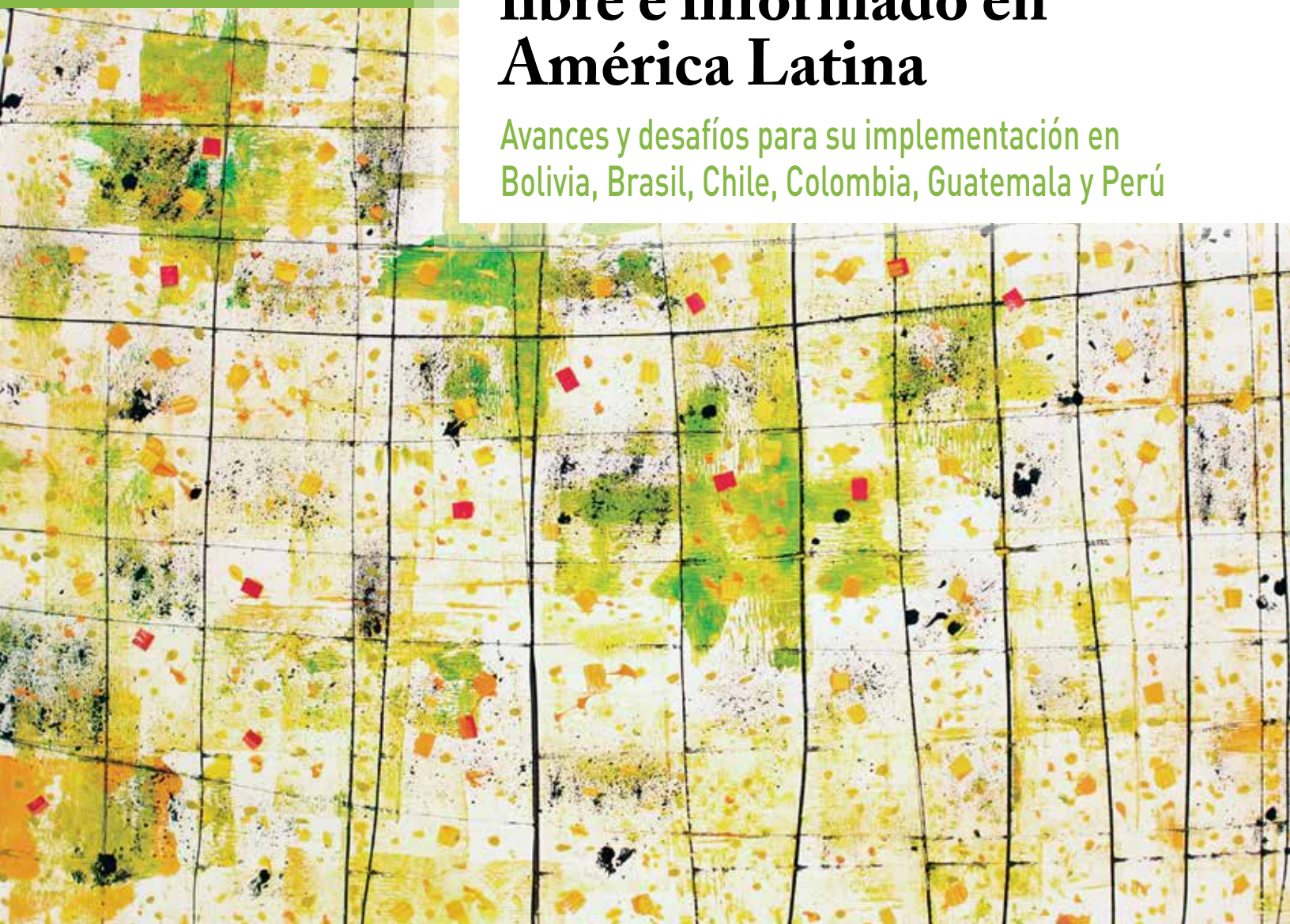


RESUMEN EJECUTIVO

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	2
2. Marco legal y participación de organizaciones indígenas en su diseño	5
3. Marco jurisprudencial y protección constitucional de la consulta y del consentimiento	10
SEGUNDA PARTE: implementación del derecho a la consulta. Avances y desafíos	15
1. Reglamentación y ámbito de aplicación: objeto y sujetos de la consulta, y entidades a cargo de su realización	16
1.1 Sujetos de la consulta	16
1.1.1 Restricción de sujetos de consulta en el plano normativo o formal	16
1.1.2 Dificultades prácticas en la identificación de los sujetos	16
1.2 Objeto de la consulta	17
1.2.1 Exclusión a priori de ciertas medidas	17
1.2.2 Aplicación de una definición o aproximación restrictiva al concepto de “afectación directa”	18
1.2.3 El sistema existente no asegura la identificación de medidas susceptibles de afectar directamente	18
1.3 Entidades a cargo de su realización	19
1.3.1 Centralización del proceso de consulta en una instancia única	19
1.3.2 Procesos de consulta a cargo de la entidad estatal que adopta la medida legislativa o administrativa	19
1.3.3 Ausencia de una entidad específica a cargo de los procesos de consulta	20

2. Conflictos intersectoriales, vacíos de competencia, insuficiencia presupuestaria y otras limitaciones que afectan los procesos de consulta	21
2.1 Inaplicación de procesos de consulta	21
2.2 Incumplimiento de las garantías que determinan una consulta compatible con los estándares internacionales de derechos humanos	22
2.3 Vacíos normativos	24
2.4 Desafíos en la financiación adecuada de los procesos de consulta	24
2.5 Ausencia de las garantías de la evaluación socio ambiental	25
3. Superposición de marcos regulatorios e imprecisión sobre el momento de la consulta	25
3.1 Superposición de marcos regulatorios	25
3.2 Imprecisión sobre el inicio de la consulta	26
Recomendaciones	29

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**¹.

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”), 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 a los reclamos y el desinterés

¹ Gudynas, E. (2009). Diez tesis urgentes sobre el nuevo extractivismo. Contextos y demandas bajo el progresismo sudamericano actual. En *Extractivismo, Política y Sociedad*. Quito: CAAP, CLAES, y Rosa Luxemburg Foundation; Zibechi, R. (2011). *Crisis civilizatoria. Encuentro Continental de los Pueblos del Abya Yala por el Agua y la Pachamama*. Cuenca, Ecuador; y Villafuerte Solís, D. (2014). Neextractivismo, megaproyectos y conflictividad en Guatemala y Nicaragua. *Espiral*, 61, 109-141.

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 ejecución². Estas afectaciones son particularmente profundas en los escenarios en que tales proyectos se desarrollan en tierras y territorios históricamente ocupados por pueblos y comunidades 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 Perú³. En este documento se abordaron las principales regulaciones internacionales surgidas de los distintos

organismos internacionales con competencia para conocer y pronunciarse sobre esta temática, de manera que pudiera evidenciarse la solidez de los estándares sobre el derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado en el derecho internacional de los derechos humanos. 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, es posible constatar que **permanece vigente 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, el impacto en medios de vida de las 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.

