medidas que faciliten la participación de las mujeres indígenas en el proceso”.

¹²⁹ Con anterioridad fue aprobado también el Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas, mediante Decreto Supremo N° 023-2011-MINEM, el cual fue derogado posteriormente.

¹³⁰ Nos referimos, en particular, al Reglamento de consulta y de participación ciudadana en la evaluación ambiental y social en el Subsector Transportes –MTC, aprobado por Resolución Directoral No 006-2004-MTC; y al Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas, aprobado por Resolución Ministerial No 596-2002-EM/DM.

¹³¹ Véase, Decreto de Urgencia N° 28-2006 y Decreto de Urgencia N° 26-2010.

También se tienen cuerpos normativos que, sin estar referidos exclusivamente a la consulta previa, contienen disposiciones que regulan y/o hacen mención al derecho a la consulta, como la Directiva para promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, aprobada por **Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH**, del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Humano, la cual reconoce el derecho a la consulta como parte del contenido del derecho a la identidad cultural¹³². Puede mencionarse, además, la Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, **Ley N° 26505 (Ley de Tierras)** que establece que

Para disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre las tierras comunales de la Sierra o Selva, se requerirá el Acuerdo de la Asamblea General con el voto conforme de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la Comunidad¹³³.

De otro lado, debe notarse que las normas existentes hasta el momento regulan la consulta de actos administrativos del gobierno nacional y de manera más general de los gobiernos regionales y locales. No obstante, no se aborda la consulta de los actos normativos del Congreso de la República. A nivel del Congreso de la República se han elaborado varias propuestas para adecuar el proceso de toma de decisiones en dicha institución cuando se trata de medidas legislativas que puedan afectar a los derechos de los pueblos indígenas, ninguna de las cuales ha sido aprobada al momento¹³⁴.

¹³² Esta tesis es acogida y asumida por el Tribunal Constitucional peruano en dos sentencias vinculantes. STC 3343-2007-PA, f.j. 30 y STC 00022-2009-PI, f.j. 5.

¹³³ Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, Ley N° 26505, artículo 11.

¹³⁴ La principal propuesta es la iniciativa Legislativa N° 1183/2011-CR relativa a la Resolución Legislativa que modifica el Reglamento del Congreso de la República y agrega como anexo el procedimiento legislativo de consulta previa a los pueblos indígenas sobre las medidas que les afecten. Un paso fundamental se dio en diciembre de 2014, cuando la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso aprobó el proyecto de resolución legislativa, el cual a la fecha está pendiente de aprobación por parte del Pleno del Congreso.

3. Marco jurisprudencial y protección constitucional de la consulta y del consentimiento

El desarrollo legislativo-reglamentario y el desarrollo jurisprudencial se presentan como procesos paralelos, no aislados. **El litigio constitucional ha sido y sigue siendo clave para destrabar procesos políticos, principalmente en momentos en que la discusión y el desarrollo normativo se paralizan o encuentran resistencias de parte de algunos actores.** De igual manera, los procesos políticos juegan un rol importante cuando las altas cortes presentan atisbos de retroceso, en cuyo caso la discusión en torno al derecho a la consulta es llevada al espacio político.

3.1 Bolivia

El extinto Tribunal Constitucional de Bolivia (TCB) realizó un análisis del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y concluyó que

(...) lo que la norma analizada impone es una obligación al Estado para consultar la existencia de afectación a los intereses de pueblos indígenas y tribales, atendiendo las particulares circunstancias sociológicas de éstos; y no que dicha consulta sea con carácter determinativo o definitivo para conseguir la aquiescencia de dichos pueblos, sin la cual no sea posible explotar los recursos del subsuelo que son propiedad del Estado¹³⁵.

En otras palabras, el Tribunal consideró que “(...) la norma analizada impone el deber de consultar cuál es el daño que pueden sufrir sus intereses, para que sea debida y equitativamente indemnizado”¹³⁶. Esta interpretación restrictiva del derecho a la consulta se vio reflejada en decisiones posteriores, siendo un ejemplo paradigmático la sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad contra la Ley Hidrocarburífera, en la cual el TCB señaló que considerar como objetivo el lograr el consentimiento de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios era una disposición inconstitucional¹³⁷.

¹³⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia N° 0045/2006 de 2 de junio de 2006, punto II.5.2.

¹³⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia N° 0045/2006 de 2 de junio de 2006, punto II.5.2.

¹³⁷ En concreto, indicó que: (...) respecto al carácter obligatorio de la consulta, dicho mandato puede tener dos acepciones, siendo la una constitucional y la otra no; así, la primera de ellas impone el deber ineludible para el estado de consultar a los pueblos indígenas sobre el perjuicio que pueden sufrir por la actividad hidrocarburífera, lo que es concordante con el mandato supralegal; empero, lo dispuesto por el art. 115 de la LH, dándole valor obligatorio al resultado de la consulta como una autorización, es una segunda comprensión de obligatoriedad, dirigida a otorgar autoridad a la consulta y valor vinculante para el Estado el consentimiento del pueblo indígena para desarrollar actividad hidrocarburífera, lo que excede la previsión del bloque de constitucionalidad,

El litigio constitucional sigue siendo clave para destrabar procesos políticos, principalmente en momentos en que la discusión y el desarrollo encuentran resistencias de parte de algunos actores

El TCPB ha definido la consulta como “un deber del Estado, tanto en el nivel central, como en las entidades territoriales autónomas, que debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas”

Esta posición es del todo distinta a la planteada por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (TCPB) más recientemente, el cual reconoce la existencia de supuestos en los que el consentimiento es obligatorio en todo proceso de consulta, a la luz del Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la jurisprudencia de la Corte IDH, entre otras fuentes. En particular, el TCPB ha indicado lo siguiente:

La consulta referida debe ser desarrollada con la finalidad de lograr un acuerdo con los pueblos o su consentimiento libre, previo e informado. Ahora bien, cabe aclarar que este consentimiento se constituye en una finalidad de la consulta, pero no un derecho en sí mismo, salvo en las dos situaciones previstas tanto en el Convenio 169 como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: 1. Traslados de las tierras que ocupan y su reubicación (arts. 16.2 del Convenio 169 y 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas); y, 2. Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (art. 29 de la Declaración).

A los dos supuestos anotados, debe añadirse un tercero, que fue establecido jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, en el que reconoció el derecho al consentimiento cuando “(...) cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones” (...)¹³⁸.

De modo general, **el TCPB ha definido la consulta como “un deber del Estado, tanto en el nivel central, como en las entidades territoriales autónomas, que debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas”¹³⁹**. Al mismo tiempo, ha reconocido que se trata

de un derecho fundamental de carácter colectivo inherente a los pueblos y naciones indígenas que está directamente vinculado con el derecho de los miembros de estos pueblos a la tierra, el territorio y los recursos naturales no

que como ya fue dicho, no tiene la intención de frenar la explotación de la riqueza del subsuelo que pertenece al Estado; por tanto, dicha obligatoriedad debe ser entendida en el sentido de que la consulta es un deber ineludible del Estado; por ello la frase que dispone: “o lograr el consentimiento de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios”, resulta inconstitucional, y así debe ser declarada”. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 0045/2006 de 2 de junio de 2006, punto II.5.4.

¹³⁸ Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia N° 2003/2010-R de 25 de octubre de 2010, punto III. 5.

¹³⁹ Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia N° 0300/2012 de 18 de junio de 2012, punto III.4.

renovables, sin que se pueda perder de contexto que también están involucrados los derechos a la integridad física y a la vida de los miembros de los pueblos indígenas¹⁴⁰.

El TCPB ha hecho suyas las garantías y características del derecho a la consulta siguiendo los estándares internacionales y los pronunciamientos de otros tribunales constitucionales, como la Corte Constitucional colombiana y el Tribunal Constitucional peruano. No obstante, el TCPB también ha hecho un trabajo interpretativo propio y ha identificado elementos constitutivos comprensivos del derecho a la consulta.

Una de las decisiones criticables del Tribunal es la recaída en el caso de inconstitucionalidad abstracta planteada contra las leyes emitidas en torno a un proyecto carretero que afectaría al Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS). En efecto, a través de diversos actos legislativos y administrativos, el Estado Plurinacional de Bolivia autorizó la construcción de una carretera, denominada “Villa Tunari - San Ignacio de Mojos”, cuyo tramo central (tramo II) atravesaría el TIPNIS, territorio ancestral de los pueblos indígenas Mojeño Trinitario, Yuracaré y T’simane. Tras varias marchas para establecer un diálogo con el Gobierno nacional, se logró la aprobación de la **Ley 180 de Protección del TIPNIS**, promulgada el 24 de octubre de 2011, por la cual se suspende la construcción de la carretera y se declara intangible ese territorio indígena. No obstante, algunos meses después fue promulgada la **Ley 222, Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas del TIPNIS** del 10 de febrero de 2012, mediante la cual se convocó a una consulta *ad hoc* y posterior a la aprobación del proyecto. Fueron sometidos dos recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 180 de 2011 y la Ley 222 de 2012, resueltos por el Tribunal Constitucional Plurinacional el 18 de junio de 2012. En su fallo, el TCPB declara improcedente la acción de inconstitucionalidad abstracta sobre la Ley 180, de protección del TIPNIS, y establece la constitucionalidad de la Ley 222 en cuanto a la convocatoria misma de la consulta. Igualmente, declara la “constitucionalidad condicionada” de la Ley 222 en lo referido al ámbito de aplicación, el procedimiento y protocolo de la consulta así como los participantes y tiempos, sujeta a la “concertación” con los pueblos indígenas del TIPNIS a ser consultados¹⁴¹.

¹⁴⁰ Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia N° 0300/2012 de 18 de junio de 2012, punto III.5.2.

¹⁴¹ Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia N° 0300/2012 de 18 de junio de 2012. Véase, asimismo, FIDH y APDHB. (2013) *Bolivia: informe de verificación de la consulta realizada en el territorio indígena Parque Nacional Isiboro-Sécore*. Abril, 609e. Disponible en <https://www.fidh.org/IMG/pdf/bolivia609esp2013.pdf>

Las cortes superiores de Brasil no poseen un número significativo de decisiones fijando el contenido de la obligación de realizar consulta previa

3.2 Brasil

Las cortes superiores de Brasil no poseen un número significativo de decisiones fijando el contenido de la obligación de realizar consulta previa. En el ámbito de la jurisdicción federal se encuentran algunas decisiones de primera y segunda instancias ordenando la suspensión de megaproyectos no consultados¹⁴². Pese a lo anterior, **la tendencia vigente en el Superior Tribunal de Justicia y el Supremo Tribunal Federal (STF) ha sido levantar tales medidas cautelares**, derivando el debate sobre la afectación al derecho a la consulta al mérito del asunto. Organizaciones de la sociedad civil han denunciado ante diferentes foros internacionales que dicha posición se ha basado en un mecanismo previsto en la **Ley 4.348 de junio de 1964** denominado “suspensión de seguridad” (*suspensão de segurança*). Por medio de dicho mecanismo, **la Abogacía General de la Unión y el Ministerio de Minas y Energía vienen solicitando sistemáticamente que las medidas cautelares concedidas en primera instancia en favor de poblaciones afectadas por mega proyectos**, sobre todo hidroeléctricos, **sean levantadas por instancias judiciales superiores**¹⁴³.

Hasta la fecha de publicación del presente informe, no existía un pronunciamiento de fondo por parte del máximo tribunal constitucional de Brasil (STF) sobre el derecho de las comunidades indígenas y tradicionales a ser consultadas previo a decisiones que les afectan. En efecto, las sentencias más relevantes del STF sobre la materia han sido de levantamiento de órdenes cautelares de suspensión de proyectos emitidas por jueces de primera y segunda instancias, bajo el mecanismo de suspensión de seguridad¹⁴⁴. Con relación a la demarcación de los territorios indígenas, es importante mencionar la sentencia del STF de abril de 2009, relacionada con el Territorio *Raposa Serra do Sol* en el Estado de Roraima, reclamado por los pueblos Ingarikó, Taurepang, Patamona, Wapixana y Macuxi. Aunque la decisión fue favorable a los accionantes, el STF fijó 19 condicionantes para la determinación del “usufructo indígena”, entre las cuales se destacan las siguientes:

¹⁴² Véase, por ejemplo, Caso UHE Belo Monte. Tribunal Regional Federal da 1a. Região. Seção Judiciária do Pará. Ação Civil Pública – Ausência de Consultas Indígenas. Expedientes 2006.39.03.000711-8 y 709-88.2006.4.01.3903. Véase, asimismo, Caso Pólo da Indústria Naval do Amazonas, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Seção Judiciária do Amazonas. Processo N° 0006962-86.2014.4.01.3200. Dicha demanda tiene que ver con el pedido de nulidad del Decreto Nro. 32.875, de 10 de octubre de 2012 del Estado de Amazonas, que declaró de utilidad pública ciertas áreas con el fin de implementar el polo industrial naval de Amazonas. Según la acción promovida por el Ministerio Público Federal, en el área abarcada por el Decreto, viven comunidades tradicionales ribeirinhas (Comunidades Puraquequara, Bela Vista, Colônia Antônio Aleixo, São Francisco do Mainã y Jatuarana).

¹⁴³ Véase, por ejemplo, Justiça Global, 11 de março de 2014. *Brasil é denunciado na ONU por violação dos direitos indígenas e uso da Suspensão de Segurança*. Disponible en <http://global.org.br/arquivo/noticias/brasil-e-denunciado-na-onu-por-violacao-dos-direitos-indigenas-e-uso-da-suspensao-de-seguranca/> Véase, también, Justiça Global, 11 de março de 2014. *Estado brasileiro é criticado na OEA por ainda usar lei de exceção da ditadura militar*. Disponible en <http://global.org.br/programas/estado-brasileiro-e-criticado-na-oea-por-ainda-usar-lei-de-excecao-da-ditadura-militar/>

¹⁴⁴ En el 2006 el STF suspendió la decisión colegiada del Tribunal Regional Federal de la Primera Región que determinaba la consulta a los pueblos indígenas afectados por la construcción del complejo hidroeléctrico de Belo Monte, en el Estado de Pará.

1 – El usufructo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos existentes en tierras indígenas puede ser relativizado siempre que haya como dispone el artículo 231 (párrafo 6º de la Constitución Federal) el relevante interés público de la Unión en la forma de Ley Complementaria; 2 – El usufructo de los indígenas no abarca el aprovechamiento de recursos hídricos y potenciales energéticos, que dependerá siempre de la autorización del Congreso Nacional; 5 – El usufructo de los indígenas no se sobrepone al interés de la Política de Defensa Nacional. La instalación de bases, unidades y puestos militares y otras intervenciones militares, la expansión estratégica de las vías de transporte, la exploración de alternativas energéticas de cuño estratégico y la protección de riquezas de cuño estratégico a criterio de los órganos competentes (el Ministerio de Defensa, el Consejo de Defensa Nacional) serán implementados con **independencia de la consulta a comunidades indígenas involucradas** y a la FUNAI; 6 – La actuación de las Fuerzas Armadas de la Policía Federal en área indígena, en el ámbito de sus atribuciones, queda garantizada y se dará **independiente de la consulta a comunidades indígenas involucradas** y a la FUNAI; 7 – El usufructo de los indígenas no impide la instalación por la Unión Federal de equipos públicos, redes de comunicación, carreteras y vías de transporte, además de construcciones necesarias a la prestación de servicios públicos por la Unión, particularmente de salud y educación¹⁴⁵.

Tales condicionantes se oponen claramente a los estándares internacionales sobre los derechos territoriales indígenas subrayados en el punto 3 de la primera parte del presente informe. El 16 de julio de 2012 la Abogacía General de la Unión publicó una resolución administrativa (**Portaria Nº 303**) sugiriendo que esas condicionantes son aplicables a todos los territorios indígenas en Brasil. Ante la repercusión negativa para varias organizaciones indígenas, la AGU decidió suspenderla hasta que el STF se pronunciara sobre un recurso de aclaración (*embargos declaratórios*) presentado por la Procuraduría General de la República en torno a la sentencia del caso del Territorio *Raposa Serra do Sol*. El 4 de febrero de 2014 el STF resolvió el recurso, señalando que las 19 condicionantes se aplican solamente al caso juzgado, sin que tenga efecto con relación a otros territorios indígenas. Pese a lo anterior, el 7 de febrero de 2014 la AGU publicó la **Portaria Nº 27/2014**, la cual mantiene la vigencia de la Portaria 303. **Dicha decisión fue ampliamente criticada por organizaciones indígenas y provocó una ruptura en el diálogo con el gobierno federal** que venía desarrollándose en el marco del Grupo Interdisciplinario de Trabajo para la reglamentación de la consulta previa¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Cf. Supremo Tribunal Federal (STF). Petição 3.388 Roraima. Relator: CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 03/04/2009, Data de Publicação: DJe-071 DIVULG 16/04/2009 PUBLIC 17/04/2009). Petição 3.388-4 Roraima. Referência à consulta prévia e Conv. 169 da OIT. Voto-Vista Min. Marco Aurelio, pp. 62, 63, 66.

¹⁴⁶ Sobre las críticas del movimiento indígena y de organizaciones indigenistas a la Portaria Nº 303, véase <http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&action=read&cid=7377>

Otro punto polémico en las decisiones del STF tiene que ver con el marco temporal objetivo de la ocupación de pueblos indígenas a los fines de su demarcación. Al decidir una acción relacionada con la validez del proceso administrativo de demarcación de las tierras del pueblo Guarani Kaiowá (Tierra Indígena Guyraroka en el Estado de Mato Grosso do Sul), la Segunda Sala (*Segunda Câmara*) ratificó la posición que “definió como marco temporal ineludible, el día 05/10/1988, fecha de promulgación de la vigente Constitución de la República”¹⁴⁷. Dicha interpretación desconoce no sólo los estándares internacionales sobre los derechos territoriales indígenas, sino el hecho de que los Guarani Kaiowá fueron desplazados forzosamente de sus tierras ancestrales durante la dictadura militar que rigió en Brasil entre 1964 y 1985. Lo anterior ha sido registrado en el Informe Final de la Comisión Nacional de la Verdad, publicado el 10 de diciembre de 2014¹⁴⁸.

En el ámbito del Superior Tribunal de Justicia (STJ), merece mención una decisión en torno a una acción colectiva (*ação civil pública*) en que el Ministerio Público Federal solicitó una medida cautelar para suspender el licenciamiento ambiental de la planta hidroeléctrica São Luiz do Tapajós. En su decisión, el STJ subrayó que

El Convenio 169 es explícito al determinar, en su artículo 6º, que los pueblos indígenas y tribales interesados deberán ser consultados “siempre que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente.” Sin embargo, **la realización de meros estudios preliminares, relacionados solamente con la viabilidad de la implementación de la UHE [planta hidroeléctrica] de São Luiz do Tapajós/PA, no posee la entidad de afectar directamente las comunidades indígenas involucradas.** Diferentemente, lo que no se vislumbra como posible es dar inicio a la ejecución del emprendimiento sin que las comunidades involucradas se manifiesten y hagan parte del proceso participativo de toma de decisión¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.087 DF, 16 de setembro de 2014. Extracto de Acta: pp. 71-73.

¹⁴⁸ Comissão Nacional da Verdade. (2014). Violações de Direitos Humanos dos Povos Indígenas. Expulsão, Remoção e Intrusão de Territórios Indígenas. Relatório. Vol. II. Texto 5, pp. 208-217. Disponible en http://www.cnv.gov.br/images/relatorio_final/Relatorio_Final_CNV_Volume_II.pdf

¹⁴⁹ Superior Tribunal de Justiça (STJ). Agravo Regimental na SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA N. 1.745 - PARÁ (2013/0107879-0). Decisión de 19 de junio de 2013. Traducción libre. Texto original: “A Convenção 169 da OIT é expressa em determinar, em seu art. 6º., que os povos indígenas e tribais interessados deverão ser consultados “sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente”. Contudo, a realização de meros estudos preliminares, atinentes tão-somente à viabilidade da implantação da UHE São Luiz do Tapajós/PA, não possui o condão de afetar diretamente as comunidades indígenas envolvidas. Diferentemente, o que não se mostra possível é dar início à execução do empreendimento sem que as comunidades envolvidas se manifestem e componham o processo participativo de tomada de decisão”.

Nuevamente, dicha interpretación es sumamente restrictiva con relación al momento de realización de la consulta previa. Tal como se explicará más adelante, la decisión del gobierno federal de llevar a cabo el proyecto hidroeléctrico de São Luiz do Tapajós ha sido objetada por los pueblos indígenas que habitan la zona de impacto, quienes han demandado sistemáticamente el derecho a ser consultados.

3.3 Chile

Dados los cuestionamientos de forma y de fondo de la reglamentación de la consulta en Chile, muchos pueblos indígenas han recurrido a los tribunales de justicia, desarrollándose por parte de las cortes superiores una rica, pero oscilante jurisprudencia. La mayoría de los casos llevados ante instancias judiciales por la vía de la acción constitucional de protección¹⁵⁰ han tenido relación con la impugnación de Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA), medida administrativa que en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) autoriza la materialización de proyectos de inversión. Estas medidas en cuanto son susceptibles de afectar a pueblos indígenas, deberían ser sometidas a un proceso de consulta previa, de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169.

En un primer momento no existió mucha receptividad de parte de los Tribunales Superiores respecto a la necesidad de implementar procesos de consulta frente a medidas administrativas que afectaran a los pueblos indígenas. Con el transcurso del tiempo, fue generándose una mayor recepción, lo que se vio manifestado en diversas sentencias tanto de las Cortes de Apelaciones, como de la Corte Suprema¹⁵¹. Cabe destacar que la Corte Suprema se pronunció sobre la especificidad cultural de la consulta indígena en el **caso del Plan Regulador de San Pedro de Atacama**, en el cual afirma:

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

¹⁵⁰ La acción constitucional de protección o recurso de protección, contemplada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, es una acción de amparo de algunas de las garantías constitucionales previstas en el artículo 19 de la Constitución.

¹⁵¹ Destacan las siguientes decisiones: Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 349/2011, Asociación Indígena Tragun Mapu Maile Allipén con Comisión Regional del Medio Ambiente Región Araucanía. Temuco 20 de enero de 2012; Corte Suprema, Causa Rol 6062/2010, autos Faumelisa Manquepillan contra Comisión Medio Ambiente, 04 de enero de 2011 (Caso Lanco); Corte Suprema, Causa Rol 258/2011, autos Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños con Comisión Regional del Medio Ambiente Región Antofagasta, Santiago 13 de julio de 2011 (Caso Plan Regulador San Pedro de Atacama); Corte Suprema, Causa Rol 10.090/2011, autos Comunidad Indígena Antu Lafquen de Huentetique con Comisión Regional del Medio Ambiente Región Los Lagos, 22 de marzo de 2012 (Caso Parque Eólico Chiloé); Corte Suprema, Causa Rol 11.040/2011, autos Marcelo Condore y otros con Comisión Regional del Medio Ambiente Región Tarapacá, 30 de marzo de 2012 (Caso Paguanta).

Dados los cuestionamientos de forma y de fondo de la reglamentación de la consulta en Chile, muchos pueblos indígenas han recurrido a los tribunales de justicia

los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible. De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados¹⁵².