Pero al mismo tiempo se advierte que, en años recientes, se han presentado ciertos cambios que pueden

² Así, por ejemplo, con relación a Guatemala, según la Unidad de Protección a Defensores y Defensoras de Derechos Humanos (UDEDEFEGUA), 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 cuales se vinculan con la defensa de tierras y territorios indígenas. UDEDEFEGUA. (2013). *El Silencio es historia. Informe sobre situación de Defensores y Defensoras de Derechos Humanos. Enero a Diciembre de 2013*, p. 11. Disponible en http://protectionline.org/files/2014/09/5_UDEDEFEGUA_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. (2013, 24 de agosto). CIDH condena ataque contra niños maya q'eqchi' en Guatemala. Comunicado 61/13. CIDH, Cobán, Alta Verapaz, Guatemala. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/061.asp>

³ 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>.

considerase 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 gobernantes y otros actores políticos, económicos y sociales relevantes⁴, 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 y comunidades indígenas en juego frente a la implementación de proyectos extractivos. Asimismo, existe un contexto en que **la alta dependencia de las economías nacionales 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 no tienen una fórmula única, aplicable a todos los casos, que considere procedimientos claros, accesibles, medibles y evaluables, y que puedan responder a las particularidades de cada comunidad o pueblo indígena a ser consultado.

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 aprobadas o por aprobarse, 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 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 2011⁵.

⁴ Entre otros actores, cabe mencionar que el *International Council on Mining and Metals* (ICMM) cuenta con políticas corporativas y globales sobre consulta y consentimiento. Véase, por ejemplo, ICMM. (2013, May). *Indigenous Peoples and Mining. Position Statement*. London: ICMM. Disponible en <http://www.icmm.com/document/5433>

⁵ 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>

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 históricamente 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 enorme frecuencia los pueblos y comunidades indígenas donde se busca la implementación de proyectos extractivos son poblaciones en condiciones de pobreza o 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 y territorios ancestrales, han hecho 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 factores⁶. 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 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 como sociedades preexistentes a la colonización e instauración de las actuales fronteras estatales. 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, territorios y recursos naturales históricamente utilizados por los pueblos indígenas**. 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 abordan los aspectos que permitirán **determinar si nos encontramos ante un ordenamiento jurídico favorable al derecho a la consulta previa**, con base en el análisis del marco constitucional, legal y jurisprudencial en cada país. Un segundo capítulo está referido a

⁶ Véase, *inter alia*, 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.

los **avances y desafíos concretos que se enfrentan 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 cada uno de los actores relevantes.

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 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-Covelli, abogada especialista en derechos humanos y consultora de DPLF.

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. En última instancia, se apunta a poner en práctica formas más equitativas y efectivas de desarrollo, basado en igualdad y sostenibilidad.

PRIMERA PARTE

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



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 distintos⁷. Se trata, además, de la región con mayor número de Estados parte del Convenio 169 de la OIT, 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 indígenas⁸. 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 sigue siendo una tarea incompleta en la mayor parte de los Estados de la región**. Ello se verá a través 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 protección constitucional que ha recibido el derecho a la consulta en estos países.

⁷ 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. 6 y 43.

⁸ En la región latinoamericana, los países que son parte del Convenio 169 de la OIT son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela; mientras que únicamente cinco Estados latinoamericanos no han ratificado este instrumento, a saber: Cuba, El Salvador, Panamá, República Dominicana y Uruguay.

1 Previsión constitucional y recepción de estándares internacionales

Desde la década de los ochenta 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, consulta y autonomía, así como derechos territoriales y culturales⁹. De este modo, la región latinoamericana es aquella en la que se registra mayor nivel de desarrollo constitucional y legal de los derechos de pueblos indígenas a nivel global. Este reconocimiento en los ordenamientos internos varía enormemente de país a país, respondiendo a complejos procesos políticos y sociales propios de cada realidad nacional. 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 constitucional de este derecho.

En un primer peldaño –el más garantista– se encuentra la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, que reconoce expresamente el derecho a la consulta, en términos similares a los establecidos en instrumentos internacionales. Esta Carta Fundamental, contiene varias disposiciones referidas al derecho a la consulta, entre las que destaca el artículo 30.II.15 que la 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

⁹ 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.

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 previa¹⁰ y una gran extensión de derechos indígenas¹¹.

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 están la mayoría de los países bajo análisis, aunque entre ellos se presentan diferencias importantes en cuanto al grado de reconocimiento. Tenemos así la Constitución colombiana de 1991 que contiene numerosas disposiciones sobre derechos de los pueblos indígenas en el país que guardan una estrecha relación con el derecho a la consulta previa y le sirven de fundamento¹². Igualmente, se encuentra 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 más reducidos que su par colombiana¹³. La Constitución de Brasil de 1988 contiene también disposiciones que reconocen derechos a los pueblos indígenas y comunidades afrobrasileras, conocidas como quilombolas¹⁴. La Constitución Política

de la República de Guatemala de 1985 tampoco cuenta con disposiciones sobre la consulta previa, aunque recoge ciertos derechos conexos de los pueblos indígenas¹⁵.

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 en el ámbito interno. Debe notarse además que, aún si está reconocido constitucionalmente el derecho a la consulta, ello no es garantía de su aplicación efectiva.

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 en los ordenamientos jurídicos nacionales. Un primer aspecto que determina la relación entre el derecho internacional y el derecho interno es el rango o jerarquía que se otorga a los tratados de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno, entendiendo que el Convenio 169 de la OIT –del cual son parte todos los Estados del presente estudio– es un tratado de esta naturaleza. 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. 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

¹⁰ 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 autonomías indígena originario campesinas (artículo 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 (artículo 352 y 403).

¹¹ 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 indígenas (artículo 2), el reconocimiento de sus instituciones propias (artículo 2), derecho propio, autoridades propias y jurisdicción indígena (artículo 190-192).

¹² Véase, entre otros, los artículos 1, 7, 63, 287, 329 y 330 de la Constitución colombiana de 1991.

¹³ Entre las disposiciones relevantes de la Constitución peruana se encuentran los artículos 2.19, 88, 89, 149 y 191.

¹⁴ Véase, en particular, el capítulo titulado “De los Indígenas” (*Dos Índios*) y

el artículo 68 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias referido a los derechos territoriales de las comunidades afrobrasileras.

¹⁵ Véase, Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 58, 60, 62, 66, 67 y 68.

humanos, se encuentran las Constituciones de Bolivia¹⁶, Colombia¹⁷ y Guatemala¹⁸.

Un segundo aspecto relevante es la incorporación en el bloque de constitucionalidad de los instrumentos o pronunciamientos internacionales sobre el derecho a la consulta previa, con lo cual componen el parámetro de evaluación de la validez sustantiva de las leyes, junto con la Constitución. 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 mismo¹⁹. Únicamente **Brasil** se aparta de esa doctrina, prevaleciendo desde 2008 la interpretación del Supremo Tribunal Federal consistente en que los tratados de derechos humanos ratificados por Brasil son jerárquicamente superiores a las leyes ordinarias pero inferiores a la Constitución Federal y de este modo, no forman parte del bloque de constitucionalidad²⁰.