En el mismo fallo, sostiene que la mera entrega de información, como son las reuniones de socialización que contempla la Ley General de Urbanismo no constituye consulta para el caso de aprobación del Plan Regulador de San Pedro de Atacama, pues los afectados no pueden influir en la toma de las decisiones que les afecta¹⁵³. La implementación de esta y otras decisiones no ha sido satisfactoria, entre otros motivos porque la autoridad ambiental ha excluido de la consulta a las comunidades recurrentes¹⁵⁴.

Es preocupante advertir que, en fallos recientes, la Corte Suprema ha determinado que la ilegalidad por falta de consulta de la RCA que provee autorización ambiental a un proyecto sometido al **Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)** es de competencia de los Tribunales Ambientales y no debe ser materia de recurso de protección constitucional. En particular, ha sostenido que

(...) si los reclamantes han pedido que esta Corte invalide una resolución de calificación ambiental dictada por la autoridad técnica competente aduciendo que adolece de vicios de legalidad en su otorgamiento, tal pretensión, por sus características, debe ser resuelta en sede de la nueva institucionalidad¹⁵⁵.

La Corte Suprema consideró que tal solicitud atañe a los Tribunales Ambientales, “llamados a conocer de las controversias medioambientales sometidas a su competencia, dentro de las cuales se encuentra -por cierto- la solicitud de invalidación de una

¹⁵² Corte Suprema. Causa Rol 258/2011, autos Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños con Comisión Regional del Medio Ambiente Región Antofagasta, Santiago 13 de julio de 2011, considerando 5°.

¹⁵³ Corte Suprema. Causa Rol 258/2011, autos Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños con Comisión Regional del Medio Ambiente Región Antofagasta, Santiago 13 de julio de 2011, considerando 8°.

¹⁵⁴ Un caso paradigmático a este respecto es el caso Paguanta, resuelto por la Corte Suprema en Causa Rol 11.040/2011, autos Marcelo Condore y otros con Comisión Regional del Medio Ambiente Región Tarapacá, el 30 de marzo de 2012. En diciembre de 2013, la autoridad convocó al proceso de consulta exigido por el máximo tribunal de la República. Sin embargo, se convocó exclusivamente a la comunidad de Cultane, aplicando un criterio extremadamente estrecho para determinar las comunidades susceptibles de afectación e ignorando a varias de las que habían recurrido. La Comisión de Evaluación Ambiental de la región de Tarapacá el 27 de marzo de 2014, rechazó el EIA presentado por la empresa minera Paguanta S.A. por incumplimiento al deber de consulta, revirtiendo la decisión del Director del SEA. La empresa apeló ante la Comisión de Ministros la que acogió el recurso formulado y dio luz verde al proyecto, sin consulta a las comunidades afectadas.

¹⁵⁵ Corte Suprema, Rol 17120-2013, considerando 5°.

resolución de calificación ambiental”. Cabe recordar que con fecha 25 de noviembre de 2013 la Corte de Apelaciones de Arica falló unánimemente, anulando la RCA que aprobó el proyecto Los Pumas, una vez que acogió el recurso de protección presentado por organizaciones indígena y organizaciones de usuarios de aguas en contra del SEA y de la Comisión de Evaluación Ambiental¹⁵⁶.

3.4 Colombia

Existe un gran consenso en cuanto al papel clave de la Corte Constitucional para hacer efectivo el derecho a la consulta previa en Colombia¹⁵⁷. Su jurisprudencia sobre la materia inició hacia mediados de los años noventa del siglo XX, frente a la aprobación de medidas que afectaban directamente a los pueblos indígenas. La Corte Constitucional ha emitido cerca de 77 sentencias sobre el derecho a la consulta aplicado en ámbitos muy diversos, creando la convicción entre distintos actores sociales –incluyendo entidades estatales y privadas– sobre la obligatoriedad del deber de la consulta. **Su rol ha sido particularmente relevante en un escenario de ausencia de legislación específica sobre la materia, con lo cual lo que no hizo el legislador o lo hizo de modo deficiente, fue hecho por la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia.**

La Corte Constitucional de Colombia ha entendido que el derecho a la consulta es una garantía para tutelar los derechos de los pueblos indígenas, y para garantizar que tales pueblos puedan adoptar decisiones autónomas sobre su destino, sus prioridades sociales, económicas y culturales¹⁵⁸. Desde la **SU-039 de 1997**, la Corte Constitucional ha sostenido que **la consulta concreta mandatos constitucionales, como el principio de participación de grupos particularmente vulnerables, la diversidad cultural y los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del derecho internacional de los derechos humanos**, frente a los pueblos étnica o culturalmente diversos¹⁵⁹. Asimismo, ha señalado que

(...) la consulta previa no es una garantía aislada que se agote en el mínimo previsto por el artículo 330 de la Constitución Política, sino un derecho

¹⁵⁶ Corte de Apelaciones de Arica, Rol 182-2013.

¹⁵⁷ Con relación al reconocimiento del aporte de la Corte Constitucional, véase, *inter alia*, CEACR. Informe general y observaciones acerca de ciertos países. Conferencia Internacional del Trabajo, 83° reunión, 1996. Oficina Internacional del Trabajo: Ginebra, pp. 431-431. Igualmente, Naciones Unidas. Consejo Económico y Social Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Adición. Misión a Colombia. Doc. E/CN.4/2005/88/Add.2, 10 de noviembre de 2004, párr. 18. CIDH. “Verdad, justicia y reparación” Cuarto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 49/13, 31 de diciembre de 2013, párr. 839.

¹⁵⁸ En ese sentido, la Corte Constitucional señaló que: “4. En ese marco, la consulta previa no debe considerarse como una garantía aislada. Constituye el punto de partida y encuentro de todos los derechos de los pueblos indígenas, en tanto condición de eficacia de su derecho a adoptar decisiones autónomas sobre su destino, sus prioridades sociales, económicas y culturales”. Corte Constitucional. Sentencia T-376-12.

¹⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997.

*Existe un gran
consenso en cuanto
al papel clave de la
Corte Constitucional
para hacer efectivo
el derecho a la
consulta previa en
Colombia*

La Corte Constitucional Colombiana ha establecido que la consulta procede frente a medidas de cualquier índole, incluyendo normas, programas, proyectos o políticas públicas que afecten directamente a las comunidades originarias

fundamental de los pueblos indígenas, normativamente complejo (es decir, compuesto por diversas facetas jurídicas), con consecuencias de la mayor relevancia para la preservación de las culturas ancestrales, en tanto manifestación de los principios y derechos de participación y autodeterminación y medio imprescindible para articular a las comunidades indígenas a la discusión, diseño e implementación de medidas que les atañen y evitar así que sus prioridades sean invisibilizadas por el grupo social mayoritario¹⁶⁰.

Como indica la Corte Constitucional, este nexo entre el derecho a la consulta y los demás derechos de los pueblos indígenas, como el derecho a la participación y a la integridad étnica, cultural, social y económica, le confiere un sentido de derecho fundamental al procedimiento consultivo en sí mismo¹⁶¹.

La Corte Constitucional Colombiana ha establecido que la consulta procede frente a medidas de cualquier índole, incluyendo normas, programas, proyectos o políticas públicas que *afecten directamente* a las comunidades originarias. El citado Tribunal ha establecido reglas específicas que deben seguirse en todo proceso de consulta¹⁶² y ha declarado inexecutable medidas legislativas y administrativas emitidas en violación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

Entre las medidas legislativas declaradas inexecutable por la Corte se encuentra la **Ley Forestal (Ley 1021 de 2006)**¹⁶³; la **Ley 1152 de 2007** por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, INCODER, y se dictan otras disposiciones¹⁶⁴; la **Ley 1382 de 2010** por la cual se modifica la Ley 685 de 2011 **Código de Minas**¹⁶⁵; y la **Ley 1518 de 2012** que aprueba el Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales¹⁶⁶. En lo que se refiere a medidas administrativas, **la Corte Constitucional ha señalado que licencias ambientales**¹⁶⁷, **contratos de concesión y concesiones mineras**¹⁶⁸, **programas de erradicación de cultivos ilícitos**¹⁶⁹, **así como presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional**¹⁷⁰, **y decisiones sobre la prestación**

¹⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-376-12.

¹⁶¹ Estrada, A. (2014). Aspectos fundamentales de la regulación constitucional de los pueblos indígenas en Colombia. En Bazán, V. y Nash, C. (Ed), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. N° 4. Pluralismo Jurídico, p. 48. En este sentido, el autor cita las siguientes sentencias T-652 de 1998, C-169 de 2001, C-891 de 2002, C-620 de 2003 y C-208 de 2007.

¹⁶² Véase, *inter alia*, Corte Constitucional. Sentencia T-376-12, párr. 11. Sentencia T-376-12, párr. 12.

¹⁶³ Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2008.

¹⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-175 de 2009.

¹⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-366 de 2011 y Sentencia C-367 de 2011.

¹⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-1051 de 2012.

¹⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia U-039 de 1997 y Sentencia T-652 de 1998.

¹⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-769 de 2009, Sentencia T-547 de 2010, Sentencia T-745 de 2010, Sentencia T-1054^a de 2010, Sentencia T-129 de 2011 y Sentencia T-693 de 2011.

¹⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia U-383 de 2003.

¹⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-461 de 2008.

del servicio de educación¹⁷¹, deben ser sometidas a un proceso de consulta previa, libre e informada con los pueblos indígenas en tanto puedan afectarles, por lo que las ha declarado inaplicables o ha suspendido sus efectos cuando no lo habían sido. En el caso de actos reformativos de la Constitución, la Corte Constitucional declaró inexecutable el inciso 8 del artículo 2 del **Acto Legislativo N° 01 de 2009** “por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia” por haberse comprobado la violación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas¹⁷². Destaca que en dicho caso, el Convenio 169 de la OIT se impuso como parámetro de control al trámite de reformas constitucionales¹⁷³.

Asimismo, en las sentencias **T-769 de 2009**, **T-129 de 2011** y **T-376 de 2012**, la Corte Constitucional consideró que **frente a una afectación especialmente intensa al territorio colectivo de los pueblos indígenas, el deber de asegurar la participación de los pueblos no se agota en la consulta, sino que es preciso la obtención del consentimiento libre, informado y expreso como condición de procedencia de la medida**. Igualmente, ha identificado supuestos de consentimiento abordados explícitamente en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁷⁴.

Dado el rol fundamental que ha cumplido la Corte Constitucional de Colombia, es preocupante observar decisiones regresivas emitidas recientemente. Entre otras, se encuentra la Sentencia **C-317 de 2012** en que la Corte señaló que el Acto Legislativo 05 de 2011 que constituye el Sistema General de Regalías, por su carácter general y su mandato expreso de desarrollo legal del régimen de regalías, no contiene una medida susceptible de afectar “directa, específica y particularmente” a los grupos étnicos; condiciones que según advirtieron no son exigidas por el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, ni la jurisprudencia constitucional¹⁷⁵.

Puede mencionarse, además, la sentencia **C-253 de 2013**, en la cual la Corte Constitucional evaluó la constitucionalidad de la expresión “comunidades negras” utilizada en diversas normas referidas al pueblo afrocolombiano, tales como **la Ley 70 de 1993**, **la Ley 649 de 2001** y **el Decreto 2374 de 1993**. La Corte concluyó que la expresión era constitucional, entre otros motivos, por considerar que para el momento de la emisión de tales normas no había sido emitida la sentencia C-030 de 2008, mediante la cual se consolidan y desarrollan las reglas sobre el procedimiento de la consulta previa

Dado el rol fundamental que ha cumplido la Corte Constitucional de Colombia, es preocupante observar decisiones regresivas emitidas recientemente

¹⁷¹ Corte Constitucional. Sentencia T-116 de 2011.

¹⁷² Corte Constitucional. Sentencia C-702 de 2010.

¹⁷³ Corte Constitucional. Sentencia T-693 de 2011, punto 4.4.1.4.

¹⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-376 de 2012, II, consideraciones y fundamentos, párr. 8.

¹⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-317 de 2012.

En diversas sentencias de amparo y de inconstitucionalidad la Corte de Constitucionalidad guatemalteca se ha referido a derechos de los pueblos indígenas

para medidas legislativas que afectan directamente a los grupos étnicos¹⁷⁶. De este modo, a pesar de que el Convenio 169 de la OIT se encuentra vigente para Colombia desde el año 1991, la Corte Constitucional estableció que sólo es exigible el derecho a la consulta respecto de leyes emitidas desde el mes de enero de 2008, fecha de emisión de la sentencia C-030, decisión que recibió serias críticas de las organizaciones indígenas y afrocolombianas, así como de la sociedad civil¹⁷⁷.

Otra dificultad se relaciona con el escaso cumplimiento que presentan las sentencias de la Corte Constitucional. Como advierte la experta en el tema, Gloria Amparo Rodríguez:

Todos partimos de la convicción de que las sentencias de la Corte Constitucional son de obligatorio cumplimiento. Pero son otras las realidades: si bien los involucrados aceptan las decisiones judiciales, en la práctica las rehúyen. La sentencia solo funciona como un documento que requiere una segunda lucha legal, pues sus ejecutores se enfrentan con todo tipo de obstáculos e intereses económicos, políticos, internacionales y militares que impiden su materialización¹⁷⁸.

3.5 Guatemala

En diversas sentencias de amparo y de inconstitucionalidad la Corte de Constitucionalidad guatemalteca se ha referido a derechos de los pueblos indígenas, como la legitimidad activa de las instituciones indígenas y el reconocimiento de las mismas, el derecho a la identidad cultural, el derecho a la comunicación indígena, el

¹⁷⁶ En particular, la Corte afirmó que “(...) [R]esulta desproporcionado e irrazonable, el que un procedimiento no contemplado en el ordenamiento jurídico como la consulta previa, pueda ser exigible para medidas legislativas posteriores al establecimiento de reglas procedimentales en esta materia por vía jurisprudencial y de interpretación del Convenio 169 de la OIT. Lo anterior supone la imposibilidad de juzgar o reprochar las actuaciones del Congreso con base en un parámetro de control de constitucionalidad, fundamentado en reglas inexistentes en el momento de tramitar una ley o acto legislativo. Sin embargo, consolidado el precedente en el 2008 el Legislador ciertamente no puede ignorar la existencia de este parámetro de control de constitucionalidad de las leyes y debe ir más allá incorporándolo en la Ley orgánica del Congreso o a través de una ley estatutaria. En consecuencia y por las razones aludidas, la Corte adopta una línea jurisprudencial en materia de exigibilidad de la consulta previa, respecto de medidas legislativas o administrativas anteriores a la sentencia C-030 de 2008. En adelante, este parámetro de control de constitucionalidad, se aplicará exclusivamente a aquellas leyes y medidas tramitadas con posterioridad a la citada sentencia”. Sentencia C-253 de 2013, considerando 6.4.8.

¹⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-253 de 2013. Al respecto, véase, ONIC. (2013, octubre). Comunicado de las Organizaciones Indígenas y Afrocolombianas a la Opinión Pública por la Regresividad de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Protección de Derechos de los Pueblos Étnicos. Disponible en <http://cms.onic.org.co/2013/10/organizaciones-indigenas-afrocolombianas-y-rom-se-pronuncian-ante-regresividad-de-jurisprudencia-de-la-corte-constitucional-en-proteccion-de-derechos-de-los-grupos-etnicos/>; y Baquero, C. A. (2013, 28 de octubre). Amnesia constitucional. *Observatorio de Justicia Ambiental*. Disponible en <http://ojambiental.org/2013/10/28/amnesia-constitucional/>

¹⁷⁸ Rodríguez, G. A. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: GIZ/Universidad del Rosario.

derecho consuetudinario indígena, el derecho al territorio y el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, entre otros. Existen ciertos avances en el reconocimiento y garantía de tales derechos en la jurisprudencia constitucional, no obstante, también se identifica una serie de retos e inconsistencias que la Corte de Constitucionalidad deberá aclarar en futura jurisprudencia.

Uno de los pronunciamientos más relevantes es aquel en que la Corte de Constitucionalidad afirmó que las normas contenidas en el Convenio 169 de la OIT no contradicen la Constitución, sino, por el contrario, complementan aquellas disposiciones referidas a los pueblos indígenas. En la Opinión Consultiva de 1995 sobre la Constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT, la Corte señaló que

en el Convenio 169 de la [OIT] no existen disposiciones que puedan considerarse incompatibles con el texto constitucional, pues interpretadas dichas normas dentro del marco general de flexibilidad con que fue concebido, el citado Convenio sólo puede producir las consecuencias favorables que se previeron para promover el respeto a la cultura, la religión, la organización social y económica y la identidad de los pueblos indígenas de Guatemala así como la participación de ellos en el proceso de planificación, discusión y toma de decisiones sobre los asuntos propios de su comunidad¹⁷⁹.

Es un hito en la jurisprudencia de la Corte la sentencia de amparo recaída en el expediente N° 3878-2007 de 2009, relativo a las comunidades de San Juan Sacatepéquez afectadas por un proyecto minero no consultado. En dicho fallo, la Corte de Constitucionalidad identificó las fuentes que reconocen el derecho a la consulta previa, libre e informada¹⁸⁰, y desarrolló su contenido a luz de tales fuentes. **Destaca que la Corte haya reconocido que tales fuentes formen parte del bloque de constitucionalidad aplicable a los pueblos indígenas¹⁸¹ y que haya utilizado en su sentencia la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁸².** En la misma sentencia, la Corte de Constitucionalidad afirmó que la consulta es “un derecho fundamental de carácter colectivo”¹⁸³, y que “la carencia de legislación ordinaria *ad hoc* [sobre el derecho a la consulta] no puede significar la nulidad del derecho que asiste a las poblaciones indígenas, que debe ser respetado por el Estado”¹⁸⁴.

¹⁷⁹ Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 199-95. Opinión Consultiva de 18 de mayo de 1995, conclusión.

¹⁸⁰ Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 3878-2007 de 2009. Sentencia de 21 de diciembre de 2009, considerando IV.

¹⁸¹ Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 3878-2007 de 2009. Sentencia de 21 de diciembre de 2009, considerando IV, punto d.

¹⁸² Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009, considerando IV, punto d.

¹⁸³ Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009, considerando V.

¹⁸⁴ Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009, considerando IV, último párrafo.

La Corte haya reconocido que tales fuentes formen parte del bloque de constitucionalidad aplicable a los pueblos indígenas y que haya utilizado en su sentencia la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Corte de Constitucionalidad guatemalteca ha exhortado al Congreso de la República a implementar las necesarias disposiciones internas sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada

Cabe notar que, en reiteradas ocasiones, **la Corte de Constitucionalidad guatemalteca ha exhortado al Congreso de la República a implementar las necesarias disposiciones internas sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada y adecuar las disposiciones del Código Municipal y la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural en el mismo sentido**¹⁸⁵. En el caso de la sentencia del expediente N° 1072-2011, la Corte de Constitucionalidad exhortó al Presidente de la República a garantizar que los pueblos participen en la regulación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas. En esta sentencia indicó que

siendo que el derecho de consulta es uno de los derechos que le asiste a los pueblos indígenas, es claro que el desarrollo de la regulación normativa de tal derecho, sea por vía legislativa o por vía reglamentaria, debe realizarse por el Gobierno del Estado de Guatemala con la participación coordinada, sistemática y armónica, con los integrantes de dichos pueblos, pues no es concebible que el derecho de consulta que persigue concretizar los derechos de los pueblos indígenas, sea regulado sin la amplia participación de los mismos¹⁸⁶.

Junto con pronunciamientos positivos, se encuentran también algunos aspectos cuestionables. Uno de ellos es que la Corte de Constitucionalidad no ha recogido los supuestos establecidos por el derecho internacional, según los cuales los Estados deben obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas para poder tomar una decisión o autorizar algún proyecto¹⁸⁷. **Preocupa, sobre todo, que la Corte de Constitucionalidad afirme que el resultado de un proceso de consulta no tenga efecto vinculante en ningún supuesto, para la toma de decisiones del Estado**¹⁸⁸, y que los procesos de consulta deban darse en el marco de la **Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural de 2002**¹⁸⁹. Dicha Ley no fue consultada con los pueblos indígenas ni recoge los sistemas propios de toma de decisiones de los pueblos indígenas, mucho menos representa un mecanismo que los pueblos indígenas de Guatemala hayan decidido como legítimo para los procesos de consulta.

¹⁸⁵ Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 3878-2007 de 2009. Sentencia de 21 de diciembre de 2009; Exp. N° 1179-2005. Sentencia de 8 de mayo de 2007; Exp. N° 4419-2011. Sentencia de 5 de febrero de 2013, Exp. N° 2376-2007. Sentencia de 9 de abril de 2008; y Exp. N° 1008-2012. Sentencia de 28 de febrero de 2013.

¹⁸⁶ Corte de Constitucionalidad. Exp. N°1072-2011. Sentencia de 24 de noviembre de 2011, considerando IV.

¹⁸⁷ Véase, CIDH. *Informe Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, 30 diciembre 2009, IX. Derechos a la consulta y participación. C. El deber limitado de obtener el consentimiento previo e informado, p. 125.

¹⁸⁸ Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009, considerando V, punto f y considerando VII.

¹⁸⁹ Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009, conclusión.

Asimismo, **la Corte ha limitado el alcance del derecho a la consulta y, en esencia, ha considerado que si bien a los pueblos indígenas les asiste este derecho, los resultados de la misma no son vinculantes para el Estado**, y deben servir para la consecución de acuerdos que permitan garantizar los derechos de los pueblos indígenas. Asimismo, ha afirmado que “(...) éste no equivale a una prerrogativa de veto sobre las acciones realizadas dentro de la esfera legal de atribuciones que compete a los organismos gubernamentales –incluidos aquellos responsables de la autorización y supervisión de los proyectos de exploración y explotación mineras”¹⁹⁰.

Otro aspecto criticable de la jurisprudencia constitucional guatemalteca es que ha considerado que

(...) el proceso de consulta mediante la emisión del sufragio, constituye un método de participación idóneo para recoger las opiniones de las comunidades consultadas, siendo necesario que en su desarrollo se observen los principios electorales reconocidos para garantizar la fidelidad de los resultados que se obtengan¹⁹¹.

Igualmente, ha planteado la posibilidad de hacer consultas en virtud del artículo 63 (consulta a los vecinos) del Código Municipal con las limitaciones de competencia del mismo¹⁹². Estas afirmaciones parecen contradictorias con lo sostenido por la propia Corte de Constitucionalidad en cuanto a que los procesos de consulta no se reducen a un tema de simple información u opinión¹⁹³ ni a los procesos regulados en el Código Municipal¹⁹⁴.

De otro lado, en la **sentencia del expediente N° 1008-2012 de 2013**, se planteó la invalidez de la Ley de Minería por violar artículos de la Constitución y el derecho internacional aplicable a los pueblos indígenas. La Corte de Constitucionalidad determinó que la referida Ley era constitucional en tanto que su alcance abarca a todo el territorio y a todos los habitantes de la República, y que, por otra parte, cuando alguno de estos pobladores resintiera la afectación por la aplicación de la Ley, siempre tendrá a su alcance exigir que, en su propia comunidad, se proceda a realizar las consultas reconocidas por el Convenio 169 de la OIT, como expresión de su voluntad para que el Estado tome las disposiciones necesarias que protejan sus intereses y para que

¹⁹⁰ Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 3878-2007. Sentencia de apelación de amparo de diciembre de 2009, considerando IX.

¹⁹¹ Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 4419-2011. Sentencia 5 de febrero de 2013, considerando IV.

¹⁹² Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 4419-2011. Sentencia 5 de febrero de 2013, considerando IV.

¹⁹³ Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009, considerando VI, últimos párrafos.

¹⁹⁴ Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009, considerando IV, punto g.

La sentencia 00022-2009-PI es también importante, porque establece que la inexistencia de una ley específica sobre consulta previa no es pretexto para el incumplimiento de esta obligación

compartan de manera efectiva sus beneficios¹⁹⁵. Dicho fallo caracteriza un franco retroceso en la interpretación de la más alta instancia de la jurisdicción constitucional guatemalteca en torno al deber de consulta pre legislativa y otros componentes del Convenio 169.

3.6 Perú

El cuerpo normativo que regula el derecho a la consulta en Perú es complementado por las reglas establecidas en varias sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia¹⁹⁶. El primer antecedente es la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el **expediente 03343-2007-AA** en el que se pronunció por primera vez sobre este derecho, señalando que el Convenio 169 de la OIT es un tratado de rango constitucional, que viene a “complementar” las normas constitucionales¹⁹⁷. Igualmente, es de suma relevancia la **sentencia 00022-2009-PI**, emitida el 9 de junio de 2010 y relativa a uno de los procesos de inconstitucionalidad presentados por el pueblo indígena Awajun de la Región San Martín contra uno de los **Decretos Legislativos –D.L. No 1089–** que dio origen a las protestas del Baguazo. Su relevancia reside en que, en un escenario en el que no se contaba aún con la Ley de Consulta y su Reglamento, el Tribunal Constitucional desarrolló el contenido, etapas y algunas reglas que permitan la implementación efectiva del proceso de consulta. **La sentencia 00022-2009-PI es también importante, porque establece que la inexistencia de una ley específica sobre consulta previa no es pretexto para el incumplimiento de esta obligación**, toda vez que las normas del Convenio 169 de la OIT y los derechos de rango constitucional que contiene despliegan efectos normativos sin necesidad de normas legislativas y/o reglamentarias, siendo exigible por tanto la consulta previa desde la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT.

Otro pronunciamiento destacable, vinculado estrechamente al anterior, es la sentencia recaída en el expediente **05427-2009-AC**. Se trata de un proceso constitucional de cumplimiento presentado por la organización indígena nacional AIDSESEP contra la omisión del Congreso y del gobierno nacional de implementar normativamente el derecho a la consulta, contenido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. La defensa del Estado peruano consistió en presentar una serie de normas sectoriales y dispersas –mencionadas anteriormente– que a su juicio desarrollaban el derecho a la consulta. El Tribunal Constitucional analizó cada una de ellas y concluyó que constituyen un desarrollo parcial, y que en el mejor de los casos establecen los denominados talleres informativos y no procesos de consulta conforme a los estándares exigidos¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Corte de Constitucionalidad. Exp. N°1008-2012. Sentencia de 28 de febrero de 2013, considerando V, último párrafo.

¹⁹⁶ La fuerza vinculante de las reglas establecidas en estas tiene sustento en los artículos VI del Título Preliminar y 82 del Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley 28237.

¹⁹⁷ Tribunal Constitucional. EXP. 03343-2007-AA, f. j. 31.

¹⁹⁸ En particular, el TC luego de examinarlas concluye que: “ninguno de los reglamentos emitidos hasta el momento

Si bien debe reconocerse los avances dados por el Tribunal Constitucional y los indudables aportes en momentos de dificultad, existen pronunciamientos cuestionables. Al respecto, destaca la **sentencia 06316-2008-AA**, relativa a un proceso de amparo presentado por AIDSESEP contra la omisión de consulta de la adjudicación de lotes petroleros en territorios de pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial. En dicho fallo, el Tribunal Constitucional señaló que la consulta es exigible a partir de la expedición de la sentencia 00022-2009-PI, es decir desde junio del año 2010, y no desde el 2 de febrero de 1995 cuando el Convenio 169 entró en vigencia para el Perú. No obstante, luego de las críticas formuladas, el TC rectificó esta posición en la **sentencia 00025-2009-PI**, y precisó que la consulta previa es exigible desde la entrada en vigencia del Convenio 169¹⁹⁹.

También podemos encontrar algunos pronunciamientos sobre el derecho a la consulta de la Corte Suprema de Justicia. En particular, en la **sentencia 2232-2012**, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, en una acción popular de control constitucional de normas reglamentarias²⁰⁰. Dicho fallo brinda un aporte significativo en tanto se refiere a la validez de los talleres informativos, cosa que es cuestionada por la Corte Suprema con dureza, y declara inconstitucional las disposiciones del Decreto Supremo del Ministerio de Energía y Minas que sólo plantean talleres informativos en los procesos de consulta. Igualmente, cabe mencionar la primera sentencia favorable sobre omisión de consultar un megaproyecto, emitida por el Juez Mixto de Nauta de la región de Loreto en el marco de un proceso constitucional de amparo. La acción de amparo fue presentada por representantes del Pueblo Kukama Kukamiria por la implementación inconsulta del proyecto “Hidrovia Amazónica”. En su fallo, del 17 de octubre de 2014, el Juzgado ordena la suspensión del proyecto “hasta que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones como entidad promotora realice la consulta previa a los pueblos afectados”²⁰¹.

ha logrado desarrollar idóneamente el derecho a la consulta previa en los términos establecidos por el Convenio 169 de la OIT. En efecto, dichos dispositivos tan sólo se limitan a habilitar “talleres informativos” con las poblaciones afectadas, con lo cual éstas se convierten en meros receptores de una información otorgada por el Estado. Al respecto, este Tribunal aprecia que, entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación ciudadana, existen notorias diferencias que no pueden ser soslayadas. Así pues, mientras que el derecho a la consulta garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles, el derecho a la participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación”. (Fundamento jurídico 62). Añade el TC que “En vista de todas estas consideraciones, este Tribunal concluye que, en el presente caso, la entidad demandada ha incurrido en un supuesto de incumplimiento parcial de su deber de reglamentar el derecho a la consulta de conformidad con lo establecido en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio 169 de la OIT”. (Fundamento jurídico 64).

¹⁹⁹ Véase, Ruiz Molleda, J.C. (2011). Balance de las sentencias emitidas por el TC sobre el derecho a la consulta previa: ¿Efectiva protección o pronunciamientos retóricos? *Justicia Viva*. Disponible en <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=637>

²⁰⁰ Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, recaída en el expediente N° 2232-2012.

²⁰¹ Juzgado Mixto de la Provincia de Loreto-Nauta. Sentencia del 17 de octubre de 2014. Expediente 0009 1 -20 1 3-0- 1 90 I -JM-CI-0. Disponible en http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc23102014-182542.pdf

SEGUNDA PARTE

Implementación del derecho a la consulta –Avances y desafíos



Los cuestionamientos por parte de las organizaciones indígenas y de la sociedad civil se encuentran, en términos generales, vinculados a la restricción del contenido del derecho a la consulta en las normas internas aprobadas o por aprobarse, a la adopción inconsulta de textos legales contrarios a este derecho, y a la realización de procesos de consulta que no representan mecanismos efectivos de garantía de derechos

Ninguno de los procesos de implementación del derecho a la consulta emprendidos en la región ha estado exento de críticas. Los cuestionamientos por parte de las organizaciones indígenas y de la sociedad civil se encuentran, en términos generales, vinculados a la restricción del contenido del derecho a la consulta en las normas internas aprobadas o por aprobarse, a la adopción inconsulta de textos legales contrarios a este derecho, y a la realización de procesos de consulta que no representan mecanismos efectivos de garantía de derechos. En la presente sección nos proponemos abordar los aspectos específicos que han conducido a tales cuestionamientos.

Nos referiremos, en particular, a los ámbitos de aplicación del derecho a la consulta, esto es, a la problemática surgida en algunos países en cuanto a la identificación del sujeto “pueblo indígena”, así como a la determinación de las medidas que deben ser objeto de consulta. Advertimos, en este punto, que se presenta una tendencia a adoptar perspectivas restrictivas en la identificación de los pueblos indígenas que tendría por efecto su exclusión del ejercicio de este derecho. Igualmente, haremos referencia a manifestaciones de una tendencia a aplicar de modo restrictivo el concepto de “afectación directa” que determina la aplicabilidad de la consulta previa. En este mismo punto, se aborda el análisis de las distintas formas de institucionalidad a cargo de la realización de los procesos de consulta, con el objetivo de advertir los aspectos positivos y negativos de cada una, e identificar pautas que deberían caracterizar a las instituciones encargadas de dar cumplimiento de este deber a nivel interno.

En una segunda sección, abordaremos las principales limitaciones que en la práctica impiden el ejercicio libre y pleno del derecho a la consulta de los pueblos indígenas. En concreto, nos referiremos a la inaplicación de procesos de consulta a pesar de tratarse de medidas que afectan directamente a pueblos indígenas; al incumplimiento de las garantías que determinan que una consulta sea compatible con los estándares internacionales de derechos humanos (v.g. que sea libre, informada, culturalmente adecuada y con el objetivo de obtener el consentimiento del pueblo o comunidad consultado); a vacíos identificables en la legislación vigente sobre consulta previa; a los desafíos en la financiación adecuada de los procesos de consulta; y a la ausencia de garantías exigidas respecto a las evaluaciones socio ambientales desde la perspectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Por último, nos referiremos a la superposición de marcos regulatorios que dificulta la implementación del derecho a la consulta y genera conflictos de competencia entre distintas instituciones del Estado. En este ámbito, se advierte que uno de los aspectos más problemáticos es la **confusión de la consulta previa con mecanismos de participación social en materia ambiental, cuyo fundamento y naturaleza son claramente distintos.** Asimismo, abordaremos la cuestión de la imprecisión en los ordenamientos internos en cuanto al momento de inicio de los procesos de consulta,

de modo tal que permita garantizar la exigencia de su realización previa a la toma de decisiones. Las observaciones que se realizan en la presente sección buscan contribuir a la consolidación de este derecho en el ámbito interno a través de su implementación efectiva –normativa, institucional y práctica– de manera acorde con los estándares internacionales de derechos humanos sobre la materia.

1 Reglamentación y ámbito de aplicación: objeto y sujetos de la consulta, y entidades a cargo de su realización

1.1 Sujetos de la consulta

En el derecho internacional no existe una definición cerrada de “pueblos indígenas”, y la posición prevaleciente indica que una definición no es necesaria ni deseable a efectos de proteger sus derechos humanos²⁰². Como advierte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “[d]ada la inmensa diversidad de los pueblos indígenas en las Américas y el resto del mundo, una definición estricta y cerrada siempre correrá el riesgo de ser demasiado amplia o demasiado restrictiva”²⁰³. Se encuentran sí criterios importantes en el ámbito internacional que permiten determinar cuando estamos ante un grupo humano que puede denominarse “pueblo indígena”. A este efecto, el Convenio 169 de la OIT es de singular relevancia, pues contiene los criterios producto del consenso internacional, denominados *objetivos* y *subjetivos*. En cuanto a los elementos objetivos, su artículo 1.1.b dispone que dicho tratado se aplicará

a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

De acuerdo a la Guía de Aplicación del Convenio 169 de la OIT, tales elementos objetivos incluyen: (i) la *continuidad histórica*, v.g. se trata de sociedades que descienden de los grupos anteriores a la conquista o colonización, (ii) la *conexión territorial*, en

²⁰² Muestra de ello se encuentra en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en la que se optó por no definir a los pueblos indígenas beneficiarios de sus disposiciones; no obstante, en su artículo 33.1 se estableció que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”.

²⁰³ CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II, Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 25.

No es exigible que los pueblos o comunidades indígenas se encuentren registrados o reconocidos por el Estado para que puedan ejercer los derechos contenidos en los instrumentos internacionales

el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región, y (iii) instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas, que son propias y se retienen en todo o en parte²⁰⁴.

El *elemento subjetivo* se encuentra en el artículo 1.2 del mismo Convenio, el cual establece que “[l]a conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”²⁰⁵. Este criterio constituye el elemento determinante, conforme se evidencia en distintos pronunciamientos de organismos internacionales de derechos humanos²⁰⁶. La concepción de la autoidentificación como aspecto fundamental se ve reforzada con la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, instrumento que expresa el consenso de los Estados sobre este aspecto al establecer en su artículo 33.1 que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”.

Es importante destacar que para el derecho internacional, lo determinante es la consideración de tales elementos, antes que las definiciones o denominaciones que los pueblos o comunidades indígenas reciban por parte de los ordenamientos internos, de terceros o de ellos mismos²⁰⁷. Cabe señalar, además, que **no es exigible que los pueblos o comunidades indígenas se encuentren registrados o reconocidos por el Estado para que puedan ejercer los derechos contenidos en los instrumentos internacionales**²⁰⁸. Igualmente, debe tenerse presente que los pueblos indígenas son colectivos humanos

²⁰⁴ Cf. Organización Internacional del Trabajo. Departamento de Normas Internacionales. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169). (2009). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT*, p. 9.

²⁰⁵ Véase, al respecto, Organización Internacional del Trabajo. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169). (2009). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT*, p. 9.

²⁰⁶ Por ejemplo, la CIDH ha seguido como aspecto fundamental la autoidentificación del pueblo o comunidad como indígena y ha afirmado que el “criterio de autoidentificación es el principal para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente en tanto pueblos”. CIDH. *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 216. CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II, Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 24-31. Igualmente, la Corte Interamericana ha establecido como elemento determinante la autoidentificación colectiva. Al respecto, Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 37; y Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 164.

²⁰⁷ La CIDH ha advertido expresamente que en algunos ordenamientos internos, la categoría “pueblos indígenas” se encuentra diferenciada de otras categorías como “comunidades campesinas” o “minorías”, razón por la cual es necesario atender a los criterios bajo los cuales se puede designar como indígena a un grupo humano. Véase, CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II, Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párrs. 24-38.

²⁰⁸ Véase, *inter alia*, Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 82; y Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 95.

que conservan, en muchos casos, solo parcialmente sus propias instituciones políticas, jurídicas, culturales, morales y económicas. Estas instituciones han sido suprimidas o perdidas en parte como efecto de siglos de persecución, asimilación y despojo. El mismo preámbulo del Convenio 169 de la OIT hace eco de esta inevitable pérdida de ciertos patrones culturales, al afirmar que

(...) en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión.

A efectos del ejercicio del derecho a la consulta, determinar en el plano interno qué colectivos se enmarcan en esta denominación es un tema clave, pero no siempre exento de dificultades. A partir de la observación comparada de la situación en los países del presente informe, se identifican dos problemas principales con relación a la determinación de los sujetos de la consulta: a) la aplicación de criterios restrictivos para identificar a los pueblos indígenas, y b) dificultades en la identificación práctica de los sujetos, relacionadas con el diseño institucional o el proceso.

1.1.1 Restricción de sujetos de consulta en el plano normativo o formal

En el ámbito normativo, se encuentran algunos ejemplos que parecen indicar la restricción del sujeto de la consulta, a través de la incorporación de mayores o más estrictos requisitos. En el **Perú**, por ejemplo, **la Ley de Consulta Previa incorpora mayores requisitos que el Convenio 169 de la OIT para que un colectivo sea considerado como pueblo indígena**. En particular, su artículo 7 parece exigir un vínculo con el territorio ancestral, lo cual en los hechos podría excluir el acceso al derecho a la consulta a pueblos que por causas ajenas a su voluntad hayan perdido su territorio. Asimismo, se refiere a la descendencia “directa” y omite la última parte del artículo 1.1.b del Convenio 169 de la OIT que admite la posibilidad de exigir la conservación de una parte de sus instituciones y costumbres propias²⁰⁹.

Mayores dificultades se presentaron con la implementación de la “**Base de Datos oficial de los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas**” (en adelante, “base de datos”), a cargo del Viceministerio de

En el Perú, la Ley de Consulta Previa incorpora mayores requisitos que el Convenio 169 de la OIT para que un colectivo sea considerado como pueblo indígena

²⁰⁹ “Criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios.- Para identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos. Los criterios objetivos son los siguientes: a) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional. b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan. c) Instituciones sociales y costumbres propias. d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional (...). Ley de Consulta Previa, artículo 7.

En la normativa chilena, también pueden encontrarse disposiciones que podrían tener el efecto de restringir el acceso a este derecho a colectividades humanas que pueden ser consideradas pueblos indígenas bajo el derecho internacional

Interculturalidad del Ministerio de Cultura²¹⁰. Para implementar esta base de datos, se aprobó la **Directiva N° 03-2012/MC**²¹¹, la cual contiene criterios que no coinciden del todo con el Convenio 169 de la OIT y el referido artículo 7 de la Ley de Consulta y su Reglamento. Tales requisitos pueden resumirse en que (i) la Directiva hace alusión a la auto identificación de indígenas como individuos, mientras que según el Convenio 169 de la OIT ésta se refiere a los pueblos, de modo colectivo²¹², (ii) la permanencia en el territorio no es un requisito exigido por el Convenio 169 y sí se encuentra presente en la Directiva²¹³, y (iii) se incluye en la Directiva el mantener la “lengua indígena” como elemento objetivo de identificación, el mismo que no está en el Convenio 169²¹⁴.

En la normativa chilena, también pueden encontrarse disposiciones que podrían tener el efecto de restringir el acceso a este derecho a colectividades humanas que pueden ser consideradas pueblos indígenas bajo el derecho internacional. En efecto, el artículo 5 del Decreto Supremo 66 de 2013 que aprueba el procedimiento de consulta identifica a los pueblos indígenas como “aquellos que define el artículo primero del Convenio 169 [de la OIT] y que estén reconocidos en el artículo 1 de la Ley N° 19.253”, esto es, la Ley sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas de 1993 (en adelante, “Ley Indígena”)²¹⁵. Si nos remitimos al artículo 1 de la Ley Indígena, se observa que define a “los indígenas de Chile” -sin hacer referencia a la noción de pueblo- como “descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura”. Asimismo, reconoce como principales etnias “a la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas y Collas del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes”. En esta lista quedan excluidas etnias como la Diaguita, reconocida posteriormente mediante la Ley 20.117.

Adicionalmente, el inciso segundo del artículo 5 del Decreto Supremo 66 de 2013, que se remite al artículo 2 de la Ley Indígena para determinar quiénes son los individuos pertenecientes a un pueblo indígena, define a una persona –y no al pueblo– como indígena, señalando que son indígenas quienes:

²¹⁰ Véase, Primera Disposición Complementaria Final de la Ley de Consulta Previa.

²¹¹ Resolución Ministerial N° 202-2012-MC, que adopta la Directiva N° 03-2012/MC, Directiva que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios.

²¹² Directiva N° 03-2012/MC, disposición 7.1.4.

²¹³ Directiva N° 03-2012/MC, disposición 7.1.3.

²¹⁴ Directiva N° 03-2012/MC, disposición 7.1.5.

²¹⁵ Artículo 5 del Decreto Supremo 66.- Pueblos indígenas. “Para efectos de este reglamento, se consideran pueblos indígenas aquellos que define el artículo primero del convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y que estén reconocidos en el artículo 1° de la ley N° 19.253. // Se entenderá que una persona es miembro de alguno de los pueblos indígenas señalados en el inciso anterior cuando cumpla con lo establecido en el artículo 2° de la ley N° 19.253”.

a) (...) sean hijos de padre o madre indígena, cualquiera sea la naturaleza de su filiación, inclusive la adoptiva; (...) b) los descendientes de las etnias indígenas que habitan el territorio nacional, siempre que posean a lo menos un apellido indígena; (...) c) los que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena, entendiéndose por tales la práctica de formas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual o cuyo cónyuge sea indígena²¹⁶.

Dicho criterio puede ser problemático en la medida en que coincide con los elementos objetivos para la identificación de un pueblo indígena, relevantes desde el punto de vista internacional.

1.1.2 Dificultades prácticas en la identificación de los sujetos

Igualmente, se presentan dificultades prácticas para la identificación de los pueblos indígenas y, por ende, para la determinación de la aplicación de la consulta previa, como en el caso de **Colombia**. Si bien en el ordenamiento y jurisprudencia constitucional colombianos se ha adoptado una perspectiva amplia de los sujetos de la consulta que coincide con los elementos del derecho internacional, es posible identificar que la certificación de presencia de comunidades étnicas en el área de influencia de un proyecto es una de las cuestiones más problemáticas en la implementación práctica de este derecho. Esto se evidencia, por ejemplo, en que en gran parte de los casos inconsultos que han sido objeto de tutela por parte de la Corte Constitucional, se emitieron certificaciones de no presencia de comunidades indígenas²¹⁷.

De acuerdo a la normativa vigente en Colombia, a efectos de determinar si corresponde iniciar un proceso de consulta, las entidades públicas o ejecutores de los proyectos, obras o actividades deben presentar una solicitud de certificación de presencia de comunidades étnicas ante la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior²¹⁸. Según las pautas normativas, esta Dirección certifica la presencia o no de comunidades étnicas contrastando la información disponible en las bases de datos de distintas instituciones del Estado, como el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER), que tiene a su cargo el registro de las tierras y territorios reconocidos a

²¹⁶ Artículo 2 de la Ley Indígena 19.253. Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, publicada el 5 de octubre de 1993.

²¹⁷ En similar sentido, Gloria Amparo Rodríguez identifica como una de las limitaciones de la consulta previa en Colombia la certificación de existencia de pueblos indígenas y afirma que “[v]arios de los casos de conflictos ambientales obedecieron al hecho que las empresas o dueños de los proyectos se dirigieron al Ministerio del Interior (...), para solicitar información sobre las comunidades y pueblos indígenas existentes en la zona y, por la falta de un sistema de información geo-referenciado y ausencia de claridad sobre los territorios habitados por estas colectividades, dicha entidad señaló que no había presencia de indígenas en la zona”. Rodríguez, G. A. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: GIZ/Universidad del Rosario, pp. 152-153.

²¹⁸ Decreto 1320 de 1998, artículo 3; Decreto 2893 de 2011, artículo 16.5; Decreto 2613 de 2013, Capítulo II, artículo 4; Directiva Presidencial No. 10 de 2013, etapa 1.

Si bien en el ordenamiento y jurisprudencia constitucional colombianos se ha adoptado una perspectiva amplia de los sujetos de la consulta, la certificación de presencia de comunidades étnicas en el área de influencia de un proyecto es una de las cuestiones más problemáticas en la implementación práctica de este derecho

través de resguardos u otras figuras; la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, que lleva registro de las comunidades reconocidas o con personalidad jurídica; el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), que administra el sistema geográfico; y las autoridades municipales o distritales, que poseen información sobre el carácter urbano o rural de un predio²¹⁹. Las normas aplicables otorgan a la Dirección de Consulta la posibilidad de realizar una verificación de campo cuando la información disponible no sea suficiente²²⁰; aunque según la información recibida, es excepcional la realización de visitas de campo. En la práctica, tienen lugar únicamente cuando son solicitadas o cuando existen dudas sobre la actualización de las bases de datos²²¹.