Los altos tribunales de los países examinados en este estudio han utilizado la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas para dar contenido al texto constitucional. En efecto, la Corte Constitucional de **Colombia** ha utilizado la Declaración como fuente de derechos de los pueblos indígenas²¹. El Tribunal Constitucional **peruano** se ha servido de la Declaración para reconocer derechos de

los pueblos indígenas²², aunque ha señalado que no es vinculante en sentido estricto²³. Igualmente, la Corte de Constitucionalidad **guatemalteca** ha establecido, basándose en la referida Declaración, obligaciones que tiene Guatemala respecto de los pueblos indígenas²⁴.

Debe tenerse en cuenta, además, el valor que han recibido las decisiones emanadas de las instancias internacionales de derechos humanos en los ordenamientos jurídicos, dado que **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. Se encuentran decisiones en este sentido en el Tribunal Constitucional Plurinacional de **Bolivia**, el cual ha interpretado las disposiciones sobre derechos indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana²⁵. 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 tratados²⁶. La Corte Constitucional de **Colombia** ha recogido también la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia²⁷. El Tribunal Constitucional **peruano**, por su parte, ha reconocido de forma reiterada el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de los pronunciamientos de la OIT²⁸.

¹⁶ Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, artículos 410 y 13.IV.

¹⁷ Constitución Política de la República de Colombia, artículo 93.

¹⁸ Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 46.

¹⁹ Véase, al respecto, Bolivia. Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia N° 2003/2010-R del Expediente N° 2008-17547-36-RAC. 25 de octubre de 2010; Chile. Corte Suprema, Caso Agua Mineral Chusmiza con Comunidad Aymara Chusmiza - Usmagama, Rol N° Rol 2480-2008; Colombia. Corte Constitucional. Sentencia U-039 de 1997, 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; Guatemala. Corte de Constitucionalidad. Expediente N° 199-95. Opinión Consultiva de 18 de mayo de 1995; Perú. Tribunal Constitucional. Expediente N.° 03343-2007-PA/TC. Lima. Jaime Hans Bustamante Johnson. Sentencia de 19 de febrero de 2009, y Expediente N.° 06316-2008-PA/TC. Loreto. Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP). Sentencia de 11 de noviembre de 2009.

²⁰ Supremo Tribunal Federal. 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.

²¹ Véase, *inter alia*, Corte Constitucional. Sentencia T-376, párr. 16

²² Tribunal Constitucional. Exp. N°. 01126-2011-HC/TC. Juana Griselda Payaba Cachique. Sentencia del 11 de setiembre de 2012, párr. 23.

²³ Tribunal Constitucional. Sentencia 00022-2009-PI.

²⁴ Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009, Considerando IV, Punto d.

²⁵ Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia N° 2003/2010-R del Expediente N° 2008-17547-36-RAC. 25 de octubre de 2010, Considerando III.5.

²⁶ Cfr. Corte de Apelaciones de Santiago. Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez. Rol 11.821-2003, Considerandos 49 y 50.

²⁷ Véase, entre otros, Corte Constitucional. Sentencia T-376, párr. 18.

²⁸ 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.

2 Marco legal y participación de organizaciones indígenas en su diseño

En los países aquí examinados se puede 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 Brasil, 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.

En **Bolivia**, el Convenio 169 de la OIT fue incorporado al ordenamiento interno con la Ley 1257 de 1991. Bolivia cuenta además con la Ley 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 electoral²⁹. No obstante, no se cuenta hasta el momento con una ley general de consulta previa, aunque existe un anteproyecto ante la Asamblea Legislativa Plurinacional.

Para implementar este derecho, en el 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**.

²⁹ 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) 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). Asimismo, se encuentra la Ley del Régimen Electoral (Ley N° 26 de 2010), cuyo capítulo IV se refiere al “Proceso de Consulta Previa”.

En el 2013, el Estado realizó una serie de encuentros con las organizaciones y pueblos indígenas para consensuar el anteproyecto. 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 territorios³⁰.

Paralelamente, los pueblos organizados han elaborado sus propios proyectos de ley marco. Por ejemplo, en el 2011 el Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ) presentó una propuesta; y en 2012, lo hicieron en conjunto CONAMAQ y la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB). 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 la posición de aplicar directamente el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, al amparo de derechos reconocidos en la Constitución boliviana. Ello en tanto 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 debidamente en cuenta los derechos de los pueblos indígenas.

Respecto de **Brasil**, se observa que el Convenio 169 de la OIT fue ratificado por Decreto Legislativo 143 de 20 de junio de 2002, promulgado a través del Decreto 5.051 de 19 de abril de 2004. Si bien no existe en Brasil legislación federal que reglamente la consulta, se destacan algunos decretos que establecen obligaciones conexas con

³⁰ Entrevista con Fundación Construir, La Paz, Bolivia, agosto de 2014.

las previstas en el Convenio 169³¹. Por su parte, algunos estados brasileiros han buscado regular ciertos aspectos de la consulta previa³². Entre los países examinados, **Brasil es quizás el 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 OIT³³, que tal regulación pasó a ocupar un espacio más relevante en la agenda del gobierno federal.

En este contexto, un Grupo de Trabajo Interministerial (GTI) conformado por varios órganos federales y coordinado por la Secretaría General de la Presidencia y el Ministerio de Relaciones Exteriores, realizó un seminario en marzo de 2012, que contó con aproximadamente 100 líderes indígenas, quilombolas y de comunidades tradicionales, además de representantes de la sociedad civil, académicos y funcionarios públicos. Se acordaron en esa oportunidad etapas de trabajo para la regulación de la consulta y pese a que el GTI concretó una serie de actividades, 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 del diálogo a finales de 2013³⁴. Solamente algunas comunidades y organizaciones

quilombolas permanecieron en diálogo con el gobierno federal³⁵. Adicionalmente, organizaciones de la sociedad civil manifestaron que los pueblos indígenas se sintieron excluidos o poco representados en varias actividades llevadas a cabo por el GTI. A raíz de las dificultades para la regulación centralizada de la consulta previa, **varias comunidades y pueblos indígenas han empezado a elaborar sus propios protocolos de consulta**. Es el caso, por ejemplo del pueblo Munduruku en Brasil, cuya Asamblea aprobó, el 14 de diciembre de 2014, su propio protocolo de consulta³⁶. El 25 de julio de 2014 el pueblo Wajãpi, ubicado en el Estado de Amapá, al norte de Brasil, había aprobado igualmente el “Protocolo de Consulta y Consentimiento Wajãpi”, documento que fue entregado 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 Federal de Brasil³⁷.

De otro lado, 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 25 de septiembre de 2009 fue publicado el **Decreto 124 del Ministerio de Planificación** (MIDEPLAN, hoy Ministerio de Desarrollo Social), 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. No obstante, su redacción y contenido no reflejaban su provisionalidad y el Decreto estuvo vigente por casi tres años, siendo aplicado en varias

³¹ Véase, al respecto, Decreto 4.887 de 20 de noviembre de 2003, que reglamenta los derechos territoriales quilombolas; Decreto 6.040 de 7 de febrero de 2007, que dispone sobre la Política Nacional de Desarrollo Sostenible de los Pueblos y Comunidades Tradicionales; y Decreto 7.747 de 5 de junio de 2012 relativo a la Política Nacional de Gestión Territorial y Ambiental de Tierras Indígenas.

³² A modo de ejemplo, el Decreto 261 de 22 de noviembre de 2011, complementado por la Instrucción Normativa IDESP 001 del 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”. IDESP-PARÁ. Acta de consulta previa de 6 de agosto de 2013.

³³ 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, mayo de 2013, p. 4.

³⁴ 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*). En el ámbito legislativo, la propuesta de enmienda 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.

³⁵ Entrevista con Juliana Miranda de la Secretaría General de la Presidencia de la República, 10 de diciembre de 2014.

³⁶ 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.mp.br/news/2014/munduruku-decidem-como-deverao-ser-consultados-sobre-hidreletricas-e-obras>

³⁷ 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-e-apresentado-a-orgaos-do-governo-federal/>

ocasiones. Este reglamento adolecía de falencias que, lejos de facilitar la implementación del Convenio 169 de la OIT, la obstaculizaron, y no fue elaborado con participación indígena, lo que provocó el rechazo de las organizaciones indígenas y la crítica de expertos internacionales y de la sociedad civil³⁸.

En el 2011, el gobierno chileno elaboró una nueva propuesta normativa para reglamentar el Convenio 169 e inició un proceso de consulta que fue cuestionado de forma prácticamente unánime por las organizaciones indígenas al considerar que el gobierno omitió sus observaciones. Varias organizaciones solicitaron la paralización del proceso, solicitud que fue finalmente acogida en septiembre de 2011 cuando se anunció que se priorizaría la definición de los mecanismos de participación indígena. A pesar de ello, el Servicio de Evaluación Ambiental reanudó el proceso referido a la consulta indígena en el marco del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) que autoriza la materialización de proyectos de inversión y, pese a los cuestionamientos de las organizaciones indígenas, se aprobó un nuevo Reglamento del SEIA, como **Decreto Supremo 40 del Ministerio del Medio Ambiente**, publicado el 12 de agosto de 2013.

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, destinado a regular el procedimiento de consulta indígena y derogar el Decreto Supremo 124 de 2009. Hacia el final del proceso, se conformó una “Mesa de Consenso” con las organizaciones indígenas para discutir los contenidos de la propuesta. La discusión se centró en gran medida en la composición de esta instancia y en su falta de representatividad. Múltiples organizaciones indígenas se restaron de la convocatoria por la misma razón. El 15 de noviembre de 2013, mediante **Decreto Supremo 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, 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 aprobación, 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.

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 al momento una ley general. Desde 1993 se incluyeron ciertas disposiciones en el ordenamiento, entre las que destaca la Ley 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. En 1998 fue adoptado el **Decreto 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, organismos internacionales³⁹ y la Corte Constitucional⁴⁰ han advertido reiteradamente su incompatibilidad con el Convenio 169 de la OIT y la Constitución. Posteriormente, el Gobierno expidió la **Directiva Presidencial 001 de 2010** para establecer las acciones que requieren y los mecanismos para realizarla, la cual fue igualmente criticada por organizaciones indígenas y de la sociedad civil colombiana⁴¹, y organismos

³⁸ Véase, MAPUEXPRESS. (2009, 21 de septiembre). Reglamento fraudulento dictado por Viera Gallo mutila Convenio 169, se burla de Pueblos Indígenas y coloca al Estado chileno al margen del derecho; La Nación. (2011, 13 de septiembre). MIDEPLAN abre proceso de Invalidación de DS N° 124 sobre consultas indígenas.

³⁹ Véase, OIT. CEACR. Informe General y observaciones referidas a ciertos países. Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, 2010; 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 del Convenio 169 de la OIT, presentada por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS), 2001.

⁴⁰ Véase, Corte Constitucional. Sentencia T- 652 de 1998, Sentencia T-880 de 2006 y Sentencia T-745 de 2010.

⁴¹ 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.*

internacionales⁴². Posteriormente, se expidió el **Decreto 2893 de 2011** que creó la Dirección de Consulta Previa en el Ministerio del Interior, encargada de dirigir los procesos de consulta; así como el **Decreto 2613-2013** y la **Directiva Presidencial 10-2013** para articular la institucionalidad pública en torno a la Dirección de Consulta Previa⁴³. No obstante, han sido también cuestionados por su adopción inconsulta al considerar que reglamentan implícitamente la consulta.

Actualmente, existe un proyecto de Ley Estatutaria elaborado por el Ministerio del Interior que busca regular el derecho a la consulta previa, que no habría sido sometido a consulta hasta el momento. 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 éstas. En este contexto, se viene presentando un debate sobre la conveniencia y necesidad de adoptar una ley general sobre el derecho a la consulta. Los argumentos principales de las organizaciones indígenas para cuestionar la elaboración de una ley estatutaria pueden resumirse en lo siguiente: (i) 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, (ii) no existe garantía de que esta norma recopile los avances alcanzados sobre todo porque se requiere su paso por el Congreso, y (iii) en los países que cuentan con leyes generales éstas han sido criticadas al establecer estándares más restrictivos que los internacionales⁴⁴. Ha surgido como alternativa la elaboración de protocolos de consulta específicos para los distintos pueblos indígenas.

Respecto de **Guatemala**, el Convenio 169 de la OIT se encuentra vigente desde junio de 1997. Transcurridos más de 17 años, no existe en Guatemala una normativa que desarrolle un marco integral del derecho a la consulta. La implementación de mecanismos de consulta a los pueblos indígenas en medidas susceptibles de afectarles formó parte de los compromisos asumidos en los Acuerdos de Paz que pusieron fin al conflicto armado que atravesó el país entre 1960 y 1996⁴⁵. En este contexto, se adoptaron leyes que contienen ciertas disposiciones sobre el derecho a la consulta. El **Código Municipal**, adoptado mediante Decreto 12-2002 del Congreso de la República, dispone la consulta a vecinos (artículo 63), la consulta a solicitud de los vecinos (artículo 64), y consultas a las comunidades o autoridades indígenas del municipio (artículo 65)⁴⁶. Tales disposiciones establecen mecanismos de “información y participación ciudadana” en distintos ámbitos de la vida local. Estos artículos han sido utilizados por los pueblos indígenas para manifestar su posición frente a proyectos en sus territorios ancestrales, a través de las denominadas consultas comunitarias de buena fe o autoconvocadas. Otras disposiciones relevantes se encuentran dispersas en la **Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural**⁴⁷, y en la **Ley General de Descentralización**⁴⁸.

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 insuficientes⁴⁹. Entre 2010 y 2011, una Comisión Intersectorial de la Presidencia de la República elaboró un proyecto de reglamento para implementar la consulta⁵⁰. El mecanismo utilizado para dar a conocer

Washington DC: DPLF/OXFAM, pp. 52 y 53.

⁴² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre Colombia, Doc. E/C12/COL/CO/, mayo de 2010.

⁴³ Entrevista con la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, Bogotá, Colombia, septiembre de 2014.

⁴⁴ Entrevista con la Organización Nacional Indígena de Colombia, Bogotá, Colombia, septiembre de 2014 y entrevista con Dejusticia, Bogotá, Colombia, septiembre de 2014.

⁴⁵ 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).