Si bien el mecanismo existente permite identificar con relativa facilidad un traslape entre una obra, actividad o proyecto y el territorio de una comunidad indígena reconocido por alguna institución estatal, se presentan grandes dificultades en los casos -no poco frecuentes- de comunidades fuera de resguardos indígenas y/o sin reconocimiento formal, desplazadas; o de afectaciones a sitios sagrados u otras áreas de uso tradicional no reconocidas. En similar sentido, funcionarios estatales entrevistados indicaron que: “solo se tiene geo-referenciamiento de comunidades que cuentan con título, no de las que no cuentan o que están desplazadas. Igualmente, el catastro minero sólo tiene registro de los títulos colectivos”²²². Estas situaciones serían verificables a través de visitas de campo, realizadas solo excepcionalmente. A ello se suma que se han dado casos en que la verificación en terreno se realiza mediante procedimientos inadecuados, como a través de sobrevuelos en el área²²³, o por parte de personal inexperto o insuficiente. Además, **la información disponible indica que la autoridad ambiental, encargada de otorgar los licenciamientos, una vez que el responsable del proyecto cuente con los requisitos exigidos, no verificaría en todos los casos la conformidad de las certificaciones de presencia de comunidades indígenas, sino simplemente si se cumplió formalmente con esta exigencia**²²⁴. De este modo, si no se realiza una visita

²¹⁹ Decreto 2613 de 2013, artículo 7; y Directiva Presidencial No. 10 de 2013, etapa 1, paso 2. p. 6. Entrevista con la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, Bogotá, Colombia, septiembre 2014.

²²⁰ Decreto 2613 de 2013, artículo 7: “(...) La Dirección de Consulta previa podrá acudir a la verificación de campo, cuando la información suministrada por otras entidades o por el ejecutor de la POA no sea suficiente para determinar la presencia de comunidades étnicas (...)”. Directiva Presidencial No. 10 de 2013, etapa 1, punto 3: “(...) Cuando la DCP considere que es necesario tener certeza sobre los límites espaciales, colindancias y proximidad del área solicitada en relación con territorios que registren presencia de comunidades étnicas, se realizará una visita de verificación en la que se tendrán en cuenta los criterios trazados por la Corte Constitucional”.

²²¹ Entrevista con la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, Bogotá, Colombia, septiembre 2014.

²²² Entrevista con la Oficina de Asuntos Ambientales y Sociales del Ministerio de Energía y Minas, Bogotá, Colombia, septiembre de 2014.

²²³ Véase, Corte Constitucional. Expediente T-880-2006. Según se constata en dicho fallo: “En febrero 7 del 2005 un funcionario del Ministerio del Interior de la Dirección de Etnias sobrevuela en un helicóptero de propiedad de Ecopetrol el área donde está proyectado el pozo Alamos (sic) y certifica por escrito al ministerio del Medio Ambiente (sic) que en esta área no habitan comunidades indígenas. Los Indígenas presentes en la reunión sostienen que en esta área habitan 3 comunidades indígenas”. (sic, dentro del texto).

²²⁴ Rodríguez, G. A. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: GIZ/Universidad del Rosario, p. 153.

de campo o no se convoca a un proceso de consulta las comunidades tienen pocas posibilidades de tomar conocimiento de que se encuentra en marcha un proyecto, obra o actividad que les afecta directamente.

En el **Perú**, además de las advertidas inconsistencias en el texto de la Ley de Consulta y la Directiva de la Base de Datos, se presentan dificultades prácticas y resistencias a nivel político para el ejercicio de este derecho por parte de comunidades campesinas de la costa y sierra del país, principalmente en el ámbito minero. En octubre de 2013 se publicó la base de datos con una lista de 52 pueblos, entre ellos cuatro andinos, sin mayor especificación o identificación de comunidades²²⁵. Según la normativa peruana, será concretamente cada entidad estatal promotora de la medida la responsable de la identificación de los pueblos indígenas a ser consultados; mientras que el Viceministerio de Interculturalidad está facultado para emitir opinión, de oficio o a pedido de la entidad, sobre la determinación de los pueblos indígenas²²⁶. Lo cierto es que **hasta el momento no se ha iniciado la aplicación de la consulta en comunidades campesinas en materia minera, y, según la información disponible, el Ministerio de Energía y Minas ha solicitado consultorías en distintas zonas de la región andina para determinar la aplicación de la consulta** y en ningún caso se ha considerado que se trate de un pueblo indígena. Puede resultar problemática la aplicación por parte de ésta u otra entidad promotora, no especializada en la materia, de criterios ajenos al derecho internacional, considerando que la inaplicabilidad del derecho a la consulta en pueblos distintos a los de la selva, ha hecho parte del discurso de las más altas autoridades del país, quienes han rechazado la dimensión étnica en el mundo andino²²⁷.

1.2 Objeto de la consulta

Conforme al artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, **deben ser sometidas a consulta con los pueblos indígenas las “medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”**. Este aspecto resulta clave al momento de determinar la procedencia de un proceso de consulta; no obstante, se observan varias manifestaciones de una tendencia a aplicarlo de modo restrictivo. Como se explica a continuación, entre los mecanismos que se identifican en los distintos países están los siguientes:

²²⁵ Ello contrasta con otras fuentes como la CEPAL, según la cual existen 85 pueblos indígenas en el Perú. Véase, CEPAL. (2014). *Los Pueblos Indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*. Santiago de Chile: CEPAL/ONU.

²²⁶ Ley de Consulta Previa, artículo 10 y artículo 19.d; y Reglamento de la Ley de Consulta Previa, artículo 8 y 28.3.

²²⁷ El Presidente de la República, Ollanta Humala, ha afirmado públicamente que las comunidades indígenas con derecho a la consulta se encuentran en la selva, y no en la costa y sierra, atendiendo únicamente a su ubicación geográfica, criterio que es claramente ajeno a los estándares internacionales. Nota, Servindi. (2012, 13 de junio). Perú: Ollanta y su particular visión del derecho a la consulta previa. Disponible en <http://servindi.org/actualidad/66223> Nota, Servindi. (2013, 29 de abril). Ollanta reitera que espíritu de Ley de Consulta es darle voz solo a comunidades nativas. Disponible en <http://servindi.org/actualidad/86489>

Conforme al artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, deben ser sometidas a consulta con los pueblos indígenas las “medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”

En los países que cuentan con una ley específica o que están en proceso de adoptarla, se han expresado preocupaciones por la exclusión de medidas del ámbito de la consulta previa

a) exceptuar *a priori* ciertas medidas de los procesos de consulta, b) aplicar una aproximación restrictiva del concepto de “afectación directa”, o c) contar con un diseño institucional que no otorga garantías suficientes para la identificación de las medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas.

1.2.1 Exclusión *a priori* de ciertas medidas

En los países que cuentan con una ley específica o que están en proceso de adoptarla, se han expresado preocupaciones por la exclusión de medidas del ámbito de la consulta previa. Es el caso de **Bolivia**, donde organizaciones indígenas han denunciado la incorporación en el Anteproyecto de Ley de Consulta de un artículo que exceptúa de los procesos de consulta materias “(...) expresamente prohibidas en la Constitución Política del Estado, o que por su naturaleza no admitan la aplicación de este procedimiento o por seguridad del Estado o seguridad ciudadana”²²⁸. En particular, preocupa que esta disposición, de ser aprobada, se entienda como excluyente de materias contenidas en el artículo 298 de la Constitución, el cual define como “competencias privativas del nivel central del Estado” la administración del patrimonio del Estado; la política general sobre tierras y territorio, y su titulación; hidrocarburos; entre otras²²⁹. Asimismo, se observa que la nueva Ley de Minería y Metalurgia, promulgada el 28 de mayo de 2014, excluye expresamente de la consulta previa “[l]as operaciones mineras que comprendan sólo por prospección y exploración (...)”²³⁰.

En **Chile**, el Reglamento que establece el procedimiento de consulta indígena, Decreto Supremo 66 de 2013, exime los actos administrativos que emanen de la potestad reglada de la administración²³¹. La distinción entre potestad reglada y no reglada o discrecional es confusa y tiene como efecto una excesiva discrecionalidad de la Administración Pública a la hora de determinar cuándo tiene el deber de consultar. Además, esta norma desconoce que el estándar internacional exige que se consulte toda medida susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. El reglamento excluye de su ámbito de aplicación, además, los procesos de evaluación de impactos ambientales de proyectos de inversión en territorios indígenas, los cuales están regulados específicamente por el Decreto Supremo 40 del Ministerio del Medio Ambiente de 2013.

²²⁸ Pronunciamiento del Encuentro de Naciones y Pueblos de Tierras Altas y Tierras Bajas sobre el derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada, 7 de junio de 2013. Disponible en http://servindi.org/pdf/Pronunciamiento_organizaciones_indigenas_de_Bolivia_ley_marco_de_consulta.pdf

²²⁹ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 298.

²³⁰ Ley de Minería y Metalurgia, Ley No. 535, promulgada el 28 de mayo de 2014, artículo 207.II.

²³¹ El artículo 7 del Decreto Supremo 66 señala que “deben consultarse los actos formales que contengan “una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción”. Decreto Supremo 66, artículo 7.

Pero lo más preocupante es que este Decreto Supremo 40 limita la procedencia de la consulta indígena a través de la exclusión expresa de varias circunstancias y la incorporación de una lista taxativa de supuestos excepcionales en los que es exigible este derecho. Según el artículo 85 del Decreto, la consulta procede únicamente respecto de proyectos o actividades que generen alguna de las características establecidas en sus artículos 7, 8 y 10, y “en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas”. Tales disposiciones se refieren al reasentamiento de comunidades humanas (artículo 7), alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (artículo 7), localización en o próxima a territorios indígenas y valor ambiental del territorio (artículo 8), y alteración del patrimonio cultural (artículo 10). Tales exigencias desconocen lo establecido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, el cual establece la obligatoriedad de la consulta “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles [a los pueblos indígenas] directamente”, sin importar la envergadura o impacto del proyecto.

En cuanto al Perú, un aspecto de preocupación es la exclusión de procesos de consulta ante la existencia de “acuerdos” entre la empresa y las comunidades afectadas por determinado proyecto. En efecto, la Ley N° 26505, Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas (en adelante, Ley de Tierras), publicada el 18 de julio de 1995, establece en su artículo 7 que “[l]a utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre (...)”²³². Se ha entendido que en estos escenarios no es aplicable el deber del Estado de realizar procesos de consulta, a pesar de la clara asimetría de poder entre los titulares de las concesiones y las comunidades afectadas, y de tratarse de una negociación sobre un derecho de carácter fundamental que ha culminado frecuentemente en acuerdos abusivos²³³.

En **Brasil**, la propuesta presentada por el gobierno para la reglamentación de la consulta previa a las comunidades quilombolas señala que a los proyectos de desarrollo ya concesionados o cuya concesión está siendo evaluada, no se aplicarían los lineamientos de consulta previstos en el reglamento. Es importante mencionar que dicha disposición sigue teniendo la naturaleza de propuesta, sin que se haya materializado en un decreto o reglamento.

²³² Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, Ley N° 26505, artículo 7.

²³³ Al respecto, véase, Servindi, 2 de marzo de 2014. El “Acuerdo Marco” una nueva estrategia para “invisibilizar” derechos comunales. Disponible en <http://servindi.org/actualidad/102151>; y Molleda Ruíz, J. C. (2014, 27 de febrero). La estrategia de “invisibilización” de los derechos de los pueblos indígenas: Comunidades campesinas de Puno firman “Acuerdo Marco”. *Justicia Viva*. Disponible en <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=1291>

En cuanto al Perú, un aspecto de preocupación es la exclusión de procesos de consulta ante la existencia de “acuerdos” entre la empresa y las comunidades afectadas por determinado proyecto

1.2.2 Aplicación de una definición o aproximación restrictiva al concepto de “afectación directa”

En **Colombia**, si bien la Corte Constitucional ha adoptado una definición amplia de afectación directa²³⁴, en la práctica se presentan proyectos inconsultos en área de influencia indígena por una aplicación restrictiva de este concepto²³⁵. Por ello, la Corte Constitucional ha tenido que exhortar a los Ministerios del Interior y de Ambiente para que revisen y ajusten sus protocolos relacionados con la definición de las áreas de influencia de los proyectos de desarrollo y de explotación de recursos naturales. Un segundo aspecto preocupante es que en algunas de sus últimas sentencias, la Corte Constitucional parece adoptar una aproximación demasiado restrictiva en materia de medidas legislativas, al afirmar que el deber de consultar surge solamente con relación a medidas legislativas que afecten de manera “directa o específica”²³⁶ o cuando tenga un “impacto directo, específico y particular” en una determinada comunidad indígena²³⁷.

Un ejemplo similar se presenta en **Guatemala**, donde fue planteada una acción de inconstitucionalidad contra la Ley de Minería. La Corte de Constitucionalidad determinó que dicha ley era constitucional en tanto que su alcance abarca a todo el territorio y a todos los habitantes de la República, faltando así el componente de particularidad con relación a los pueblos indígenas. La Corte subrayó que cuando algún ciudadano resintiera la afectación por la aplicación de la Ley de Minería, podrá exigir que, en su propia comunidad, se proceda a realizar las consultas reconocidas por el Convenio 169 de la OIT, como expresión de su voluntad para que el Estado tome las disposiciones necesarias que protejan sus intereses y para que compartan de manera efectiva sus beneficios²³⁸.

En **Chile**, el Decreto Supremo 66 de 2013 restringe la consulta a medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, “cuando sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas,

²³⁴ La Corte ha entendido que “hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”. Corte Constitucional. C-030/08. Igualmente, ha afirmado que “la idea de afectación directa se relaciona con la intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales abrazadas por las comunidades como propias”. Corte Constitucional. T-745/10. Citado por, Rodríguez, G. A. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: GIZ/Universidad del Rosario, p. 65.

²³⁵ Como señala Gloria Amparo Rodríguez, “[e]l problema radica en que la visión sobre el área de afectación que tienen las empresas y autoridades ambientales, no concuerda con la visión de las comunidades y pueblos indígenas, cuyo concepto siempre es más amplio porque el mismo obedece a su cosmovisión y a su noción ancestral del territorio colectivo”. Rodríguez, G. A. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: GIZ/Universidad del Rosario, p. 155.

²³⁶ Corte Constitucional. C-196/12. Citado por, Rodríguez, G. A. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: GIZ/Universidad del Rosario, p. 81.

²³⁷ Corte Constitucional. C-317-12. Citado por, Rodríguez, G. A. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: GIZ/Universidad del Rosario, p. 81.

²³⁸ Corte de Constitucionalidad. Exp. N°1008-2012. Sentencia de 28 de febrero de 2013, considerando V.

culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas”. Sobre el particular, hay cuatro aspectos que agregan requisitos para la procedencia de la consulta o recortan su alcance, en contravía de los estándares internacionales: (i) la redacción sugiere que se trata de impactos ciertos (“cuando sean causa directa”), mientras que el Convenio 169 de la OIT establece que se trate de medidas “susceptibles” de afectar directamente a los pueblos indígenas, (ii) se adiciona un requisito no contemplado en el Convenio: la magnitud del impacto, con lo cual el reglamento fija un umbral de aplicabilidad más alto, (iii) se exige que la afectación cause un “[impacto] específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales”, lo que ha implicado que en el caso, por ejemplo, de leyes sectoriales, como la ley de pesca, se restrinja la consulta fundándose en este criterio de especificidad, y (iv) se da una restricción cualitativa del tipo de afectación, referida no ya a la “cantidad” de afectación (magnitud), sino a su calidad: únicamente deben ser consultadas aquellas medidas que causen una afectación directa y específica al “ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas”.

1.2.3 El diseño institucional existente no asegura la identificación de medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas

En **Colombia**, el mecanismo que permite hacer exigible la consulta previa frente a proyectos, obras o actividades extractivas o de inversión es la certificación de presencia de comunidades étnicas que el interesado debe presentar antes de obtener el licenciamiento ambiental²³⁹. De este modo, aquellos proyectos, obras o actividades que no requieran licencia ambiental y que, sin embargo, afectan directamente derechos colectivos de pueblos indígenas, pueden ser implementados sin la realización previa de un proceso de consulta. Esto ocurre, por ejemplo, con proyectos de exploración minera, dado que no se exige licenciamiento ambiental para esta actividad. A ello se suma que la Dirección de Consulta Previa actúa a petición de parte y no de oficio.

Igualmente, **el sistema existente en Chile para la aprobación de proyectos que requieren licenciamiento ambiental presenta dificultades para identificar medidas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas**, pues contempla escasas formas de comprobación de la información que entrega la empresa interesada. Por otro lado, las instancias que conforman el sistema de evaluación ambiental en ocasiones carecen de recursos humanos y materiales para verificar toda la información presentada. Asimismo,

El sistema existente en Chile para la aprobación de proyectos que requieren licenciamiento ambiental presenta dificultades para identificar medidas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas

²³⁹ Según establece el artículo 24 del Decreto 2820 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales, “(...) el interesado en obtener Licencia Ambiental deberá radicar ante la autoridad ambiental competente, el Estudio de Impacto Ambiental de que trata el artículo 21 del presente decreto y anexar la siguiente documentación: (...) 7. Certificado del Ministerio del Interior y de Justicia sobre presencia o no de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto; (...)”.

La consulta previa es un deber indelegable del Estado, como se desprende claramente del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y del artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

se considera que las comunidades afectadas son las que deben solicitar la consulta, con lo cual existe el peligro de que puedan no tomar conocimiento de la existencia de una propuesta. En este ámbito se encuentran también países como **Bolivia** y **Guatemala** que no han adoptado aún mecanismos para asegurar, en todos los ámbitos, la realización de procesos de consulta frente a medidas administrativas o legislativas que afectan directamente a los pueblos indígenas.

1.3 Entidades a cargo de su realización

La consulta previa es un deber indelegable del Estado, como se desprende claramente del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y del artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En similar sentido, la Corte Interamericana ha afirmado expresamente que

(...) la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta²⁴⁰.

Si bien es indudable en la actualidad que el Estado es el encargado de dar cumplimiento a este derecho, existe menos claridad en cuanto a la manera concreta en que debe llevarse a cabo. Muchas veces, su cumplimiento, exige adoptar medidas para determinar la o las entidades estatales a cargo de la concreción de los procesos de consulta. Se parte, además, de escenarios caracterizados muchas veces por una desconfianza o reticencia inicial de los pueblos indígenas hacia las representaciones del Estado, a lo que se suma la debilidad institucional en varios países de la región.

Una mirada comparativa de los países objeto del presente informe permite identificar tres escenarios distintos: a) aquellos en que se ha encomendado la consulta a un solo organismo público especializado que ejecuta el proceso en coordinación con otros sectores o entidades relevantes (*v.g.* Dirección de Consulta Previa en Colombia), b) aquellos donde se encomienda la tarea a la entidad del Estado que adopta la medida legislativa o administrativa de que se trate, con apoyo de la entidad pública especializada en materia indígena (*v.g.* Perú y Chile), y c) no se cuenta con una entidad específica a cargo (*v.g.* Bolivia y Guatemala). Abordamos a continuación algunas de las principales características de cada uno de estos sistemas, de manera que podamos identificar los aspectos positivos y negativos. Partimos de la idea de que no es posible ni conveniente

²⁴⁰ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 187. Véase, asimismo, Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrs. 53 a 55.

postular un modelo ideal aplicable a las distintas realidades, pero sí pueden encontrarse algunos elementos o pautas que deberían caracterizar a las instituciones estatales a cargo de los procesos de consulta.

1.3.1 Centralización del proceso de consulta en una instancia única en Colombia

De los países bajo estudio, **Colombia es el único en que se ha encargado la ejecución de los procesos de consulta a una instancia estatal específica.** En el 2008, mediante la Resolución 3598 se creó el “Grupo de Consulta Previa” dentro de la estructura funcional del Ministerio del Interior y de Justicia, con la función principal de “[c]oordinar interinstitucionalmente la realización de los procesos de consulta previa con los grupos étnicos para proyectos de desarrollo que los afecten”²⁴¹. En el 2011, mediante Decreto 2893, se otorgó a este grupo el carácter de “Dirección de Consulta Previa” dentro del Ministerio del Interior, encargándosele la tarea de dirigir los procesos de consulta que se requieren de conformidad con la ley. A través del mismo Decreto, se estableció a la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior como encargada de la coordinación y realización de procesos de consulta para la presentación de iniciativas legislativas y administrativas de orden nacional. Lo positivo de este esquema es que resulta –en principio – más favorable a la aplicación de un enfoque especializado y a la rendición de cuentas.

No obstante, se identifican en la práctica algunos desafíos, como el hecho de que el proceso de consulta se inicie, por lo general, a solicitud del particular interesado en implementar el proyecto, obra o actividad, en lugar de ser una responsabilidad de oficio de las respectivas entidades estatales. Asimismo, **uno de los principales cuestionamientos respecto de la Dirección de Consulta Previa se refiere a que no jugaría un papel protagónico y de liderazgo en la conducción de los procesos, ni se asumiría como una institución garante de derechos.** Está muy presente en las organizaciones indígenas y de la sociedad civil la percepción de que la Dirección de Consulta actúa como un ente que facilita el diálogo entre partes, una especie de notario de la negociación entre la empresa y los pueblos indígenas que prepara el escenario para la ejecución del proyecto. Distintos actores coinciden en señalar que recientemente esta Dirección ha ganado protagonismo en la conducción de los procesos, lo que se vincularía a la adopción del Decreto 2613-2013 y de la Directiva Presidencial 10-2013, que tendrían como presupuestos centrales la articulación de la institucionalidad pública en torno a esta Dirección²⁴².

²⁴¹ Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia. Resolución 3598 del 4 de diciembre de 2008, por la cual se crea grupo de trabajo en la estructura funcional interna del Ministerio del Interior y de Justicia.

²⁴² Según declaraciones del Director de esta entidad, estos instrumentos apuntan hacia un nuevo enfoque jurídico, dirigido a empoderar la Dirección funcionalmente para garantizar el éxito de las consultas, lo cual va acompañado de un aumento del presupuesto asignado a la Dirección. Entrevista con la Dirección de Consulta

De los países bajo estudio, Colombia es el único en que se ha encargado la ejecución de los procesos de consulta a una instancia estatal específica

Chile y Perú han optado por esquemas en los cuales la realización de la consulta se encuentra a cargo de la entidad estatal que adopta la medida legislativa o administrativa que afecte directamente a los pueblos indígenas

Igualmente, se identifica la debilidad institucional como uno de los desafíos más grandes. Según la información recibida, recientemente se ha aumentado el personal de la Dirección y en la actualidad cuenta con cerca de 120 funcionarios, de las cuales el 50% se dedica a la gestión misma de las consultas, asignándose en promedio dos personas para cada proceso²⁴³. Pese a esa noticia positiva, distintos actores entrevistados coincidieron en señalar que se presenta una deficiente coordinación entre las distintas instituciones involucradas en los procesos de consulta, esto es, los Ministerios del Interior, Minas y Energía, y Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Además, se advierte que no hay una base de datos común entre las distintas entidades involucradas que tenga información consolidada de los proyectos y procesos de consulta previa realizados y por realizarse.