⁴⁶ Código Municipal, Decreto 12-2002, artículos 63, 64, 65 y 66.

⁴⁷ Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, Decreto 11-2002 del Congreso de la República, artículo 26.

⁴⁸ Ley General de Descentralización, Decreto Número 14-2002 del Congreso de la República, artículo 18.

⁴⁹ Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009, Considerando IV.

⁵⁰ Proyecto del Reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio

el documento consistió en enviar observaciones y comentarios por escrito y por vía electrónica en un plazo de 30 días⁵¹. El entonces Relator de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, realizó observaciones al borrador, consistentes en que no recogía los estándares internacionales y que “no podrá cumplir con los estándares internacionales si el mismo no es sometido a un proceso adecuado de consulta previa con los pueblos indígenas”⁵². Asimismo, el proyecto fue cuestionado por los pueblos indígenas de Guatemala, quienes lo calificaron como una imposición del gobierno y manifestaron su negativa a cualquier intento de limitación de los derechos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT⁵³. El Consejo de Pueblos de Occidente (CPO) presentó una acción constitucional de amparo en contra de la propuesta, la cual fue concedida por la Corte de Constitucionalidad el 24 de noviembre de 2011⁵⁴. Desde entonces, no se tiene información de una iniciativa seria de implementar legalmente el derecho a la consulta en Guatemala.

En cuanto al **Perú**, el Convenio 169 de la OIT se encuentra en vigor desde febrero de 1995. Hasta hace pocos años no se contaba en el ordenamiento peruano con un cuerpo legal específico e integral sobre el derecho a la consulta, más allá de algunas disposiciones puntuales y sectoriales. En este escenario de omisión legislativa, el Tribunal Constitucional jugó un papel fundamental al desarrollar en su jurisprudencia el contenido y etapas para la implementación del derecho a la consulta⁵⁵. Un contexto político favorable, sumado al trabajo de varias organizaciones indígenas y de la sociedad civil, condujo

a que en 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 29785, publicada el 7 de setiembre de 2011. La Ley de Consulta Previa, junto con su **Reglamento** aprobado por Decreto Supremo 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 y colocan al país entre los pocos Estados de la región que han logrado la adopción de una ley de esta naturaleza.

Aunque es innegable que constituye un paso positivo en la garantía de 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 aprobación. Igualmente, se han presentado críticas sustantivas en torno al Reglamento y su proceso de consulta por parte de algunas organizaciones indígenas que decidieron retirarse del proceso⁵⁶. Con independencia de los cuestionamientos, lo cierto es que ambos cuerpos normativos se encuentran vigentes y en pleno proceso de aplicación por parte de las entidades estatales competentes. En perspectiva, la adopción de la Ley de Consulta Previa puede considerarse uno de los principales logros del movimiento indígena peruano y un avance en el establecimiento de reglas claras para la implementación del derecho a la consulta previa en el Perú.

Si bien son muy distintos los procesos de implementación normativa emprendidos en los países de la región, es posible identificar algunas pautas, 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**. Asimismo, **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

169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. 23 de febrero de 2011.

⁵¹ Véase, numeral V 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.

⁵² Naciones Unidas. 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. Doc ONU A/HRC/16/XX, 4 de marzo de 2011.

⁵³ Nisgua. (2011, Marzo). Comunidades rechazan iniciativa por normar las consultas comunitarias.

⁵⁴ Corte de Constitucionalidad. Exp. 1072-2011 de 24 de noviembre 2011, Antecedentes y parte resolutive.

⁵⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia 00022-2009-PI.

⁵⁶ Pacto de Unidad. (2012, 5 de marzo). Pronunciamiento del Pacto de Unidad sobre reglamento de la Ley de Consulta Previa. Pachamama. La voz del sur andino.

Pueblos Indígenas y los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos sobre la materia.

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**. Si bien resultan de suma relevancia las experiencias comparadas, no debe caerse en el error de adoptar sin más un modelo ajeno a la realidad nacional. Cabe enfatizar que una ley específica e integral que implemente el derecho a la consulta es un paso positivo, pero no se 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. Ello se relaciona con la siguiente premisa elemental, **existe una obligación de consultar como se regula e implementa este derecho, sea a través de una ley general u otro mecanismo**. Notamos que ninguna de las experiencias de los países examinados está ausente de cuestionamientos, ya sea por la ausencia total de procesos de consulta en la aprobación de leyes, o bien por cuestionamientos a la legitimidad del ente decisorio, asimetrías de representación en el proceso, entre otros. Igualmente, 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 **derogar las disposiciones incompatibles y abstenerse de adoptar normas contrarias**. Estos dos últimos supuestos son una asignatura pendiente en la región.

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.

En **Bolivia**, el extinto Tribunal Constitucional realizó una interpretación restrictiva del alcance del derecho a la consulta, al entender que supone

(...) 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 Estado⁵⁷.

En otras palabras, el Tribunal consideró que “(...) impone el deber de consultar cuál es el daño que pueden sufrir sus intereses, para que sea debida y equitativamente indemnizado”⁵⁸. Esta interpretación 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 señaló que

⁵⁷ Tribunal Constitucional. Sentencia N° 0045/2006 de 2 de junio de 2006, punto II.5.2.

⁵⁸ Tribunal Constitucional. Sentencia N° 0045/2006 de 2 de junio de 2006, punto II.5.2.

considerar como objetivo el lograr el consentimiento de los pueblos indígenas y originarios era inconstitucional⁵⁹.

Esta posición difiere de la planteada por el actual Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (TCPB) que reconoce la existencia de supuestos en los que el consentimiento es obligatorio en todo proceso de consulta, a la luz de los instrumentos y jurisprudencia internacionales. 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, complementado con un trabajo interpretativo propio. No obstante, se presentan también decisiones criticables, como la recaída en el caso de inconstitucionalidad planteada contra las leyes emitidas en torno a un proyecto carretero que afectaría al Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Sécuré (TIPNIS). En su fallo, declara improcedente la acción de inconstitucionalidad abstracta sobre la Ley 180 que suspendía la construcción de la carretera y declaraba intangible el TIPNIS; y establece la constitucionalidad de la Ley 222 que convoca a una consulta *ad hoc* y posterior a la aprobación del proyecto⁶⁰.

Las cortes superiores de **Brasil** no poseen un número significativo de decisiones sobre el contenido del derecho a la consulta. En el ámbito de la jurisdicción federal, se encuentran algunas decisiones de primera y segunda instancia que ordenan la suspensión de megaproyectos no consultados⁶¹. La tendencia vigente en el Tribunal Superior de Justicia (STJ) y el Tribunal Supremo Federal (STF) ha sido levantar tales medidas cautelares, derivando el debate sobre la afectación al derecho a la consulta al mérito del asunto, con base en un mecanismo previsto en la Ley 4.348 de junio de 1964 denominado “suspensión de

seguridad”. Por medio de dicho mecanismo, la Abogacía General de la Unión, y el Ministerio de Minas y Energía vienen solicitando que las medidas cautelares concedidas en favor de pueblos afectados por megaproyectos, sean levantadas por instancias superiores⁶².

A la fecha, no existen pronunciamientos de fondo del máximo tribunal constitucional de Brasil sobre el derecho a la consulta, sino que las sentencias más relevantes del STF sobre la materia han sido de levantamiento de órdenes cautelares de suspensión de proyectos. Se observa que, en general, tales sentencias han tenido una aproximación restrictiva, no coincidente con los estándares internacionales. Puede citarse, a modo de ejemplo, el pronunciamiento del STF al decidir una acción colectiva (*ação civil pública*) en la 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: “la realización de meros estudios preliminares, relacionados solamente con la viabilidad de la implementación de la UHE [usina hidroeléctrica] de São Luiz do Tapajós/PA, no posee la entidad de afectar directamente las comunidades indígenas involucradas (...)”⁶³, interpretación sumamente restrictiva con relación al momento de realización de la consulta previa.

En **Chile**, dados los cuestionamientos de forma y de fondo de la reglamentación de la consulta, muchos pueblos indígenas han recurrido a los tribunales de justicia, desarrollándose por parte de las cortes superiores una rica, pero oscilante jurisprudencia sobre la implementación del derecho a la consulta. La gran mayoría de los casos llevados ante instancias judiciales por la vía de la acción constitucional de protección ha tenido relación con la impugnación de Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA), medida administrativa que autoriza la materialización de proyectos de inversión y, por tanto,

⁵⁹ Tribunal Constitucional. Sentencia N° 0045/2006 de 2 de junio de 2006, punto II.5.4.

⁶⁰ Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia N° 0300/2012 de 18 de junio de 2012.

⁶¹ 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; y 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.

⁶² Véase, Justiça Global. (2014, 11 de marzo). Brasil é denunciado na ONU por violação dos direitos indígenas e uso da Suspensão de Segurança; y Justiça Global. (2014, 28 de marzo). Estado brasileiro é criticado na OEA por ainda usar lei de exceção da ditadura militar.

⁶³ Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de liminar e de Sentença N. 1.745 - PARÁ (2013/0107879-0), 19 de junio de 2013.

debe ser sometida a consulta. En un primer momento no existió receptividad de parte de los Tribunales Superiores respecto a la necesidad de implementar procesos de consulta frente a tales medidas administrativas. Con el tiempo, fue generándose una mayor recepción, lo que se vio manifestado en sentencias tanto de las Cortes de Apelaciones, como de la Corte Suprema⁶⁴. No obstante, es preocupante advertir que, en fallos recientes, la Corte Suprema ha determinado que la falta de consulta de la RCA es de competencia de los tribunales ambientales y no debe ser materia de recurso de protección constitucional⁶⁵.

Respecto de **Colombia**, existe un gran consenso en cuanto al papel clave de la Corte Constitucional (CC) para hacer efectivo el derecho a la consulta previa. Su jurisprudencia sobre la materia inició hacia mediados de los noventa del siglo XX, frente a la aprobación de medidas que afectaban directamente a los pueblos indígenas sin observar este derecho. La CC 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 consultar. Desde la SU-039 de 1997, la CC ha sostenido que la consulta concreta mandatos constitucionales, como el principio de participación de grupos particularmente vulnerables, la diversidad cultural y los compromisos internacionales adquiridos por el Estado frente a los pueblos étnica o culturalmente diversos⁶⁶. Destaca que la Corte ha considerado en reiterados fallos 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 medida⁶⁷. Su rol ha sido particularmente relevante en un escenario de ausencia de legislación sobre la materia.

Dado el destacado papel que ha cumplido la CC, es preocupante observar ciertas decisiones regresivas emitidas recientemente. Entre otras, puede mencionarse la sentencia C-253 de 2013, en la que estableció que sólo es exigible el derecho a la consulta respecto de medidas legislativas emitidas desde enero de 2008, fecha de emisión de la sentencia C-030 en la que desarrolla criterios jurisprudenciales para aplicar la consulta de este tipo de medidas, y no desde la ratificación del Convenio 169 de la OIT por parte de Colombia⁶⁸. Otra dificultad en el ámbito de la jurisdicción constitucional se relaciona con el escaso cumplimiento que presentan las sentencias de la CC⁶⁹.

En **Guatemala**, existen ciertos avances en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia constitucional. Uno de los pronunciamientos más relevantes es aquel en que la Corte afirmó que las normas contenidas en el Convenio 169 de la OIT no contradicen la Constitución, sino, por el contrario, complementan las disposiciones referidas a los pueblos indígenas⁷⁰. Igualmente, destaca que la Corte ha reconocido que la consulta es “un derecho fundamental de carácter colectivo”⁷¹, y que “la carencia de legislación ordinaria ad hoc no puede significar la nulidad del derecho que asiste a las poblaciones indígenas, que debe

⁶⁴ 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 Chiloe); 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)

⁶⁵ Corte Suprema, Rol 17120-2013, considerando 5°.

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997.

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-376 de 2012, II, consideraciones y fundamentos, párr. 8.

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-253 de 2013, considerando 6.4.8.

⁶⁹ Véase, al respecto, Rodríguez, G. A. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: GIZ/Universidad del Rosario.

⁷⁰ Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 199-95. Opinión Consultiva de 18 de mayo de 1995, conclusión.

⁷¹ Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009, considerando V.

ser respetado por el Estado⁷². Además, en reiteradas ocasiones, ha exhortado al Congreso de la República a implementar las disposiciones internas necesarias sobre el derecho a la consulta⁷³. No obstante, también se identifican aspectos cuestionables. Uno de ellos es que no ha recogido los supuestos establecidos por el derecho internacional, en los cuales los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos indígenas para tomar una decisión o autorizar un proyecto⁷⁴. 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 Estado⁷⁵.

Respecto de **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 (TC) y de la Corte Suprema de Justicia. El primer antecedente es la sentencia del TC recaída en el expediente 03343-2007-AA, en la 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 constitucionales⁷⁶. Igualmente, es relevante la sentencia 00022-2009-PI, puesto que en un escenario de ausencia de legislación específica, el TC desarrolló el contenido, etapas y reglas que permitan la implementación efectiva del proceso de consulta. Otro pronunciamiento destacable es la sentencia del expediente 05427-2009-AC relativa a la omisión de implementar normativamente el derecho a la consulta, dado que el TC analizó las normas sectoriales y dispersas que a juicio de la defensa del Estado desarrollaban este derecho, y concluyó que no establecen procesos de consulta conforme a los estándares exigidos.

Si bien debe reconocerse los avances dados por el TC y los indudables aportes en momentos de dificultad, existen pronunciamientos cuestionables. Al respecto, destaca la sentencia 06316-2008-AA, en la que el TC señala que la consulta es exigible a partir de la expedición de la sentencia 00022-2009-PI, es decir desde junio de 2010, y no desde el 2 de febrero de 1995 cuando el Convenio 169 de la OIT 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 169.

⁷² Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009, considerando IV.

⁷³ Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 3878-2007. 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.