Otros cuestionamientos se vinculan a la confusión en cuanto al papel y la responsabilidad que debe cumplir el sector empresarial, y la falta de presencia de las instituciones estatales garantes de derechos en el proceso²⁴⁴. Al respecto, es positivo notar que como garante del proceso debe participar el Ministerio Público, esto es, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y/o los Personeros Municipales cuando sea el caso²⁴⁵. No obstante, según la información recibida, se presentan serias dificultades para que estas instituciones participen efectivamente en los procesos. Algunas de éstas se deben a motivos ajenos a tales instituciones y se relacionan con que no serían convocadas al proceso oportunamente por parte de la Dirección de Consulta Previa²⁴⁶. En otras ocasiones, si bien son convocadas, no asistirían regularmente a todas las etapas del proceso por falta de recursos humanos y/o materiales. En suma, los distintos actores entrevistados coincidieron en que estas instituciones han tenido, en general, un papel muy tímido en los procesos de consulta y son excepcionales los casos en que han jugado un rol activo en la protección de los derechos humanos susceptibles a ser afectados.

1.3.2 Procesos de consulta a cargo de la entidad estatal que adopta la medida legislativa o administrativa en Chile y Perú

Chile y Perú han optado por esquemas en los cuales la realización de la consulta se encuentra a cargo de la entidad estatal que adopta la medida legislativa o administrativa que afecte directamente a los pueblos indígenas. En el Perú, conforme

Previa del Ministerio del Interior, Bogotá, Colombia, septiembre 2014.

²⁴³ Entrevista con la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, Bogotá, Colombia, septiembre 2014.

²⁴⁴ Entrevista con la Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos en Colombia, Bogotá, Colombia, septiembre de 2014.

²⁴⁵ Rodríguez, G. A. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: GIZ/Universidad del Rosario, p. 115.

²⁴⁶ De acuerdo a la Directiva Presidencial 10-2013, la Dirección de Consulta Previa tiene el deber de “convocar a los representantes de las comunidades étnicas, al Ejecutor, a las entidades públicas, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo por escrito o mediante el uso de otros medios para la apertura de la consulta”. Directiva Presidencial 10-2013. Guía para la realización de consulta previa, 7 de noviembre de 2013. p. 18.

a los artículos 9 y 10 de la Ley de Consulta Previa, la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa es la responsable de ejecutar la consulta. Por su parte, el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura (VMI), como órgano técnico especializado en materia indígena, tiene a su cargo la tarea de concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta; brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades estatales y los pueblos indígenas; atender las dudas que surjan en cada proceso en particular; entre otras que establece el artículo 19 de la Ley. Así, por ejemplo, en lo que respecta a la industria minera y algunos supuestos de actividades hidrocarburíferas, la entidad promotora de la medida y, por tanto, la institución a cargo de realizar el proceso de consulta es el Ministerio de Energía y Minas; mientras que el VMI tiene un rol de concertación, articulación y coordinación del proceso²⁴⁷.

Si bien en términos teóricos este modelo puede resultar ventajoso para asegurar el cumplimiento del deber de consulta, dada la amplia gama de sectores estatales, en la práctica se identifican varios desafíos para alcanzar este objetivo. Uno de los principales es el gran desconocimiento sobre la normativa vigente entre las autoridades y funcionarios públicos de los diferentes sectores, lo que determina que el funcionario sea resistente a aplicar la consulta. Es por ello que resulta fundamental que, desde el VMI, se hagan los mayores esfuerzos posibles para darle al funcionario las herramientas necesarias para aplicar la consulta. Si bien el VMI ha publicado y continúa trabajando guías y herramientas, su aplicación efectiva queda bajo responsabilidad de la entidad promotora, por lo que estos instrumentos deben ir acompañados de estrategias claras y específicas para cada sector.

Asimismo, se cuestiona que el artículo 19.d de la Ley de Consulta establece, de un lado, que el VMI emite opiniones técnicas en primera instancia,

de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas para solicitar la consulta, sobre la calificación de la medida legislativa o administrativa proyectada por las entidades responsables, sobre el ámbito de la consulta y la determinación de los pueblos indígenas u originarios, a ser consultados.

²⁴⁷ Mediante Resolución Ministerial No. 350-2012-MEM-DM del 20 de julio de 2012, el MINEM determinó las direcciones que a cargo del proceso de consulta. En materia de hidrocarburos, se dispuso que la consulta estaría a cargo de la Dirección General de Hidrocarburos del MINEM, salvo la consulta del “Decreto Supremo que aprueba la suscripción de Contratos de Exploración y Explotación de lotes petroleros y gasíferos”, tarea que se encarga a Perupetro S.A. Posteriormente, mediante Resolución Ministerial No. 209-2015-MEM/DM del 4 de mayo de 2015, el referido Ministerio estableció que la entidad encargada de las consultas en el sector será la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos. Véase, MINEM. Resolución Ministerial No. 350-2012-MEM-DM del 20 de julio de 2012 y Resolución Ministerial No. 209-2015-MEM/DM del 4 de mayo de 2015.

Uno de los principales desafíos es el gran desconocimiento sobre la normativa vigente entre las autoridades y funcionarios públicos de los diferentes sectores, lo que determina que el funcionario sea resistente a aplicar la consulta

En la aplicación de esta normativa han surgido dificultades para definir cuál es la entidad promotora y entender cuáles son los roles de las distintas instituciones involucradas

Al mismo tiempo, el artículo 9 de la Ley le asigna la función de constituir la segunda instancia administrativa frente a solicitudes de aplicación del proceso de consulta rechazadas por la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa y responsable de ejecutar la consulta. De este modo, se ha puesto en cuestionamiento su capacidad de independencia al cumplir esta segunda tarea fundamental.

De otro lado, en la aplicación de esta normativa han surgido dificultades para definir cuál es la entidad promotora y entender cuáles son los roles de las distintas instituciones involucradas²⁴⁸. Se percibe con frecuencia que el VMI solo brinda apoyo técnico si se le solicita, pero cada entidad promotora decide si toma o no los criterios, a pesar de que ésta sea el ente rector en la materia. Se requiere, además, la articulación por parte del VMI de manera que pueda encauzar el proceso de consulta para que efectivamente se constituya en un mecanismo de garantía de derechos. Debe tenerse en cuenta que se encuentran posiciones muy diversas entre las instituciones estatales con relación a los procesos de consulta. Es posible notar que la reciente creación y necesidad de fortalecimiento institucional del VMI, hacen que en ocasiones tenga poca capacidad de influenciar en la toma de decisiones dentro del Ejecutivo. Es decir, los retos que enfrenta no son solamente de carácter técnico, sino que tienen que ver también con la influencia política en la toma de decisiones. De este modo, el perfeccionamiento de los procesos de consulta debe ir acompañado del fortalecimiento de personal y competencias del VMI si se quiere generar una instancia capaz de asegurar los fines para los que fue promulgada la Ley de Consulta Previa.

En **Chile** el artículo 13 del Decreto Supremo 66 de 2013 indica que el organismo que debe coordinar la consulta es el que propone la medida, pudiendo solicitar informe a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social. También puede solicitarla fundadamente cualquier interesado, incluyendo las organizaciones indígenas representativas, aun cuando no tengan personalidad jurídica, y el Consejo Nacional de CONADI. Asimismo, se establece que la CONADI oficiará de asistente técnico del proceso de consulta, especialmente en cuanto a la identificación de las instituciones representativas y en el resguardo de las particularidades de los pueblos afectados²⁴⁹. Son aplicables los comentarios realizados para el caso peruano, aunque parece ser que estos desafíos no se han hecho tan evidentes en Chile, porque se encuentran en marcha por el momento los primeros procesos de consulta. Debe agregarse un cuestionamiento

²⁴⁸ En el proceso Maijuna, por ejemplo, se presentó una discusión inicial en torno a quien se hacía cargo del proceso dado que se trataba de la creación de un área de conservación nacional, cuya aprobación involucra a varios niveles y sectores del Gobierno. El Ministerio de Ambiente participa pero no tiene un análisis de fondo; la Presidencia del Consejo de Ministros es quien aprueba; y el Gobierno regional es quien propone la medida. Es por ello que se decidió que fuera ejecutado por este último, y el Ministerio de Ambiente se comprometió a que la propuesta de Decreto Supremo refleje los acuerdos alcanzados y se busque conjuntamente su aprobación por el Consejo de Ministros. La información disponible sobre este proceso puede ser consultada en <http://www.regionloreto.gob.pe/Pag/ConsultaPrevia.aspx>

²⁴⁹ Decreto Supremo 66 de 2013, artículo 14.

propio del sistema chileno, dado que el artículo 4 del Decreto Supremo 66 de 2013 excluye expresamente a los órganos constitucionalmente autónomos, para los cuales la aplicación del reglamento resulta facultativa. Esta norma ha sido objeto de preocupación de las organizaciones indígenas, pues parece excluir del deber de consulta a los municipios, organismos autónomos por excelencia, y cuya injerencia en la gestión local resulta estratégica para el ejercicio de los derechos indígenas.

Como se mencionó previamente, en **Chile** se ha optado por establecer un mecanismo distinto para medidas que requieren la elaboración y aprobación de evaluaciones ambientales, dentro de las cuales se encuentran los proyectos extractivos. En estos supuestos, según lo establecido por el Decreto Supremo 40 del Ministerio del Medio Ambiente, las entidades a cargo de la evaluación ambiental son las responsables del procedimiento de consulta previa. En los procesos de consulta adelantados hasta el momento, se evidencian dificultades asociadas a que se sigue contando con la misma cantidad y perfil de profesionales, y que quienes realizan la consulta previa suelen ser los mismos funcionarios a cargo de los mecanismos de participación ciudadana, sin que hayan pasado por un proceso de capacitación y de fortalecimiento institucional.

1.3.3 Ausencia de una entidad específica a cargo de los procesos de consulta en Bolivia, Brasil y Guatemala

Los países que no han adoptado una legislación específica e integral no cuentan con una unidad o entidad específica a cargo de la implementación de procesos de consulta indígena. Puede decirse que **Bolivia** se encuentra parcialmente en esta situación, pues si bien parece tender a un sistema como el de Perú y Chile en el que cada sector y nivel de Gobierno se encarga de la consulta, este sistema aún no se encuentra consolidado y, en la actualidad, varias instancias estatales tienen funciones dispersas y no específicas en materia de consulta previa.

En el sector de hidrocarburos, el Ministerio de Hidrocarburos y Energía (MHE) cuenta con una oficina que viene aplicando procesos de consulta en virtud a la Ley de Hidrocarburos. La instancia específicamente a cargo es la Dirección General de Gestión Socio-Ambiental (DGGSA) del Viceministerio de Desarrollo Energético del MHE, la cual requiere ser fortalecida en lo que respecta al presupuesto y personal, según la información recibida²⁵⁰. Otras instituciones, como la Dirección General de Medio Ambiente y Cambio Climático (DGMACC) del Ministerio del Ambiente, también participan en procesos de consulta en hidrocarburos. No obstante, según organizaciones de la sociedad civil que acompañan estos procesos, en ocasiones se ha solicitado a dicho Ministerio participar en procedimientos de consulta pero no ha habido una respuesta

²⁵⁰ Entrevista con el Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social- CEJIS, La Paz, Bolivia, agosto de 2014.

Los países que no han adoptado una legislación específica e integral no cuentan con una unidad o entidad específica a cargo de la implementación de procesos de consulta indígena

En Guatemala se han llevado a cabo ciertos procesos de “socialización” o “participación” de las comunidades, delegadas a las empresas responsables de la ejecución de los proyectos

positiva, por falta de presupuesto y/o disponibilidad. También la Ley del Régimen Electoral otorga al Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático (SIFDE) del Tribunal Supremo Electoral el rol de observación y acompañamiento en los procesos de consulta²⁵¹.

Asimismo, se observa que el Anteproyecto de Ley de Consulta propone la creación de un marco institucional conformado por un Consejo Consultivo Plurinacional para la Gestión Intercultural del Derecho a la Consulta (artículos 14 y 15), y una Dirección General de Consulta dependiente del Órgano Ejecutivo (artículos 16 y 17). Si bien se propone la representación paritaria de las organizaciones matrices en el Consejo Consultivo, preocupa a un sector de las organizaciones indígenas en Bolivia que en la práctica este Consejo no sea el que decida ni ejecute las decisiones, sino la Dirección General de Consulta. En este sentido, preocupa a las organizaciones indígenas y de la sociedad civil que la instancia a cargo sea juez y parte, y consideran, en cambio, que debe apuntarse a una institución que goce de autonomía, tenga una posición neutral y de garantía de derechos²⁵².

En Brasil, en ausencia de un instrumento específico que regule la consulta previa, los escasos ejemplos han sido impulsados por los sectores del gobierno responsables del proyecto. En la propuesta de regulación de la consulta, el gobierno ha propuesto que el órgano o la entidad de la Administración Pública Federal responsable del proyecto notifique a la *Fundação Cultural Palmares* (en el caso de afectación a comunidades quilombolas) o a la FUNAI (en casos de afectación a comunidades indígenas) para la creación de una Comisión de Consulta Previa. Según la propuesta presentada por el gobierno, correspondería a dicha Comisión: a) elaborar y dar publicidad al plan de consulta previa, b) pactar el plan de consulta previa con los interesados, c) solicitar información a los órganos y entidades de la Administración Pública Federal, y d) elaborar y dar publicidad al informe final con las actividades de la consulta y sus resultados. Dado que el diálogo con las comunidades y organizaciones indígenas se encuentra suspendido, no es claro si dicho diseño será puesto en marcha.

En Guatemala se han llevado a cabo ciertos procesos de “socialización” o “participación” de las comunidades, delegadas a las empresas responsables de la ejecución de los proyectos. Ello es resultado de la normativa vigente, que reduce el derecho a la consulta de los pueblos indígenas a la participación de la población local potencialmente afectada en la realización de estudios de impacto ambiental y social²⁵³. Numerosas comunidades indígenas han solicitado a diferentes autoridades estatales

²⁵¹ Ley del Régimen Electoral, Ley N° 26 de 2010, artículo 40.

²⁵² Pronunciamiento del Encuentro de Naciones y Pueblos de Tierras Altas y Tierras Bajas sobre el derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada, 7 de junio de 2013. Disponible en http://servindi.org/pdf/Pronunciamiento_organizaciones_indigenas_de_Bolivia_ley_marco_de_consulta.pdf

²⁵³ Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, Acuerdo Gubernativo 431-2007, artículo 74.

la realización de consultas, como es su deber. No obstante, dicho país no cuenta con instancias que implementen procesos de consulta, conforme lo exigen sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Como se ha visto en esta sección, **no existe un sistema institucional ideal o único que pueda ser aplicado a los distintos países**. Los existentes presentan algunos aspectos positivos y, a la vez, otros que deben ser superados. A partir de los desafíos identificados en los distintos países, los elementos que deberían caracterizar a las instituciones estatales a cargo de los procesos de consulta son los siguientes:

- ❖ Asignar a la instancia a cargo el rol de garante de derechos, y el papel activo y de liderazgo en todo el proceso de consulta previa, lo que supone que goce de autonomía y capacidad de decisión;
- ❖ Dotar a la instancia a cargo del empoderamiento necesario dentro del aparato estatal y en su relación con otros sectores;
- ❖ Garantizar la presencia descentralizada del organismo;
- ❖ Otorgar la capacidad necesaria para canalizar las demandas, pedidos o reclamos surgidos durante el proceso de consulta a las instituciones estatales competentes;
- ❖ Contar con recursos humanos y financieros suficientes y adecuados;
- ❖ Contar con un equipo multidisciplinario y, de preferencia, con participación de personas indígenas;
- ❖ Disponer la participación activa de entidades que observen el proceso y sean garantes de derechos, como la Defensoría del Pueblo o el Ministerio Público;
- ❖ Destinar los mayores esfuerzos posibles para capacitar a los funcionarios públicos en puestos clave para la aplicación efectiva del derecho a la consulta.

No existe un sistema institucional ideal o único que pueda ser aplicado a los distintos países

En todos los países del presente estudio, sin excepción, se han reportado denuncias por la inaplicación de procesos de consulta cuando correspondía

2 Conflictos intersectoriales, vacíos de competencia, insuficiencia presupuestaria y otras limitaciones que afectan los procesos de consulta

El cumplimiento efectivo de las garantías del derecho a la consulta previa se enfrenta a múltiples limitaciones prácticas en los países de la región. Estas limitaciones se encuentran asociadas a aspectos tales como el incumplimiento de las garantías que determinan una consulta acorde con los estándares internacionales de derechos humanos; vacíos en la legislación vigente; financiación inadecuada; y ausencia de garantías en torno a la evaluación socio ambiental. A continuación nos referiremos a las preocupaciones centrales de cada uno de estos aspectos en los países objeto del presente estudio.

2.1 Inaplicación de procesos de consulta

La más clara limitación en la implementación de este derecho es la adopción inconsulta de medidas administrativas y legislativas que afectan directamente a los pueblos indígenas. En todos los países del presente estudio, sin excepción, se han reportado denuncias por la inaplicación de procesos de consulta cuando correspondía, como evidencian algunos ejemplos que se citan a continuación.

En **Bolivia**, si bien desde hace varios años se vienen aplicando procesos de consulta en materia de hidrocarburos, lo mismo no ha ocurrido con relación a medidas administrativas que afectan directamente a los pueblos indígenas en otros ámbitos, como en materia minera o de infraestructura. Asimismo, no se cuenta aún con mecanismos efectivos de consulta de medidas legislativas y se ha reportado la adopción reciente de este tipo de medidas sin consultar a los pueblos indígenas en dicho país²⁵⁴. Del mismo modo, si bien en **Colombia** desde mediados de los años 90 se vienen realizando consultas previas²⁵⁵, siguen presentándose casos de medidas adoptadas sin observar

²⁵⁴ Tal es el caso de la nueva Ley de Minería y Metalurgia, promulgada el 28 de mayo de 2014, pues según la información al alcance, esta Ley ni la sección referida específicamente al derecho a la consulta habrían sido precedidas por un proceso de consulta con los pueblos indígenas de dicho país. Se identifican, además, otras medidas legislativas que no habrían sido sometidas a una consulta previa propiamente, tales como la Ley de Derechos de la Madre Tierra, Ley N° 071 del 21 de diciembre de 2010; y la Ley de protección a Naciones y Pueblos Indígena Originarios en situación de alta vulnerabilidad, Ley N° 450 del 4 de diciembre de 2013. Entrevista con representantes de CONAMAQ orgánica, La Paz, Bolivia, agosto de 2014; entrevista con representantes de CIDOB orgánica, Santa Cruz, Bolivia; y entrevista con el Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social- CEJIS, La Paz, Bolivia, agosto de 2014.

²⁵⁵ Según la información disponible, los procesos de consulta previa en Colombia se iniciaron en 1994 con un proyecto de hidrocarburos que afectaba al pueblo indígena Sikuani y en los años siguientes fueron cobrando mayor relevancia. Rodríguez, G. A. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: GIZ/Universidad del Rosario, pp. 141-142.

este derecho. Así, por ejemplo, resulta ilustrativo notar que, según la información disponible, entre 1993 y 2012 se otorgaron 2.331 licencias ambientales. A pesar de que la mayoría de estos licenciamientos afectaría tierras o territorios indígenas, en dicho periodo se efectuaron tan solo 156 procesos de consulta. Se observa, además, que de las consultas realizadas, el número más elevado se dio en el ámbito de hidrocarburos con 65 consultas, seguido por el sector de infraestructura con 44 procesos. En contraste, en materia minera se contabilizan únicamente seis procesos de consulta²⁵⁶.

En cuanto a **Perú**, se empezaron a realizar los primeros procesos de consulta con la entrada en vigencia de la Ley de Consulta Previa, el 7 de diciembre de 2011; y son numerosas las medidas administrativas y legales adoptadas sin consulta, incluso con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley²⁵⁷. **Chile** se encuentra en una situación similar, pues se están realizando los primeros procesos de consulta al amparo de los cuestionados Decretos Supremos 66 y 40 de 2013, a pesar de que el Convenio 169 de la OIT entró en vigor para el referido país en septiembre de 2009.

La situación **en Guatemala es particularmente preocupante pues, a pesar de la agudización de los conflictos sociales en todo el país, se han autorizado planes y proyectos extractivos, de desarrollo e infraestructura sin observarse el derecho a la consulta**. Durante años, los pueblos indígenas en Guatemala han requerido al Estado el cumplimiento de su derecho a ser consultados, no obstante la respuesta estatal ha sido la inacción o negativa a cumplir este deber. La falta de mecanismos de consulta ha llevado a que los pueblos indígenas en Guatemala realicen por iniciativa propia las denominadas “consultas comunitarias de buena fe” en las que han expresado su oposición a proyectos. Se han llevado a cabo también las llamadas “consultas municipales”, al amparo del Código Municipal que otorga a los vecinos de un municipio el derecho a expresarse con relación al uso, goce o disfrute de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio de ese municipio y cuyo resultado es vinculante a nivel municipal²⁵⁸. A pesar que se han realizado en el país aproximadamente 75 consultas comunitarias de buena fe en donde está documentada la participación de más de 800.000 personas, el

La falta de mecanismos de consulta ha llevado a que los pueblos indígenas en Guatemala realicen por iniciativa propia las denominadas “consultas comunitarias de buena fe”

²⁵⁶ Rodríguez, G. A. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: GIZ/Universidad del Rosario, pp. 140-146.

²⁵⁷ Por ejemplo, el 12 de julio de 2014 fue publicada la Ley 30230, mediante la cual se adoptan un conjunto de medidas tributarias, de simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país. Como expresaron las organizaciones indígenas nacionales que conforman el Pacto de Unidad, a través de esta ley se adoptaron una serie de medidas que afectan a los pueblos indígenas, sin que fueran consultados. Véase, Pacto de Unidad. atentado contra los derechos territoriales de los pueblos indígenas y originarios del Perú, Lima, septiembre de 2014. Disponible en <http://es.scribd.com/doc/239096743/Pronunciamento-Del-Pacto-de-Unidad-Sobre-Ley-30230-Paquetazo> Cabe notar que se presentó un proceso de consulta con anterioridad a la aprobación de la Ley de Consulta, con los pueblos indígenas Awajun y Wampis en torno a la creación del Parque Nacional Ichigkat Muja – Cordillera del Cóndor (PNIM). Véase, al respecto, Molleda Ruíz, J. C., 18 de julio de 2013. Caso Cordillera del Cóndor: Corte Suprema convalida incumplimiento del Estado del primer proceso de consulta. *Justicia Viva*. Disponible en <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=1108>

²⁵⁸ Código Municipal, Decreto 12-2002 del Congreso de la República, artículos 64 a 66.

gobierno no las ha respetado. Aunque esas consultas han sido consideradas “inválidas” o “ilegítimas” por sectores del gobierno y empresariales, han funcionado como una forma de expresión popular, creando conciencia y poniendo en el debate público nacional la cuestión del impacto de las industrias extractivas. Hasta la fecha se han realizado siete consultas municipales, en las que prevaleció el “NO” a los proyectos mineros en esos municipios. De esas, cinco fueron apeladas en la Corte de Constitucionalidad por grupos empresariales²⁵⁹.