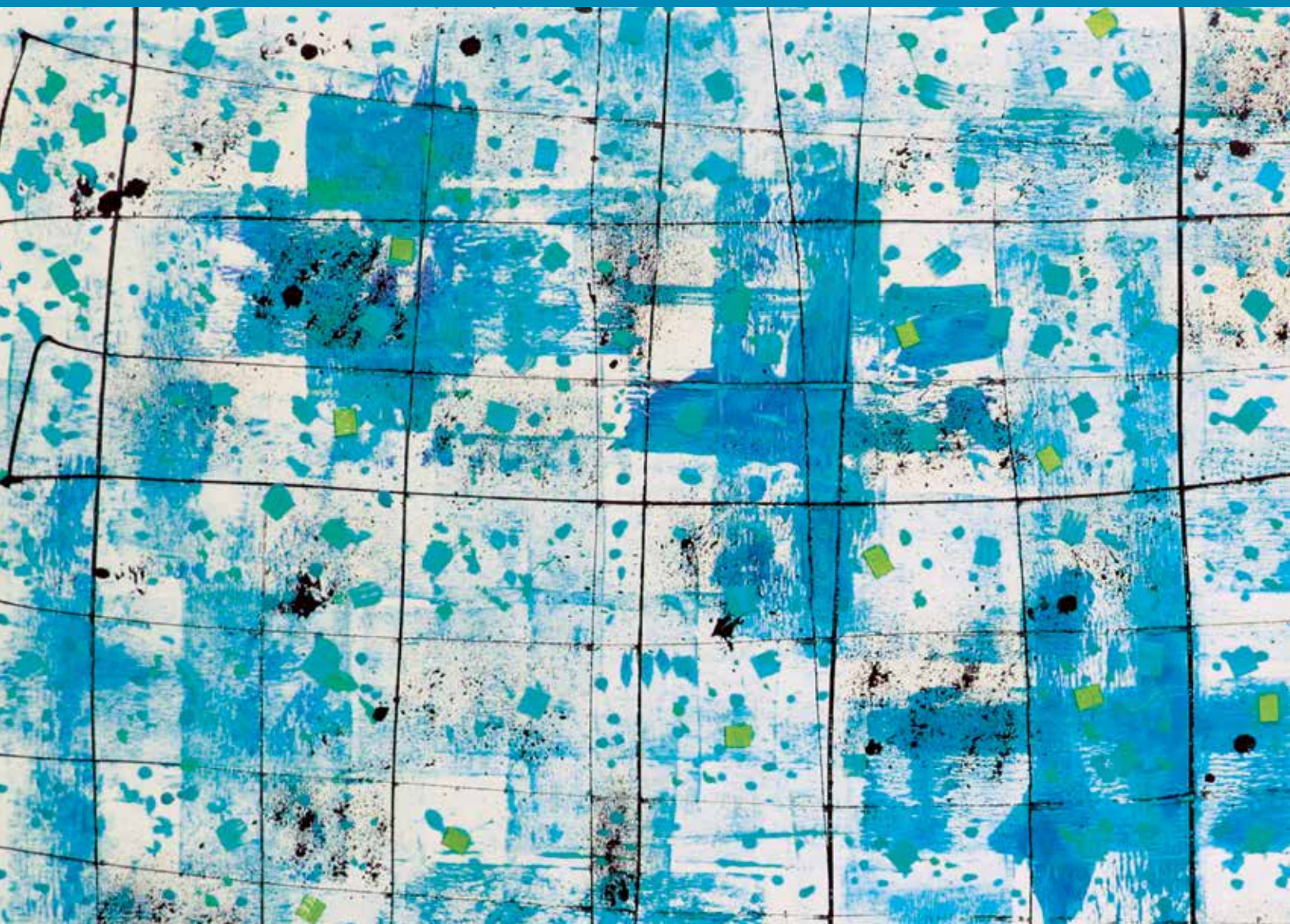
⁷⁴ Véase, CIDH. *Informe Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 56/09, 30 diciembre 2009, p. 125.

⁷⁵ Corte de Constitucionalidad. Exp. 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009, considerando IX.

⁷⁶ Tribunal Constitucional. Expediente 03343-2007-AA, fundamento jurídico 31.

SEGUNDA PARTE

Implementación del derecho a la consulta –Avances y desafíos



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, la adopción inconsulta de textos legales contrarios a este derecho, y 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.

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

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 del 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, el artículo 7 de la **Ley de Consulta Previa** 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 propias⁷⁷. Mayores dificultades se presentaron con la aprobación de la Directiva N° 03-2012/MC⁷⁸, la cual contiene criterios adicionales y que no coinciden del todo con el Convenio 169 de la OIT, y la Ley de Consulta y su Reglamento⁷⁹.

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 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 o Ley Indígena. Si nos remitimos a 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.

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, la determinación de la aplicación de la consulta previa.

⁷⁷ Ley de Consulta Previa, artículo 7.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ Directiva N° 03-2012/MC, disposición 7.1.3., 7.1.4. y 7.1.5.

En **Colombia**, por ejemplo, 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. Ello estaría relacionado con que el proceso de certificación se basa principalmente en información disponible en bases de datos de distintas instituciones del Estado y, excepcionalmente, se realizarían visitas de campo. En la práctica, estas visitas tendrían lugar únicamente cuando son solicitadas o cuando existen dudas sobre la actualidad de los datos⁸⁰. De este modo, en ausencia de una visita de campo o de convocatoria a un proceso de consulta, las comunidades tienen pocas posibilidades de tomar conocimiento de que se encuentra en marcha un proyecto que les afecta directamente.

En el **Perú**, además de las advertidas inconsistencias normativas, se presentan dificultades prácticas para el ejercicio del derecho a la consulta por parte de comunidades campesinas de la costa y sierra del país, principalmente en el ámbito minero. En octubre de 2013 se publicó una base de datos con una lista de 52 pueblos, entre ellos cuatro andinos, sin mayor especificación o identificación de comunidades⁸¹. Según la normativa peruana, será cada entidad estatal promotora de la medida la responsable de identificar a los pueblos indígenas a ser consultados; mientras que el Viceministerio de Interculturalidad está facultado a emitir opinión al respecto⁸². 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 andino⁸³.

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 ve a continuación.

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 por ejemplo la 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 (...)”⁸⁴. Otro ejemplo de preocupación se encuentra en **Chile**, pues el Decreto Supremo 40 del Ministerio del Medio Ambiente de 2013, en su artículo 80, 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.

⁸⁰ Entrevista con la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, Bogotá, Colombia, septiembre 2014.

⁸¹ 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.

⁸² Ley de Consulta Previa, artículo 10 y artículo 19.d; y Reglamento de la Ley de Consulta Previa, artículo 8 y 28.3.

⁸³ 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. Véase, Servindi. (2012, 13 de junio). Perú: Ollanta y su particular visión del derecho a la consulta previa; y Servindi. (2013, 29 de abril). Ollanta reitera que espíritu de Ley de Consulta es darle voz solo a comunidades nativas.

⁸⁴ Ley de Minería y Metalurgia, Ley No. 535, promulgada el 28 de mayo de 2014, artículo 207.II.

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

Es posible advertir diversas aproximaciones restrictivas del concepto de “afectación directa” para determinar la aplicación del derecho a la consulta a nivel legislativo, jurisprudencial y práctico. En **Chile**, por ejemplo, en cuanto a la definición de “afectación directa” contenida en el artículo 7 del Decreto Supremo 66 de 2013 puede decirse que: (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, (ii) se adiciona el requisito de la magnitud del impacto, con lo cual se 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”, y (iv) se da una restricción cualitativa del tipo de afectación, referida no ya a la magnitud de afectación, sino a su calidad, pues únicamente deben ser consultadas las 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”.