La Corte de Constitucionalidad guatemalteca ha reconocido parcialmente la validez de las consultas comunitarias, pues ha considerado que son legítimas sólo aquellas realizadas con apego al Código Municipal. Además, ha otorgado a éstas últimas un alcance sumamente limitado. Al respecto, cabe mencionar que, en el 2007, la Corte de Constitucionalidad se pronunció sobre la legalidad de la consulta comunitaria de Sipacapa, uno de los municipios del departamento de San Marcos afectados por la implementación del proyecto Mina Marlin y donde tuvo lugar la primera consulta comunitaria en el 2005. En su fallo, la Corte concluyó que si bien el Gobierno de Guatemala estaba obligado a llevar a cabo consultas a las comunidades afectadas por proyectos que les afecten directamente, no correspondía ejercitar dicha obligación a los municipios, sino al Gobierno central, en la medida en que la gestión de los recursos naturales es una competencia que le corresponde exclusivamente a éste²⁶⁰. Asimismo, la Corte de Constitucionalidad ha desvirtuado el carácter vinculante que el Código Municipal otorga a las consultas, al observar que dicho cuerpo normativo es contradictorio en sus artículos 64 y 66 al referirse al grado de participación de la población empadronada requerido para que sea vinculante, situándose en el 20% y 50%, respectivamente. Esta imprecisión legal ha sido el argumento para rechazar su obligatoriedad²⁶¹.

²⁵⁹ Cabe mencionar que el ex Relator Especial James Anaya señaló al respecto que, si bien las “consultas” en el Código Municipal no corresponden necesariamente a un proceso de diálogo o negociación con el Estado, “tales procesos comunitarios son expresiones válidas que tienen relevancia en la medida en que constituyen un reflejo de las aspiraciones legítimas de las comunidades indígenas a ser escuchadas en relación con los proyectos que tengan un impacto potencial sobre sus territorios tradicionales”. Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Adición. Observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales. A/HRC/16/XX, 4 de marzo de 2011, párr. 32.

²⁶⁰ Corte Constitucional. Expediente 117-2005 (2007), considerando IV.

²⁶¹ Corte Constitucional. Expediente 117-2005 (2007), considerando IV.

2.2 Incumplimiento de las garantías que determinan una consulta compatible con los estándares internacionales de derechos humanos

Para ser compatible con los estándares internacionales de derechos humanos, **la consulta con los pueblos indígenas debe cumplir ciertas garantías: ser previa, libre, informada, culturalmente adecuada, realizarse de buena fe y con la finalidad de obtener el consentimiento.** Muchas de las limitaciones de los procesos de consulta se relacionan con el incumplimiento de una o más de esas garantías. En algunos casos, obedecen al desconocimiento de las salvaguardias en la normativa o jurisprudencia de los países de la región y, en otros, aunque han sido reconocidas formalmente, se presentan en la práctica procesos que no cumplen del todo con estos parámetros o son realizados de modo parcial. Si bien excede al ámbito del presente informe el análisis del cumplimiento de cada una de estos elementos en los seis países bajo estudio, nos proponemos advertir las preocupaciones centrales en torno a estas exigencias.

❖ **Información completa y culturalmente adecuada sobre la medida:** esta garantía exige que, desde el primer momento y durante todo el proceso, se provea información plena y precisa sobre la naturaleza, impactos y consecuencias de la medida en las comunidades o pueblos consultados²⁶². Un aspecto preocupante sobre esta salvaguarda se refiere a que no en todos los casos, el pueblo o comunidad afectada puede efectivamente tomar conocimiento, mediante mecanismos culturalmente adecuados, de la existencia de una medida que pueda afectarlos. Por ejemplo, en **Guatemala** la legislación y políticas institucionales vigentes habilitan el otorgamiento de licencias sin que las comunidades indígenas tomen conocimiento de la posible aprobación de una medida susceptible de afectarlas. Según la normativa ambiental guatemalteca vigente, una vez elaborado el estudio de impacto ambiental (EIA) por la empresa proponente, dicho instrumento debe ser publicado “a través de los medios de comunicación que el proponente y el MARN [Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales] acuerden conjuntamente”²⁶³, los que muchas veces no tienen circulación en las comunidades, y se tienen 20 días para presentar una oposición “con un fundamento técnico, científico o jurídico”²⁶⁴. Las comunidades indígenas enfrentan serias dificultades por la inaccesibilidad de la información sobre el proyecto, la insuficiencia del tiempo para la interposición del recurso, distancias geográficas, y falta de recursos económicos y de asistencia técnica. En **Perú**, el artículo 17 y 18 del Reglamento de Consulta Previa, referidos respectivamente a las etapas de publicidad e informativa, disponen que se otorgue la información a través de medios culturalmente adecuados a los pueblos que serán consultados, esto es,

La consulta con los pueblos indígenas debe cumplir ciertas garantías: ser previa, libre, informada, culturalmente adecuada, realizarse de buena fe y con la finalidad de obtener el consentimiento

²⁶² En palabras de la Corte Interamericana, “la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes”. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 208.

²⁶³ Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, Acuerdo Gubernativo 431-2007, artículo 75.

²⁶⁴ Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, Acuerdo Gubernativo 431-2007, artículo 78.

a los previamente identificados. Sin embargo, no se disponen, sobre todo en la etapa de publicidad, acciones para que un pueblo que pudiera no haber sido identificado pueda tomar conocimiento, salvo por la información colgada en el portal web de la entidad promotora, lo que no constituye un mecanismo idóneo²⁶⁵.

Otra preocupación central se refiere a la calidad, cantidad y adecuación cultural de la información brindada durante el proceso de consulta. Al respecto, en **Perú** se ha evidenciado en los procesos de consulta de hidrocarburos que se debe mejorar las posibilidades de acceso a la información, pues en algunos casos esa es difundida por internet o se entrega en físico, sin que se garantice su comprensión²⁶⁶. Igualmente, respecto a **Bolivia** se informó que, con base en un documento altamente técnico que presenta la empresa, el Ministerio elabora “cartillas” con información más sucinta y sin detalles técnicos a las comunidades ubicadas en zonas susceptibles de ser afectadas. Según la información disponible, tales cartillas suelen ser entregadas en español, y en ocasiones no hay coincidencia entre datos fundamentales proporcionados por la empresa y las cartillas. Además, en algunos casos estas serían entregadas sin que las comunidades tengan tiempo suficiente para analizarlas y tomar una decisión²⁶⁷.

❖ **Falta de adecuación cultural:** supone, en términos generales, que el proceso sea acorde y respetuoso de las particularidades culturales propias del pueblo o comunidad indígena consultada. El carácter adecuado de la consulta está determinado por múltiples factores, como la participación de los pueblos indígenas a través de sus instituciones representativas, la designación de traductores e intérpretes, de ser necesario, y la entrega de información inteligible para las comunidades y en formatos apropiados, entre otros. Es positivo notar que países como **Perú** y **Chile**, que han adoptado normas para implementar este derecho, hayan incluido disposiciones dirigidas a garantizar que la consulta sea culturalmente adecuada²⁶⁸. Se observa, además, como una buena práctica que, en países como **Colombia**, se cuenta con una etapa de “pre consulta” en la que se construye una ruta metodológica con detalles de tiempo, modo y lugar en que se va a efectivizar el derecho a la consulta²⁶⁹. En el ordenamiento **guatemalteco**, en cambio, no es posible encontrar normas ni prácticas en ese sentido.

²⁶⁵ GIZ. (2014). *La consulta previa al área de conservación regional Maijuna Kichwa. Lecciones de la primera experiencia de consulta previa en el Perú*. Lima: GIZ- Proyecto promoviendo la implementación del derecho a la consulta previa, p. 25. . Disponible en http://www.consulta-previa.org.pe/publicaciones/Consulta_previa_Maijuna_Kichwa.pdf

²⁶⁶ Este aspecto fue criticado por el ex Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, con relación a la consulta realizada para el momento de su visita, en diciembre de 2013. Véase, Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Informe sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas en Perú, en relación con las industrias extractivas. A/HRC/27/52/Add.3, 7 de mayo de 2014, párrs. 48-54.

²⁶⁷ Entrevista con el Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social- CEJIS, La Paz, Bolivia, agosto de 2014.

²⁶⁸ Véase, con relación a Perú, por ejemplo, el artículo 4.b) de la Ley de Consulta Previa y el artículo 5 de su Reglamento; y con respecto a Chile, véase el artículo 10 del Decreto Supremo 66 de 2013.

²⁶⁹ Véase, Corte Constitucional. Sentencia T 129-2011.

Pero los mayores desafíos de adecuación cultural se presentan en la implementación práctica. Así, por ejemplo, si bien se ha incorporado normativamente la representación de los pueblos indígenas en los procesos a través de sus instituciones representativas²⁷⁰, se presentan dificultades para determinar cuáles son tales instituciones. En **Bolivia**, el Ministerio de Hidrocarburos consultaría únicamente con las comunidades consideradas dentro del área de influencia, a pesar de que forman parte de un territorio indígena único y más amplio²⁷¹. Es un problema también presente en **Colombia**, donde se han dado casos en que la consulta previa se realiza por comunidades y no por pueblos, generando divisiones y desconocimiento de las formas organizativas propias²⁷².

La adecuación cultural del proceso de consulta se encuentra también relacionada con el otorgamiento de plazos que permitan al pueblo o comunidad consultada informarse y conocer el alcance de la medida, decidir o deliberar internamente su posición, así como dialogar con los demás participantes del proceso, sin presiones de tiempo²⁷³. No obstante, se observa una tendencia a establecer plazos fijos y a reducir cada vez más la duración de los procesos. En **Bolivia**, por ejemplo, frente a la preocupación de determinados sectores por la demora de procesos de consulta en materia de hidrocarburos, se modificó en 2008, de manera unilateral y sin consulta, para establecer plazos más cortos en el proceso²⁷⁴; mientras que las leyes adoptadas o propuestas normativas más recientes establecen también plazos máximos²⁷⁵. En **Colombia**, según la Dirección de Consulta Previa, uno de los factores que determinan el éxito de los procesos es su duración, la cual se ha disminuido significativamente en los últimos años²⁷⁶, llegando incluso a procesos que duran uno o dos meses²⁷⁷. En **Chile**, el reglamento que regula el procedimiento de consulta dispone que el proceso dure entre 90 u 150 días hábiles (de 3 a 5 meses aproximadamente)²⁷⁸;

La adecuación cultural del proceso de consulta se encuentra también relacionada con el otorgamiento de plazos que permitan al pueblo o comunidad consultada informarse y conocer el alcance de la medida

²⁷⁰ Véase, en Bolivia, Ley de Hidrocarburos, artículo 118; en Chile, Decreto Supremo 66 de 2013, artículo 6; y en Perú, Ley de Consulta Previa, artículo 6.

²⁷¹ Sobre este mismo punto, existe preocupación porque el Anteproyecto de Ley Marco seguiría esta línea que no tiene en cuenta la estructura orgánica del territorio y rompe la territorialidad al consultar con las comunidades que se consideran “afectadas directamente”. Anteproyecto de Ley de Consulta Previa Libre e Informada, artículo 9.c).

²⁷² Entrevista con la Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos en Colombia, Bogotá, Colombia, septiembre de 2014.

²⁷³ Como afirmó un dirigente indígena colombiano, “el tiempo ritual es muy importante para que el pueblo haga sus ceremonias y consulte con sus sabios”. Entrevista con OPIAC, Bogotá, Colombia, septiembre de 2014.

²⁷⁴ Decreto Supremo N° 29574, adoptado el 21 de mayo de 2008, artículo 2.III.

²⁷⁵ Es el caso de la Ley de Minería y Metalurgia que dispone en su artículo 212 una duración máxima de 4 meses de los procesos de consulta; y del Anteproyecto de Ley de Consulta que establece en su artículo 22 como regla general que los procesos se realicen en un plazo máximo de 180 días calendario.

²⁷⁶ Entrevista con la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, Bogotá, Colombia, septiembre de 2014.

²⁷⁷ Entrevista con personal de la Defensoría Delegada para los Indígenas y las Minorías étnicas, Bogotá, Colombia, septiembre de 2014. Entrevista con la Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos en Colombia, Bogotá, Colombia, septiembre de 2014.

²⁷⁸ El artículo 17 del Decreto Supremo 66 de 2013 contempla un plazo de 25 días hábiles por cada una de las etapas para las medidas legislativas y de 20 días hábiles por etapa para las medidas administrativas.

Si bien el establecimiento previo de plazos tiende a contribuir a que los procesos sean predecibles, es recomendable que prime el carácter referencial de los mismos y de ser necesario sean extendidos

e, igualmente, la legislación **peruana** establece un plazo máximo de 120 días²⁷⁹. El contexto geográfico y socio cultural en algunas de las consultas ya realizadas en Perú ha evidenciado la necesidad de mayores tiempos²⁸⁰. En **Brasil**, aunque no existe una norma general que establezca un término específico, el Grupo de Trabajo Interministerial responsable del proceso de regulación ha propuesto el plazo de 90 días prorrogable por el mismo término. Se trata de una propuesta supeditada a la aprobación final por parte del Gobierno Federal.

Si bien el establecimiento previo de plazos tiende a contribuir a que los procesos sean predecibles, es recomendable que prime el carácter referencial de los mismos y de ser necesario sean extendidos, en atención al principio de flexibilidad²⁸¹, y con miras a garantizar la adecuación cultural de la consulta y evitar caer en aproximaciones meramente procedimentales. Es importante recordar además que los intentos por reducir al máximo la duración de la consulta contrastan enormemente con las expectativas de las comunidades y pueblos indígenas, quienes con frecuencia ven en el proceso una oportunidad única para ser escuchadas. Además, aproximaciones restrictivas favorecen la crítica en cuanto a que la consulta es un mero trámite, antes que un mecanismo de garantía de derechos.

❖ **Ausencia de garantías de una consulta libre:** supone la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia²⁸². Es posible identificar casos de fuerte presión e intimidación a las comunidades consultadas y, en especial, a sus líderes. En el caso de **Colombia**, la persistencia del conflicto armado es un punto central, pues disminuye la capacidad de decisión libre de los pueblos indígenas. En ocasiones, las consultas van acompañadas de amenazas, amedrentamientos, despojos o desalojo²⁸³. Igualmente, en **Guatemala**, algunos procesos de “diálogo” o “socialización” han sido realizados en contextos marcados por amenazas y criminalización de dirigentes comunitarios²⁸⁴. En **Brasil**,

²⁷⁹ Reglamento de la Ley de Consulta Previa, artículo 24.

²⁸⁰ GIZ. (2014). *La consulta previa al área de conservación regional Maijuna Kichwa. Lecciones de la primera experiencia de consulta previa en el Perú*. Lima: GIZ- Proyecto promoviendo la implementación del derecho a la consulta previa, p. 20. Disponible en http://www.consulta-previa.org.pe/publicaciones/Consulta_previa_Maijuna_Kichwa.pdf

²⁸¹ Véase, en Perú, Ley de Consulta Previa, artículo 4, d) y e); en Chile, Decreto Supremo 66 de 2013, artículo 10.

²⁸² Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 186.

²⁸³ Véase, al respecto, ONIC. Consejería de Derechos de los Pueblos Indígenas, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Paz. *Informe Anual 2013*. Disponible en <http://cms.onic.org.co/wp-content/uploads/2014/09/Informe-Anual-2013-Derechos-Humanos-ONIC.pdf>; y ONIC. Consejería de Derechos de los Pueblos Indígenas, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Paz. *Informe Anual 2014*. Disponible en <http://cms.onic.org.co/wp-content/uploads/2014/09/Informe-Anual-2014-Derechos-Humanos-ONIC.pdf>

²⁸⁴ Así por ejemplo, según la Unidad de Protección a Defensoras y Defensores de Derechos Humanos (UDEFEQUA), en el 2013 se registraron 657 ataques en contra de defensores y defensoras, de los cuales casi el 20% se han producido en contra de líderes y lideresas campesinos y por la defensa de derechos de los pueblos indígenas en torno al derecho a la consulta. Solo en el 2013 se reportaron 18 asesinatos de defensores y defensoras, tres de los

se han dado casos en los que integrantes de comunidades indígenas fueron presos en plena reunión convocada por altos funcionarios públicos. Es lo que sucedió el 9 de mayo de 2014, cuando cinco indígenas Kaingang fueron detenidos en flagrancia por la Policía Federal, minutos después de presentarse a una reunión con representantes del gobierno federal, del gobierno del Estado de Rio Grande do Sul y del municipio de Faxinalzinho, cuya finalidad era discutir la demarcación del territorio Kaingang. Según la información difundida por el Ministro de Justicia, la detención, conducida por un gran operativo de la Policía Federal, estaría relacionada con la investigación por la muerte de dos agricultores del referido municipio²⁸⁵.

❖ **Falta de medidas para alcanzar el objetivo de la consulta: el consentimiento del pueblo o comunidad consultada:** conforme al artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, las consultas deben ser “llevadas a cabo (...) con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. Como han expresado los órganos de control de este Convenio, el objetivo de la consulta no es promover meros trámites de audiencia o hacer una “socialización” o “diálogo”, sino que se debe buscar acuerdos aceptados por ambas partes antes de la adopción de una decisión²⁸⁶. Asimismo, los órganos del Sistema Interamericano han establecido el deber estatal de garantizar que la consulta a los pueblos indígenas debe “estar dirigida a obtener su consentimiento libre e informado”²⁸⁷.

cuales se vinculan con la defensa de tierras y territorios indígenas. UDEFEGUA. (2013). *El Silencio es historia. Informe sobre situación de Defensoras y Defensores de Derechos Humanos. Enero a Diciembre de 2013* p. 11. Disponible en http://www.udefegua.org/images/informesanuales/informe_final_2013 y también en http://protectionline.org/files/2014/09/5_UDEFEGUA_informe-anual-2013.pdf Otros organismos de derechos humanos también han advertido las continuas amenazas y hostigamientos en contra de líderes, lideresas, autoridades e individuos indígenas en el contexto de la implementación de proyectos de desarrollo e inversión y de concesiones extractivas en Guatemala. Véase, OACNUDH. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los derechos Humanos sobre las Actividades de su Oficina en Guatemala, año 2012. A/HRC/22/17/Add.1, 7 de enero de 2013. párr.47-50. OACNUDH. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los derechos Humanos sobre las Actividades de su Oficina en Guatemala, año 2011. A/HRC/19/21/Add.1, 27 de enero de 2012, párr. 40. Disponibles en <http://www.ohchr.org.gt/informes.asp> CIDH. 24 de agosto de 2013. *CIDH condena ataque contra niños maya q'eqchi' en Guatemala*. Comunicado 61/13. Cobán, Alta Verapaz, Guatemala. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/061.asp>

²⁸⁵ Véase, Conselho Indigenista Missionário, outubro de 2014. *Sem provas, Polícia Federal e governo transformam cinco líderes Kaingang em presos políticos e criminalizam a luta pela terra*. Disponible en <http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&action=read&id=7518>

²⁸⁶ Como ha señalado recientemente la OIT, si bien “(...) el Convenio núm. 169 no proporciona un derecho de veto a los pueblos indígenas, (...) [l]a importancia de obtener el acuerdo o el consentimiento es mayor mientras más severas sean las posibles consecuencias para los pueblos indígenas involucrados. Si, por ejemplo, hay peligro para la continuación de la existencia de una cultura indígena, la necesidad del consentimiento con las medidas propuestas es más importante que en los casos en los que las decisiones pueden resultar en inconvenientes menores, sin consecuencias severas o duraderas”. Organización Internacional del Trabajo. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. (2013). *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, p. 17.

²⁸⁷ En particular, la Corte Interamericana ha señalado que “la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como ‘un verdadero instrumento de participación’, que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas”. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párr. 186. Véase, asimismo,

El objetivo de la consulta no es promover meros trámites de audiencia o hacer una “socialización” o “diálogo”, sino que se debe buscar acuerdos aceptados por ambas partes antes de la adopción de una decisión

*En Bolivia,
los procesos
de consulta
sobre proyectos
hidrocarburíferos se
han enfocado en gran
medida en negociar
la compensación
por las afectaciones
identificada*

Si bien el objetivo de la consulta es claro, existen percepciones muy distintas por parte de los intervinientes. **En Bolivia**, por ejemplo, por la normativa y el diseño institucional, **los procesos de consulta sobre proyectos hidrocarburíferos se han enfocado en gran medida en negociar la compensación por las afectaciones identificadas**, antes que en obtener el consentimiento previo a la toma de decisiones. Igualmente, en **Colombia**, según algunas organizaciones indígenas, **la consulta se centra en determinar cómo se implementa el proyecto para que afecte lo menos posible a los pueblos indígenas a través de la determinación de medidas de mitigación y el otorgamiento de indemnizaciones y/o compensaciones**²⁸⁸. Esto ocurre porque el sistema vigente no permite la determinación misma de la implementación del proyecto y desconoce que el propósito de la consulta es ser una garantía de la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas frente a medidas que afecten sus derechos colectivos. Se debe, por tanto, orientar la consulta a proteger tales derechos y evitar el modelo de negociación del bienestar.

❖ **Inobservancia del principio de buena fe:** dicho principio debe ser inherente a toda consulta con los pueblos indígenas, como se desprende del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y del artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Como ha expresado la Corte Interamericana, supone el establecimiento de un clima de confianza mutua y la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de terceros que actúan con su autorización o aquiescencia²⁸⁹. En palabras de la Corte Interamericana, este requisito

es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales²⁹⁰.

La Comisión Interamericana, por su parte, lo ha entendido como una garantía frente a procesos meramente formales, que exige dejar de lado el entendimiento de la consulta como el cumplimiento de una serie de requisitos *pro forma*²⁹¹.

CIDH. *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 157. Véase, *inter alia*, CIDH. *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo*. Caso 12.053 (Belice). Informe No. 40/40 de 12 de octubre de 2004, párr. 143.

²⁸⁸ Entrevista con OPIAC, Bogotá, Colombia, septiembre de 2014.

²⁸⁹ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párr. 186.

²⁹⁰ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párr. 186.

²⁹¹ CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II, Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 317.

La preocupación central en cuanto a la implementación de este principio es que sea definida de modo que impida que los pueblos indígenas se opongan a determinado proyecto. En la legislación **chilena**, por ejemplo, la buena fe ha sido definida como la obligación de los intervinientes de: “(...) actuar de manera leal y correcta con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento libre, previo e informado (...)”²⁹². Se establece, además, que los intervinientes “no podrán realizar conductas, acciones u omisiones que obstaculicen el normal desarrollo del proceso de consulta previa o impidan alcanzar su finalidad, así como aquellas que pretendan burlar o desconocer los acuerdos alcanzados.” El principio de buena fe implica obligaciones principalmente para el Estado, lo cual podría ser opacado por la referencia que la norma hace a la “lealtad” y “corrección” de la conducta de las partes. Esto se ve agravado cuando se identifican como conductas contrarias a la buena fe aquellas que impidan alcanzar el consentimiento. Cabe recordar que los pueblos indígenas están en su pleno derecho a oponerse a la medida propuesta, cuestión que con el entendimiento de buena fe propuesto podría quedar en entredicho y ser utilizada como un indicativo de mala fe²⁹³. La preocupación encuentra fundamento en la práctica, pues en el caso del proyecto minero el Morro, la autoridad ambiental decidió suspender la consulta indígena argumentando que la Comunidad Agrícola Diaguita de los Huascoaltinos, actuó de mala fe lo que se deduciría de la demora de la comunidad para aprobar el procedimiento de consulta propuesto por el Gobierno. En base a esta convicción, la autoridad procedió a dictar la resolución de calificación ambiental que proveyó de la licencia ambiental al proyecto sin efectuar la consulta²⁹⁴.

En Brasil son flagrantes los ejemplos de incumplimiento del principio de buena fe en los procesos de consulta, talleres informativos y demarcación de territorios indígenas. En el caso del pueblo Munduruku, por ejemplo, desde enero de 2001 el gobierno federal se había comprometido a realizar la demarcación del territorio Sawré Muybu, en el Estado de Pará, norte del país. Según ha denunciado el pueblo Munduruku, desde septiembre de 2013 el informe para la demarcación se encontraba finalizado pero su publicación nunca llegó a realizarse por la FUNAI, hecho que motivó la presentación de una acción judicial por parte del Ministerio Público Federal. El 17 de octubre de 2014 la entonces presidenta interina de la FUNAI, Maria Augusta Assirati, manifestó en una reunión con líderes Munduruku que “el informe ya debería haber sido publicado, pero ello no depende de la voluntad de un solo órgano del gobierno”²⁹⁵. Nueve días después Assirati renunció a su cargo

²⁹² Decreto Supremo 66 de 2013, artículo 9.

²⁹³ Véase, al respecto, Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas. A/HRC/24/41, 1 de julio de 2013, Sección III. A, El derecho de los pueblos indígenas a oponerse a las actividades extractivas.

²⁹⁴ Recurso de Apelación en causa Comunidad Agrícola Diaguita Huascoaltinos contra Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama, Rol 437-2013, autos acumulados en Rol 436-2013, Corte Suprema, causa Rol N° 11.299-2014.

²⁹⁵ Véase, extracto de la reunión entre representantes de la FUNAI y líderes del pueblo indígena Munduruku

*En Brasil son
flagrantes los
ejemplos de
incumplimiento del
principio de buena
fe en los procesos
de consulta, talleres
informativos y
demarcación de
territorios indígenas*

Otra de las limitaciones se relaciona con vacíos normativos que dificultan el ejercicio de la consulta

y dio declaraciones públicas subrayando que el Ministerio de Justicia ha buscado vaciar la importancia de la FUNAI, sometiendo sus pareceres técnicos a criterios políticos que priorizan los megaproyectos por encima de los derechos de los pueblos indígenas²⁹⁶. Mientras la omisión del gobierno brasileiro en demarcar el territorio Munduruku aumentaba la desconfianza de dicho pueblo, altos funcionarios de la administración federal, incluyendo el Ministro de la Justicia José Eduardo Cardozo, anunciaban públicamente la intención de llevar a cabo la construcción de las hidroeléctricas de São Luiz do Tapajós y Jatobá, ambas en territorio reclamado por el pueblo afectado y sin un procedimiento adecuado de consulta. Ante tal situación, los Munduruku decidieron demarcar su territorio con sus propios medios²⁹⁷ y aprobaron, en Asamblea llevada a cabo el 13 y 14 de diciembre de 2014, su propio protocolo de consulta²⁹⁸. Son varios los casos en los que el gobierno federal brasileiro busca adelantar mega proyectos hidroeléctricos encontrándose pendientes los procedimientos de demarcación del territorio afectado.

2.3 Vacíos normativos

Otra de las limitaciones se relaciona con vacíos normativos que dificultan el ejercicio de la consulta. Si bien se ubican en este ámbito aquellos ordenamientos que carecen de normas que implementen este derecho, se encuentran también vacíos más específicos evidenciados en las experiencias de cada país. En **Bolivia**, por ejemplo, en la aplicación del marco normativo sobre consulta previa en materia de hidrocarburos, se ha considerado como un vacío legal la inexistencia de parámetros que permitan medir los impactos de manera “objetiva”²⁹⁹. La identificación y medición de los impactos socio-culturales es especialmente problemática, no solo por las dificultades que puedan encontrarse en cuantificarlos, sino porque el personal de las empresas no tiene la formación y sensibilidad para entenderlos y reconocerlos como legítimos³⁰⁰.

realizada el 17 de octubre de 2014. Disponible en <https://vimeo.com/111974175>

²⁹⁶ Véase, Ana Arahna. (2015, 27 de janeiro). A FUNAI está sendo desvalorizada e sua autonomia totalmente desconsiderada, diz ex-presidente. *Agência de Reportagem e Jornalismo Investigativo “Publica”*. Disponible en <http://apublica.org/2015/01/a-funai-esta-sendo-desvalorizada-e-sua-autonomia-totalmente-desconsiderada-diz-ex-presidente/>

²⁹⁷ Véase, Combate Racismo Ambiental. (2014, 5 de novembro). Comunicado ao Governo Brasileiro, emitido por lideranças do povo Munduruku. Disponible en <http://racismoambiental.net.br/2014/11/05/comunicado-ao-governo-brasileiro-emitido-por-liderancas-do-povo-munduruku/>

²⁹⁸ Véase, Ministério Público Federal. Procuradoria da República do Pará. (2014, 18 de dezembro). Munduruku decidem como deverão ser consultados sobre hidrelétricas e outras obras. Disponible en <http://www.prpa.mpf.br/news/2014/munduruku-decidem-como-deverao-ser-consultados-sobre-hidreletricas-e-obras>

²⁹⁹ Cox, R. (Coord.). (2013). *Estado de la gestión socio-ambiental del sector hidrocarburos en pueblos indígenas del Chaco y Norte de La Paz, Bolivia*. Cochabamba: Centro de Estudios Aplicados a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CEADESC), p. 32. Disponible en <http://www.diakonia.se/globalassets/documents/diakonia/where-we-work/latinamerica/bolivia---estudio---estado-de-la-gestion-socio-ambiental-del-sector-hidrocarburos-chaco-y-norte-de-la-paz-2013.pdf>

³⁰⁰ Cox, R. (Coord.). (2013). *Estado de la gestión socio-ambiental del sector hidrocarburos en pueblos indígenas del Chaco y Norte de La Paz, Bolivia*. Cochabamba: Centro de Estudios Aplicados a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CEADESC), p. 39.

Un vacío identificado en la normativa **colombiana** es la ausencia de dispositivos legales que permitan la puesta en marcha de procesos de consulta frente a proyectos, obras o actividades que no requieran licenciamiento ambiental y que, sin embargo, afecten directamente derechos colectivos de pueblos indígenas. Ello en tanto, como se advirtió anteriormente, el mecanismo que permite hacer exigible la consulta previa es que la certificación de presencia de comunidades étnicas –que da inicio, si es el caso, al proceso de consulta– es uno de los requisitos que debe presentar el interesado para obtener el licenciamiento ambiental³⁰¹. Esto ocurre, por ejemplo, con proyectos de exploración minera, dado que no se exige dicha licencia para esta actividad.

En cuanto a la normativa **chilena**, se ha evidenciado en los procesos de consulta recientemente, iniciados con base en el Decreto Supremo 40 de 2013, que la formulación adoptada es bastante genérica y no existe claridad sobre algunos aspectos centrales del proceso. Por ejemplo, no es claro si el protocolo de acuerdos que se obtenga en la consulta tendría que ser incluido en la Resolución de Calificación Ambiental para que su cumplimiento por parte del titular pueda ser fiscalizado, o si una vez alcanzado un protocolo de acuerdo, se tendría que realizar un paso adicional para que el titular, que no es parte en el proceso de consulta, indique cómo adoptar las medidas acordadas, para ver si es posible abordarlo y de qué modo.

Igualmente, en **Perú**, la puesta en práctica de la Ley de Consulta Previa ha evidenciado algunos supuestos no regulados, como, por ejemplo, qué entidad debe hacerse cargo de la consulta frente a medidas en cuyo proceso de adopción se presentan competencias compartidas por varias entidades estatales. Esta situación se presentó en el primer proceso de consulta en Perú sobre la creación de un área de conservación regional, cuyo proceso de aprobación involucraba en distintos momentos al Gobierno regional, al Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP), al Ministerio del Ambiente y a la Presidencia del Consejo de Ministros. La experiencia de este proceso indicó la necesidad de establecer criterios técnicos consensuados para determinar el ente promotor más adecuado para llevar adelante la consulta, y asegurar, a la vez, que todas las entidades involucradas participen del proceso³⁰².

³⁰¹ Según establece el artículo 24 del Decreto 2820 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales, “(...) el interesado en obtener Licencia Ambiental deberá radicar ante la autoridad ambiental competente, el Estudio de Impacto Ambiental de que trata el artículo 21 del presente decreto y anexar la siguiente documentación: (...) 7. Certificado del Ministerio del Interior y de Justicia sobre presencia o no de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto; (...)”.

³⁰² GIZ. (2014). *La consulta previa al área de conservación regional Maijuna Kichwa. Lecciones de la primera experiencia de consulta previa en el Perú*. Lima: GIZ- Proyecto promoviendo la implementación del derecho a la consulta previa, p. 23. Disponible en http://www.consulta-previa.org.pe/publicaciones/Consulta_previa_Maijuna_Kichwa.pdf

Para llevar a cabo el proceso de consulta resulta indispensable contar con recursos económicos suficientes para garantizar, entre otros, la presencia de los representantes de los pueblos indígenas, asistentes técnicos que les brinden la asesoría necesaria, o la presencia de funcionarios estatales

La situación en **Brasil** es particularmente preocupante, pues al vacío normativo se añade la ausencia de prácticas uniformes entre los órganos que deberían hacerse cargo de los procesos de consulta. **Organizaciones de la sociedad civil y académicos brasileños coinciden en que el Ministerio del Medio Ambiente y el Ministerio de Planeación poseen un parámetro bastante restrictivo respecto del alcance y objeto de la consulta.** A modo de ejemplo, las organizaciones entrevistadas en Brasil han indicado que el primer Ministerio considera que la consulta previa no es aplicable al licenciamiento ambiental y tampoco a comunidades tradicionales. Según lo señalado por diferentes actores en el país, la posición del Ministerio del Medio Ambiente es más restrictiva que la del propio Ministerio de Minas y Energía, en tanto este último suele ponderar los costos de los conflictos sociales derivados de la ausencia de procesos de consulta.

2.4 Desafíos en la financiación adecuada de los procesos de consulta

Para llevar a cabo el proceso de consulta resulta indispensable contar con recursos económicos suficientes para garantizar, entre otros, la presencia de los representantes de los pueblos indígenas, asistentes técnicos que les brinden la asesoría necesaria, o la presencia de funcionarios estatales. En los distintos países difiere la manera en que se ha financiado o dispuesto financiar los gastos relacionados con los procesos de consulta, y, en algunos casos, la normativa no se refiere a este aspecto.

En cuanto a **Bolivia**, la Ley de Hidrocarburos dispone en su artículo 117 que “[e]l Proceso de Consulta deberá ser financiado por el Poder Ejecutivo, con cargo al proyecto, obra o actividad hidrocarburífera de que se trate”; mientras que el artículo 8 del “Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarburíferas”, modificado por el Decreto 29124 de 2007, agrega que el Ministerio de Hidrocarburos y Energía “(...) establecerá los mecanismos para garantizar la celeridad en el manejo de recursos financieros, dando cumplimiento a los principios de transparencia, eficiencia, eficacia y economía”³⁰³. Una medida que ha facilitado la aplicación de esas normas es que con la Ley de Desarrollo Sostenible del Sector de Hidrocarburos, Ley 3740, se introdujo el concepto de “costos recuperables”³⁰⁴, reglamentado mediante Decreto Supremo N° 29504 del 9 de mayo de 2008 en el que se establecen las condiciones y parámetros para la devolución por parte de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) de los costos considerados recuperables en el marco de los contratos de operación vigentes.

³⁰³ Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarburíferas, Decreto Supremo 29033 del 16 de febrero 2007, modificado mediante Decreto 29124 del 9 de mayo de 2007.

³⁰⁴ Ley N° 3740 de Desarrollo Sostenible del Sector de Hidrocarburos, artículo 4. (Costos Recuperables).- “El Poder Ejecutivo, dentro del plazo máximo de sesenta (60) días, deberá emitir el Reglamento de Costos Recuperables, el mismo que establecerá las condiciones y parámetros para el reconocimiento y aprobación expresa de dichos Costos por parte de YPFB, siempre que éstos sean útiles, utilizables y utilizados”.

Estas disposiciones permiten que los gastos del proceso de consulta, indemnizaciones y compensaciones sean recuperados ante las empresas hidrocarburíferas, con lo cual, a través de YPF, el Estado termina asumiendo los gastos de la consulta y otros relacionados. Cabe mencionar además que recientemente, mediante el Decreto 2195 del 28 de noviembre de 2014, se fijaron montos máximos de compensación estableciendo un mecanismo para la asignación porcentual de la compensación financiera por impactos socio-ambientales en territorios indígenas³⁰⁵.

En **Colombia**, en la mayoría de los casos los gastos del proceso de consulta los asumen las empresas proponentes del proyecto, las cuales financian directamente a las organizaciones indígenas para que puedan obtener servicios de técnicos de su confianza³⁰⁶. Ello tiene cierto correlato en la referida Directiva Presidencial 01 de 2010, según la cual “(...) los representantes de cada uno de los proyectos son responsables de (...) proporcionar los recursos necesarios para cada proceso en particular”³⁰⁷.

En cuanto al **Perú**, el artículo 18 de la Ley de Consulta Previa dispone que “[l]as entidades estatales deben garantizar los recursos que demande el proceso de consulta a fin de asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas u originarios”. Por su parte, el Reglamento de la Ley de Consulta establece fuentes de financiamiento distintas según el tipo de medidas:

- a) [e]n el caso de medidas legislativas y administrativas de alcance general, corresponde a la entidad promotora financiar los costos del proceso de consulta; [y] b) [e]n el caso de consultas de actos administrativos, los costos del proceso se incorporan en las tasas que cubren los costos del trámite de la indicada medida³⁰⁸.

Es decir, que los costos de la consulta de proyectos extractivos serían asumidos por la empresa interesada. Cabe notar, además, que la décimo sexta disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento establece que “[l]a aplicación de la presente norma se hará con cargo al presupuesto institucional de las entidades promotoras correspondientes sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público”³⁰⁹. La normativa **chilena**, por su parte, no determina quien se va a hacer cargo de los recursos necesarios para el proceso de consulta, y, en la práctica, está siendo financiado por cada entidad estatal a cargo del proceso, sin contar con una partida presupuestal específica.

³⁰⁵ Decreto Supremo N° 2195, 28 de noviembre de 2014.

³⁰⁶ Rodríguez, G. A. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: GIZ/Universidad del Rosario, p. 133. Entrevista con la Oficina de Asuntos Ambientales y Sociales del Ministerio de Energía y Minas, Bogotá, Colombia, septiembre de 2014.

³⁰⁷ Directiva Presidencial 01 de 2010, punto 1, página 3.

³⁰⁸ Reglamento de la Ley de Consulta Previa, artículo 26.

³⁰⁹ Reglamento de la Ley de Consulta Previa, décimo sexta disposición complementaria, transitoria y final.

La realización de estudios previos de impacto social y ambiental es una de las garantías fundamentales que los Estados deben cumplir antes de la autorización de proyectos extractivos

Si bien no existe una fórmula única, lo relevante en cuanto al financiamiento es que garantice, de un lado, la participación plena y en condiciones de igualdad de los pueblos indígenas en consulta; y, de otro, que otorgue las garantías de independencia e imparcialidad que debe regir la actuación de los funcionarios a cargo del proceso, y evitar prácticas de corrupción o cooptación de intereses en determinado sentido.

2.5 Ausencia de las garantías de la evaluación socio ambiental

La realización de estudios previos de impacto social y ambiental es una de las garantías fundamentales que los Estados deben cumplir antes de la autorización de proyectos extractivos, de desarrollo e inversión en tierras y territorios indígenas, indispensable para llevar a cabo un proceso de consulta adecuadamente informado. Como ha afirmado la Corte Interamericana,

(...) el objetivo de los EISAs no es sólo tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también (...) **‘asegura[r] que los miembros del pueblo [indígena] tengan conocimiento de los posibles riesgos**, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria³¹⁰.

De este modo, los EIA deben responder a la finalidad última de “preservar, proteger y garantizar la relación especial” de los pueblos indígenas con sus territorios y garantizar su subsistencia como pueblos³¹¹. En similar sentido, el artículo 7 del Convenio 169 de la OIT dispone que

Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas³¹².

Para cumplir con los estándares interamericanos, los EIA deben “ser concluidos de **manera previa** al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la

³¹⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185, párr. 40.

³¹¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129. Véase, asimismo, Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-769/09.

³¹² Convenio 169, artículo 7.3.

exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo [correspondiente] a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio³¹³. **Los estudios de impactos ambientales y sociales son una obligación del Estado que debe llevarse a cabo antes de emitir las concesiones o de aprobar los planes o proyectos**³¹⁴. El Estado puede encomendar dichos estudios a “**entidades independientes y técnicamente capacitadas, bajo [su] supervisión**”³¹⁵. En cuanto al contenido, se ha enfatizado que el término “social”, como componente indispensable de los estudios de impacto, debe interpretarse de una forma amplia, que tenga en cuenta la jurisprudencia general del Sistema Interamericano sobre el derecho de propiedad indígena³¹⁶. Igualmente, la jurisprudencia del Sistema Interamericano y los instrumentos aplicables³¹⁷ exigen que los Estados **garanticen a los pueblos indígenas la participación** en el proceso de elaboración de los estudios previos de impacto social y ambiental³¹⁸.

En los países del presente informe se identifican varios puntos críticos en el cumplimiento de las garantías señaladas. Uno de ellos es que en los sistemas de evaluación ambiental, los EIA son elaborados por el proponente del proyecto o por consultores contratados por éste, con escasa o inexistente supervisión de la autoridad estatal. En efecto, según la normativa ambiental en **Bolivia, Colombia, Chile, Guatemala y Perú**³¹⁹, los estudios de impacto ambiental los realiza la empresa misma o consultores contratados por ésta, bajo su propio costo y, por tanto, con un interés directo en el proyecto. Lo preocupante es que se presentan cuestionamientos en cuanto al cumplimiento del deber de supervisión por parte de los Estados durante la elaboración del EIA, así como con relación a la posterior verificación y contrastación de la información presentada, previa a la aprobación del estudio y autorización del proyecto. En términos generales, se contemplan escasas formas de comprobación de la información que entrega la empresa interesada, y muchas veces las instituciones responsables carecen de recursos o voluntad para contrastar la información. Se trata

Los estudios de impactos ambientales y sociales son una obligación del Estado que debe llevarse a cabo antes de emitir las concesiones o de aprobar los planes o proyectos

³¹³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185, párr. 41.

³¹⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 148.

³¹⁵ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185, párr. 41.

³¹⁶ CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II, Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 255.

³¹⁷ Convenio 169, artículo 7.3.

³¹⁸ Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185, párr. 16.

³¹⁹ Véase, en Bolivia, Reglamento de Prevención y Control Ambiental, Reglamentación de la Ley N° 1333 del Medio Ambiente, título III; en Chile, Decreto Supremo 40 del Ministerio del Medio Ambiente, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, título IV; en Colombia, Decreto por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre Licencias Ambientales Decreto 2041, Título III; en Guatemala, Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, Acuerdo Gubernativo 431-2007, título VI; y en Perú, Ley del sistema nacional de evaluación del impacto ambiental, Ley N° 27446, Capítulo II.

de sistemas orientados a la aprobación de los proyectos, con índices muy bajos de desaprobación, guiados por criterios de rapidez y agilización del licenciamiento.

En **Brasil**, si bien la normativa vigente establece la competencia de órganos ambientales federales o estatales para la realización del licenciamiento, organizaciones de la sociedad civil han señalado una serie de limitaciones debido a la ausencia de presupuesto adecuado. Por otro lado, en lo que se refiere a los impactos sobre zonas de interés arqueológico, se indica que el *Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional* (IPHAN) ha presentado un proyecto de resolución administrativa (*portaria*) señalando que la empresa concesionaria de un proyecto de desarrollo no estaría obligada a informar sobre sus actividades, salvo que encontrara alguna zona de interés arqueológico.

Se presentan, además, cuestionamientos en cuanto a la debilidad de los criterios técnicos utilizados y la reducida exigencia de los requisitos sociales y ambientales a la luz de los estándares internacionales sobre la materia, incluyendo los derechos colectivos de los pueblos indígenas³²⁰. Es frecuente también que las comunidades no participen en los procesos debido a que la legislación no lo exige, de modo tal que los impactos son definidos por el titular del proyecto o se van definiendo por los funcionarios que intervienen en el proceso. En algunos países, como en **Colombia**, si bien la legislación establece la participación de las comunidades étnicas³²¹, éstas deciden autónomamente no participar en la elaboración de estos documentos, por considerar que les restaría fuerza para realizar su evaluación y presentar sus objeciones al momento de la consulta previa³²².

Igualmente, cabe mencionar que si bien **Bolivia** cuenta desde 2007 con un Reglamento de Monitoreo Socio-Ambiental en Actividades Hidrocarburíferas dentro el Territorio de los Pueblos Indígenas Originarios y Comunidades Campesinas, éste no se ha implementado efectivamente³²³. Aunque existe una normativa favorable, su

³²⁰ En Perú, por ejemplo, recién con el Reglamento de la Ley de Consulta Previa se establece que “el contenido de los instrumentos del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental señalados en el artículo 11° del Decreto Supremo N°019-2009-MINAM, incluirá información sobre la posible afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que pudiera ser generada por el desarrollo del proyecto de inversión”. Reglamento de la Ley de Consulta, Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final.

³²¹ Decreto 1320/98, artículo 5.- “El responsable del proyecto, obra o actividad que deba realizar consulta previa, elaborará los estudios ambientales con la participación de los representantes de las comunidades indígenas o negras. (...)”.

³²² Rodríguez, G. A. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: GIZ/Universidad del Rosario, p. 158.

³²³ Como se evidencia en un estudio realizado recientemente por el Centro de Estudios Aplicados a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la gestión socio-ambiental del sector hidrocarburos en pueblos indígenas del Chaco y Norte de La Paz, “[t]odas las empresas entrevistadas han confirmado que el RMSA [Reglamento de Monitoreo Socio-Ambiental] se conoce pero no se aplica, porque no se ha creado la estructura institucional prevista por la norma. Sobre todo, no se ha dado la conformación del “Comités de Monitoreo Socio-Ambiental Nacional” (CMSAN) y de los “Comités de Monitoreo Socio-Ambiental de Área” (CMSAA), ya prevista en la Ley de Hidrocarburos y detallada en el RMSA”. Cox, R. (Coord.). (2013). *Estado de la gestión socio-ambiental del sector hidrocarburos en pueblos indígenas del Chaco y Norte de La Paz, Bolivia*. Cochabamba:

falta de implementación no permite involucrar, responsabilizar y empoderar a los pueblos indígenas afectados y sus organizaciones en el monitoreo de las actividades hidrocarburíferas.

3 Superposición de marcos regulatorios e imprecisión sobre el momento de la consulta

3.1 Superposición de marcos regulatorios

En algunos países, la manera en que se viene implementando el derecho a la consulta ha determinado que las normas sobre la materia no se encuentren en total armonía, generándose problemas de superposición de marcos regulatorios y de coordinación entre instancias del Estado. Es el caso de **Bolivia**, donde se está implementando la consulta de modo sectorial y paulatino. Como se mencionó, en virtud de la Ley de Hidrocarburos se cuenta desde el 2005 con un procedimiento de consulta para este sector; mientras que con la promulgación, en mayo de 2014, de la Ley de Minería y Metalurgia se incorporó en el ordenamiento boliviano un mecanismo de consulta para este ámbito. Por su parte, el citado Anteproyecto de Ley de Consulta, pendiente de aprobación, propone el establecimiento de un procedimiento general de consulta; y dispone respecto de las actividades extractivas que “[l]a normativa sectorial correspondiente, establecerá los procedimientos específicos (...) en el marco de la presente Ley y los instrumentos internacionales”³²⁴. No obstante, es posible observar que la legislación sectorial parece presentar ciertas contradicciones con el Anteproyecto de Ley de Consulta en materia de plazos e institucionalidad. Por ejemplo, mientras que la Ley de Minería y Metalurgia dispone que el proceso de consulta “no podrá tener una duración superior a cuatro (4) meses”³²⁵, el Anteproyecto de Ley de Consulta establece como regla general que los procesos se realicen “en un plazo máximo de ciento ochenta (180) días calendario”³²⁶. Igualmente, la legislación en materia de hidrocarburos presenta cuestiones de fondo que dificultarían su compatibilización con la eventual Ley de Consulta, en tanto esta normativa genera un conglomerado de competencias que podría hacer inviable un proceso de consulta adecuado.

De otro lado, una superposición muy común se presenta con relación a la normativa sobre participación social en materia ambiental. En las últimas décadas, la gran mayoría de países de la región ha incorporado mecanismos que permiten la participación de la

Centro de Estudios Aplicados a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CEADESC), p. 35.

³²⁴ Artículo 35.II del Anteproyecto de Ley de Consulta Previa, Libre e Informada.

³²⁵ Artículo 212 de la Ley de Minería y Metalurgia.

³²⁶ Artículo 22 del Anteproyecto de Ley de Consulta Previa, Libre e Informada.

población en la gestión ambiental de proyectos o actividades. Las legislaciones de los países de América Latina contemplan una variedad de mecanismos de participación en este ámbito, como el suministro de información a la población afectada, la obligación de las autoridades de publicar las decisiones administrativas, o la participación a través de consultas públicas o ciudadanas en el proceso de adopción de la medida.

En **Bolivia** se ha dado la confusión con la “consulta pública” que, según la normativa ambiental, debe darse en la fase de identificación de impactos del EIA y que consiste en “tomar en cuenta observaciones, sugerencias y recomendaciones del público que pueda ser afectado por la implementación del proyecto, obra o actividad”³²⁷. En el proceso que precedió al Anteproyecto de Ley de Consulta se propuso la inclusión de mecanismos de consulta pública, lo que mereció el pronunciamiento de organizaciones indígenas en el sentido de que

La consulta previa, libre e informada es un derecho colectivo de las Naciones y Pueblos Indígenas Originarios, cuyo ejercicio garantiza la protección de derechos fundamentales a la existencia y la libre determinación; por esto no puede ser confundido ni mezclado con otro tipo de derechos ciudadanos como la consulta pública³²⁸.

En **Perú**, la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y su reglamento, el Decreto Supremo 019-2009, disponen mecanismos de participación ciudadana durante todas las etapas de la evaluación de impacto ambiental³²⁹. Se encuentran normas específicas que establecen mecanismos de participación para el sector minero e hidrocarburífero que han venido siendo utilizadas para reducir la consulta previa a talleres informativos³³⁰. Es positivo notar que la compatibilidad de estas normas sectoriales con el derecho a la consulta fue sometida a conocimiento de la Corte Suprema de la República a través de una acción popular de control constitucional de normas reglamentarias. En su sentencia del 23 de mayo de 2013, la Corte Suprema declaró la nulidad de las disposiciones

³²⁷ Reglamentación de la Ley N° 1333 del Medio Ambiente, Reglamento de Prevención y Control Ambiental, artículo 162.

³²⁸ Pronunciamiento del Encuentro de Naciones y Pueblos de Tierras Altas y Tierras Bajas sobre el derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada, 7 de junio de 2013. Disponible en http://servindi.org/pdf/Pronunciamiento_organizaciones_indigenas_de_Bolivia_ley_marco_de_consulta.pdf

³²⁹ Según dispone el Decreto Supremo 019-2009, en su artículo 70, “Los mecanismos de participación ciudadana constituyen instrumentos para la difusión de información y la generación de espacios para la formulación de opiniones, sugerencias, comentarios y otros espacios orientados a mejorar los procesos de toma de decisiones respecto de los estudios ambientales de proyectos de inversión y de políticas, planes y programas de entidades públicas”.

³³⁰ Nos referimos, en particular, al Reglamento de participación ciudadana en el subsector minero, aprobado por Decreto Supremo No 028-2008-EM y al Reglamento de participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos, aprobado mediante Decreto Supremo No 012-2008-EM. Habría que agregar en relación con la primera, la Resolución Ministerial No 304-2008-MEM-DM, disposición que regula y precisa las reglas del Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero.

sobre participación ciudadana en materia minera y de hidrocarburos en virtud a las cuales se aplicaban estos mecanismos a los pueblos indígenas³³¹.

Si bien en virtud de dicho fallo y de la vigencia de la Ley de Consulta, se cuenta con un mecanismo específico para el ejercicio del derecho a la consulta previa, se observa que en la práctica la participación ciudadana y la consulta previa se siguen realizando de manera conjunta. En efecto, las consultas en materia de hidrocarburos se están implementando antes de la suscripción del contrato de concesión, esto es, antes de la elaboración del EIA. Dado que la legislación no dispone que el EIA sea también sometido a consulta, se aplicarían mecanismos de participación ciudadana durante la elaboración de este instrumento. Aunque la participación ciudadana es un mecanismo valioso, no reemplaza la obligación de contar con mecanismos específicos para que los pueblos indígenas y tribales puedan participar en la elaboración de los EIA³³².

La situación es más preocupante **en Guatemala, donde aún no se cuenta con mecanismos específicos para que los pueblos indígenas puedan ejercer su derecho a la consulta y los únicos disponibles son aquellos propios de la participación ciudadana.** En efecto, el Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, aprobado por Acuerdo Gubernativo 431-2007, contiene un procedimiento de “participación pública” previo a la aprobación de los estudios de impacto social y ambiental para el otorgamiento de licencias³³³. Se trata, sin embargo, de “entrevistas, encuestas, talleres, asambleas y/o reuniones de trabajo” que debe realizar la empresa proponente, sin que se advierta que garantice la participación de los pueblos indígenas en decisiones que afecten sus territorios ancestrales, como ha reconocido la Corte de Constitucionalidad de dicho país³³⁴.

En Guatemala, aún no se cuenta con mecanismos específicos para que los pueblos indígenas puedan ejercer su derecho a la consulta y los únicos disponibles son aquellos propios de la participación ciudadana

³³¹ En su sentencia, la Corte Suprema afirma que “a diferencia del derecho a la consulta, el derecho de participación ciudadana no se dirige a la obtención de un acuerdo, consentimiento de los ciudadanos, sino que éstos, en forma genérica, puedan participar activamente en los asuntos que le competen”. Corte Suprema. Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, recaída en el expediente N° 2232-2012, del 23 de mayo de 2013, 6.10.

³³² Al respecto, la Corte Interamericana ha considerado que los Estados deben permitir a los pueblos indígenas y tribales participar en la realización de los estudios previos de impacto social y ambiental. En términos generales, los estudios de impacto socioambiental “deben respetar las tradiciones y cultura del pueblo [indígena o tribal correspondiente]”, y sus resultados deben ser compartidos con las comunidades a fin de que puedan tomar una decisión informada. Véase, Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185, párr. 133; y Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185, párr. 16 y 41.

³³³ Véase, Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, Acuerdo Gubernativo 431-2007, Título VIII.

³³⁴ Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Exp. N° 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009, considerando IV, punto h.

Una de las garantías más importantes del derecho a la consulta se refiere al momento en que se realiza, y supone que se lleve a cabo “desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta

3.2 Imprecisión sobre el inicio de la consulta

Una de las garantías más importantes del derecho a la consulta se refiere al momento en que se realiza, y supone que se lleve a cabo “desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones”³³⁵. Como ha expresado la Corte Interamericana,

(...) se debe consultar (...) en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado³³⁶.

Si bien el momento exacto del inicio de la consulta puede variar según el tipo de medida, actividad y sector de que se trate o el proceso que se sigue para su aprobación, tales pronunciamientos proporcionan una pauta clara en cuanto a que el momento de la consulta debe asegurar que los pueblos indígenas puedan efectivamente incidir en la toma de decisiones. Lo relevante es que el proceso de consulta tenga lugar antes de la adopción de la medida, pues cuando ésta ya ha sido aprobada es más difícil tener un diálogo de buena fe, y se convierte en una conversación sobre un plan o proyecto particular que cuenta con el respaldo e intereses de un ente influyente como puede ser una compañía. No obstante, puede verse que en el ámbito interno, existen grandes dificultades para cumplir con esta garantía.

En **Bolivia**, dada la ausencia de un mecanismo para garantizar la aplicación de la consulta previa frente a medidas legislativas o administrativas que afecten a los pueblos indígenas, se han dado casos de la aplicación de procesos de consulta con posterioridad a su adopción. El ejemplo más ilustrativo es el proyecto carretero sobre el TIPNIS, respecto del cual se realizó un proceso de consulta –no exento de cuestionamientos– cuando el proyecto ya se encontraba en implementación³³⁷. Asimismo, un aspecto

³³⁵ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 167 y párr. 180-182. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133.

³³⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 134.

³³⁷ El 7 de abril de 2010 el Presidente Evo Morales promulgó la Ley N°005 que aprobó el protocolo de financiamiento de construcción de la carretera Villa Tunari – San Ignacio de Moxos, sin que el gobierno haya consultado a las comunidades que se verían afectadas por ese proyecto. Tras la realización de numerosas protestas, se emitieron una serie de leyes y se impulsó un proceso de consulta en relación con la intangibilidad del TIPNIS y la posibilidad de construir una carretera sobre el mismo. El proceso de consulta a las comunidades del TIPNIS se inició el 29 de julio de 2012, esto es, más de dos años después de adoptada la medida que autorizó el proyecto. Véase, FIDH/APDHB. (2013). *Bolivia: informe de verificación de la consulta realizada en el territorio indígena Parque Nacional Isiboro-Sécure*. Abril, 609e. Disponible en <https://www.fidh.org/IMG/pdf/>

importante de destacar respecto de Bolivia es que la Ley de Hidrocarburos dispone que la consulta debe realizarse tanto de modo previo a la licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de las medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos, como antes de la aprobación de los estudios de evaluación de impacto ambiental³³⁸. No obstante, según la información disponible, en la mayoría de los casos se aplica la consulta solo en el segundo de los momentos mencionados. De este modo, a pesar de contar con una legislación positiva, su falta de aplicación limita la capacidad de incidencia de los pueblos indígenas en el proyecto, y la reduce principalmente a aspectos ambientales y compensatorios.

En el ámbito minero, el artículo 210 de la Ley de Minería y Metalurgia dispone con precisión el momento en que se debe identificar los sujetos colectivos que pudieran ser afectados por la explotación minera y, en su caso, proceder a la consulta. Según dicha norma, una vez concluida la fase de oposición, esto es, antes de la adopción de la resolución que autoriza la medida, la autoridad debe convocar al procedimiento de consulta³³⁹. Sin embargo, en el Anteproyecto de Ley de Consulta no hay precisión sobre su carácter previo. El Anteproyecto dispone que es obligación de la entidad promotora de la medida llevar a cabo la consulta; recoge el principio de oportunidad, según el cual “debe realizarse antes de la adopción de la decisión final sobre la implementación o ejecución de medidas legislativas o administrativas”³⁴⁰; y establece, como primera etapa del proceso, la identificación de la medida pasible de afectación directa a derechos colectivos³⁴¹.

La normativa **chilena** tiene en este extremo una redacción más específica, pues el artículo 11 del Decreto Supremo 66 de 2013 se refiere expresamente al “carácter previo de la consulta”, “entendiéndose por tal aquella que se lleve a cabo con la debida antelación y entregue al pueblo indígena afectado la posibilidad de influir de manera real y efectiva en la medida que sea susceptible de afectarle directamente”. Si bien no establece –por su carácter general– un momento preciso, enfatiza que “[c]on todo, el órgano responsable siempre realizará la consulta previa antes de la dictación de la medida administrativa” y para el caso de las medidas legislativas, dispone que será antes del envío del mensaje presidencial al Congreso Nacional. Esta norma establece lineamientos claros aunque su efectiva implementación recae en gran parte en la entidad que adopte la medida. En cuanto al mencionado Decreto Supremo 40 que regula el proceso de aprobación de los proyectos que requieren evaluación de impacto ambiental, las disposiciones relativas a la consulta a pueblos indígenas no establecen un momento preciso para su inicio, sino que señalan, de modo general, que “el Servicio [de Evaluación Ambiental] deberá (...)”

[bolivia609esp2013.pdf](#)

³³⁸ Ley de Hidrocarburos, artículo 115.

³³⁹ Ley de Minería y Metalurgia, artículo 210.

³⁴⁰ Anteproyecto de Ley de Consulta, artículo 4.

³⁴¹ Anteproyecto de Ley de Consulta, artículo 22.

diseñar y desarrollar un proceso de consulta (...) de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental”³⁴².

En el caso de **Brasil**, la ausencia de una norma centralizada y la dispersión entre diferentes ministerios y sectores del gobierno de la potestad para realizar la consulta conlleva una gran imprecisión sobre el momento en el que la misma debe ser llevada a cabo. Tal como se ha señalado previamente, la posición entre los diferentes ministerios del gobierno federal varía diametralmente, por ejemplo, sobre la necesidad de consultar el estudio de impacto ambiental y otras etapas de determinados proyectos extractivos o de infraestructura.

En cuanto a **Colombia**, como vimos, la Dirección de Consulta Previa actúa a partir de la solicitud de certificación de presencia de comunidades étnicas que permite determinar si corresponde dar inicio a un proceso de consulta. Respecto a la oportunidad en que esta solicitud debe ser presentada, el artículo 5 del Decreto 2613 de 2013 dispone momentos específicos para cada sector, en los que las entidades públicas o ejecutores de los proyectos, obras o actividades deben elevar la solicitud. Pese a dicha previsión legal, no en todos los casos se garantiza el carácter previo de la consulta, como, por ejemplo, en materia de hidrocarburos que dispone que “[se] solicitará la certificación una vez se hayan adjudicado y suscrito los contratos de las áreas hidrocarburíferas ofrecidas en los procesos competitivos o de asignación directa”³⁴³.

Respecto a **Guatemala**, si bien se ha reconocido en la jurisprudencia de constitucionalidad el carácter previo de la consulta, en la práctica esta garantía no se cumple. En efecto, la Corte de Constitucionalidad ha afirmado que la

consulta debe impulsarse, idealmente, con antelación o en los albores de la disposición gubernamental a la que alude; y aún resulta pertinente una vez puesta en marcha ésta, en tanto no se haya consumado en su plenitud (...); es decir, el referido derecho debe tener lugar antes de que las acciones de que se trate se hayan perfeccionado, pues es de esa manera que puede trascender sobre ellas eficazmente³⁴⁴.

No obstante, la ausencia de mecanismos para hacer realidad este derecho determina que continúe la adopción de medidas que afectan directamente derechos colectivos de los pueblos indígenas, sin que de modo previo se lleve a cabo un proceso de consulta.

³⁴² Decreto Supremo 40, artículo 85.

³⁴³ Decreto 2613 de 2013, artículo 5.

³⁴⁴ Corte de Constitucionalidad. Exp. 3878-2007. Sentencia de apelación de amparo, de diciembre 2009, considerando IV, inciso a).

Con relación al **Perú**, la Ley de Consulta Previa otorga ciertas salvaguardas para que la consulta a los pueblos indígenas sea previa si se tiene en cuenta la definición de su finalidad en el sentido de “garanti[zar] su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado”³⁴⁵, la incorporación del principio de oportunidad en el artículo 4.a) de la Ley de Consulta³⁴⁶, y el mandato de que las entidades estatales identifiquen “bajo responsabilidad” las medidas objeto de consulta, fase que da inicio al proceso³⁴⁷. A pesar de ello, la normativa peruana deja un amplio margen de discrecionalidad para que las distintas entidades estatales apliquen esta garantía en los procedimientos específicos de toma de decisiones en cada sector.

En materia de hidrocarburos, se observa que las consultas han tenido lugar antes de la licitación y, por ende, antes de la suscripción del contrato ley que se aprueba por Decreto Supremo. Si bien es sumamente positiva la realización de la consulta en un momento temprano del proceso, deben hacerse esfuerzos para que, de un lado, se cuente con la información necesaria de las características, alcance e impactos del proyecto extractivo al realizar la consulta; y, dado que inevitablemente habrán aspectos que serán determinados con posterioridad, se retome lo acordado en la consulta previa en el proceso de elaboración del EIA, con participación de los pueblos indígenas. En cuanto al ámbito minero, organizaciones indígenas y de la sociedad civil han expresado preocupaciones porque la consulta se realice con la exploración minera, y no desde el otorgamiento de la concesión. Tales preocupaciones se basan en que el artículo 6 del Reglamento de la Ley de Consulta dispone que ésta se realice “antes de aprobar la medida administrativa (...) que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales”³⁴⁸, sin hacer referencia a la concesión minera. Las dificultades para comprender cuándo concretamente debe realizarse la consulta se complejizan por la ausencia de consultas en este sector y la advertida resistencia a su puesta en marcha.

³⁴⁵ Ley de Consulta Previa, artículo 3.

³⁴⁶ Ley de Consulta Previa, artículo 4, inciso a.

³⁴⁷ Ley de Consulta Previa, artículo 9.

³⁴⁸ Reglamento de la Ley de Consulta Previa, artículo 6.

Recomendaciones

A partir del análisis de la situación en seis países de la región, **el presente informe evidencia los desafíos que enfrenta el derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado para constituirse en un mecanismo que permita garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas frente a la implementación de proyectos extractivos, de infraestructura, así como otras decisiones que afectan sus intereses.** Aunque ha sido posible advertir ciertos avances, se requiere un conjunto de acciones por parte de los distintos actores involucrados en el proceso de implementación si se le quiere consolidar como un derecho que permita compatibilizar intereses gubernamentales y corporativos con los derechos humanos. Con base en el análisis realizado en el presente informe, se formulan las siguientes recomendaciones a los gobiernos de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú:

1. Profundizar esfuerzos para proteger el goce efectivo del derecho a la tierra y territorio de los pueblos indígenas, asegurándoles la propiedad colectiva y otros derechos conexos, a la luz de los estándares internacionales aplicables.
2. Adoptar las medidas necesarias para definir, mediante la efectiva consulta con los pueblos indígenas, el modo de incorporación de los estándares internacionales sobre el derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado en el ordenamiento interno. Lo anterior, ya sea a través de normas y reglamentos generales o por medio de protocolos específicos aplicables a los diferentes pueblos indígenas, teniendo en cuenta el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas y los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos.
3. Modificar o eliminar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole identificadas en el presente informe que impiden el pleno ejercicio del derecho a la consulta previa, libre e informada, asegurando la participación de los pueblos indígenas.
4. Abstenerse de autorizar y adoptar medidas que afecten las tierras y territorios de los pueblos indígenas y prevenir que terceros lo hagan sin el cumplimiento de las garantías del derecho a la consulta y consentimiento. Lo anterior incluye las concesiones extractivas, planes o proyectos de desarrollo o inversión que restrinjan el goce de los recursos naturales de los pueblos indígenas o afecten su territorio.
5. Asegurar que sean sometidas a consulta y, en su caso al consentimiento previo, libre e informado, toda medida legislativa o administrativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.

El presente informe evidencia los desafíos que enfrenta el derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado para constituirse en un mecanismo que permita garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas frente a la implementación de proyectos extractivos, de infraestructura, así como otras decisiones que afectan sus intereses

6. Asegurar que la identificación de los sujetos de la consulta sea compatible con los estándares internacionales, observando el tiempo que sea necesario para averiguar con las comunidades o pueblos consultados cuáles son sus entidades representativas que deben participar de los procesos de consulta.
7. Fortalecer y, de ser necesario, crear la institucionalidad estatal responsable de consultar a los pueblos indígenas, teniendo en cuenta los siguientes lineamientos:
 - ❖ asignar a la instancia competente el rol de garante de derechos y el liderazgo en todo el proceso de consulta, lo que supone autonomía, capacidad de decisión y el empoderamiento necesario dentro del aparato estatal y en su relación con otros sectores;
 - ❖ otorgarle la capacidad necesaria para canalizar las demandas, pedidos o reclamos surgidos durante el proceso de consulta a las instituciones estatales competentes;
 - ❖ dotarle de los recursos humanos y financieros suficientes y adecuados;
 - ❖ garantizar la presencia descentralizada del organismo;
 - ❖ proveerle un equipo multidisciplinario y, de preferencia, con participación de personas indígenas;
 - ❖ disponer la participación activa de entidades que observen el proceso, tales como el Ministerio Público, las Defensorías del Pueblo u otras instituciones nacionales de derechos humanos equivalentes;
 - ❖ destinar los mayores esfuerzos posibles para capacitar a los funcionarios públicos en puestos clave para la aplicación efectiva del derecho a la consulta.
8. Asegurar que los estudios de impacto social y ambiental cuenten con la licencia y mecanismos de consulta diseñados con los más altos estándares. Dicho proceso debe contar con la plena participación de los pueblos indígenas y deben ser realizados por instituciones estatales competentes o entidades independientes y técnicamente capacitadas, bajo estricta supervisión del Estado.
9. Asegurar que los pueblos y comunidades indígenas que hayan sido afectados por proyectos de desarrollo sin la debida consulta previa accedan a mecanismos de reparación efectivos que permitan prevenir y mitigar la vulneración de sus derechos.
10. Tomar acciones para sistematizar las consultas realizadas y por realizarse, dando acceso público a esta información.
11. Identificar y establecer indicadores y sistemas de monitoreo accesibles públicamente sobre la implementación de la legislación y políticas destinadas a hacer efectivo el derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado.

www.dplf.org



1779 Massachusetts Ave. NW, Suite 710
Washington, D.C. 20036
T: 202-462-7701 | F: 202-462-7703
info@dplf.org | www.dplf.org



ISBN 978-0-9912414-1-5