Otro ejemplo se encuentra en **Colombia**, pues si bien la Corte Constitucional ha adoptado una definición amplia de afectación directa⁸⁵, en la práctica se presentan proyectos inconsultos en área de influencia indígena por una aplicación restrictiva de este concepto⁸⁶. Por ello, la Corte Constitucional ha debido 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 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”⁸⁷ o cuando tenga un “impacto directo, específico y particular” en una determinada comunidad indígena⁸⁸. Una situación similar se presenta en **Guatemala**, donde fue planteada ante la Corte de Constitucionalidad una acción de inconstitucionalidad contra la Ley de Minería, y la Corte determinó que 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 particular afectación a los pueblos indígenas⁸⁹.

1.2.3 El sistema existente no asegura la identificación de medidas susceptibles de afectar directamente

Otra limitación importante en cuanto al objeto de la consulta consiste en que el diseño institucional o sistema existente no asegura la identificación de medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. En **Colombia**, por ejemplo, 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 ambiental⁹⁰. De este modo, aquellos proyectos que no requieran licencia ambiental y que sin embargo, afectan directamente derechos de pueblos indígenas, pueden ser implementados sin la realización previa de un proceso de consulta, como es el caso de proyectos de exploración minera. 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 y 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 son de especial preocupación países como **Bolivia** y **Guatemala** que no han adoptado

⁸⁵ Véase, Corte Constitucional. C-030/08 y T-745/10.

⁸⁶ 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.

⁸⁷ Corte Constitucional. C-196/12.

⁸⁸ Corte Constitucional. C-317-12.

⁸⁹ Corte de Constitucionalidad. Exp. N°1008-2012. Sentencia de 28 de febrero de 2013, considerando V.

⁹⁰ Véase, Decreto 2820 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, artículos 21 y 24.

aún mecanismos para asegurar, en todos los ámbitos, la realización de procesos de consulta frente a medidas que afectan directamente a los pueblos indígenas.

1.3 Entidades a cargo de su realización

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.* Brasil, Bolivia y Guatemala).

1.3.1 Centralización del proceso de consulta en una instancia única

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, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Asimismo, la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías de dicho Ministerio está encargada de la coordinación y realización de procesos de consulta específicamente para iniciativas legislativas y administrativas de orden nacional. Lo positivo de este esquema es que parece ser más favorable a la aplicación de un enfoque especializado y a la rendición de cuentas. No obstante, se identifican desafíos como el hecho de que el proceso de consulta se inicie, por lo general, a solicitud del particular interesado en implementar el proyecto, en lugar de ser una responsabilidad de oficio de las respectivas entidades estatales. Otro cuestionamiento respecto de la Dirección de Consulta Previa se refiere a que no jugaría un papel 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 actúa

como un ente que facilita el diálogo entre partes y prepara el escenario para la ejecución del proyecto. Igualmente, se identifican debilidades institucionales como la ausencia de personal suficiente y debidamente capacitado, y la falta de coordinación adecuada entre las instituciones estatales involucradas.

1.3.2 Procesos de consulta a cargo de la entidad estatal que adopta la medida legislativa o administrativa

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 que afecte directamente a los pueblos indígenas. En el **Perú**, conforme a la Ley de Consulta Previa, la entidad estatal promotora de la medida es la responsable de ejecutar la consulta, mientras que el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura (VMI), 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; entre otras que establece la Ley. Si bien 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, lo que determina que sean resistentes a aplicar la consulta. Igualmente, han surgido dificultades para definir la entidad promotora y entender cuáles son los roles de las distintas instituciones. Se percibe con frecuencia que el VMI solo brinda apoyo técnico, 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.

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, y la CONADI

oficiará de asistente técnico del proceso⁹¹. 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. En cuanto al mecanismo para medidas que requieren la elaboración y aprobación de evaluaciones ambientales, según lo establecido por el Decreto Supremo 40 del Ministerio del Medio Ambiente, están a cargo del procedimiento de consulta previa las entidades a cargo de la evaluación ambiental. En los procesos de consulta adelantados, se evidencian dificultades asociadas a que se cuenta 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 fortalecimiento institucional.

1.3.3 Ausencia de una entidad específica a cargo de los procesos de consulta

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, entre las que destaca la Dirección General de Gestión Socio-Ambiental (DGGSA) del Viceministerio de Desarrollo Energético del Ministerio de Hidrocarburos y Energía que viene aplicando procesos de consulta en virtud a la Ley de Hidrocarburos.

En **Brasil**, en ausencia de un instrumento específico, los escasos procesos de consulta 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 por el 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 quien llevaría adelante el proceso. Dado que el diálogo con las organizaciones indígenas se encuentra suspendido y el proceso de consulta a las comunidades quilombolas sigue en curso, no es claro si dicho diseño será puesto en marcha.

En cuanto a **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 social⁹². Numerosas comunidades indígenas han solicitado a diferentes autoridades estatales 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, 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 las 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;

⁹¹ Decreto Supremo 66 de 2013, artículo 14.

⁹² Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, Acuerdo Gubernativo 431-2007, artículo 74.

- ❖ 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.

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 se enfrenta a múltiples limitaciones prácticas en los países de la región. Estas limitaciones, que afectan seriamente el ejercicio de un derecho fundamental, se encuentran asociadas a aspectos tales como la inaplicación de procesos de consulta; 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.

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. 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. Del mismo modo, si bien en **Colombia** desde mediados de los años 90 se vienen realizando consultas previas, siguen presentándose casos de medidas adoptadas sin observar este derecho. 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 Ley⁹³. 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.

⁹³ 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. (2014, septiembre). Atentado contra los derechos territoriales de los pueblos indígenas y originarios del Perú. Lima. Disponible en <http://www.muqui.org/nosotros/donde-estamos/90-ultimas-noticias/ultimas-noticias/6073-pronunciamiento-del-pacto-de-unidad-ley-30230>

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. Es posible observar que muchas de las limitaciones de los procesos de consulta se relacionan con el incumplimiento de una o más de esas garantías.

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 consultados⁹⁴. Los pueblos y comunidades indígenas suelen enfrentar 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. Otra preocupación central se refiere a la calidad, cantidad y adecuación cultural de la información brindada durante el proceso de consulta por parte de las autoridades o funcionarios estatales.

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 consultado. El carácter adecuado de la consulta está determinado por múltiples factores, como la participación de los pueblos indígenas a través de sus instituciones representativas. Si bien en algunos países se ha incorporado normativamente la representación de los pueblos indígenas en los procesos a través de sus instituciones representativas⁹⁵, se presentan dificultades

para determinar cuáles son tales instituciones y se han dado casos en que la consulta se realiza por comunidades y no por pueblos, generando divisiones y desconocimiento de las formas organizativas propias⁹⁶. En estos escenarios, resulta particularmente relevante tomar el tiempo necesario y aplicar métodos culturalmente adecuados, para determinar de modo previo las instituciones representativas propias de cada comunidad y/o pueblo a ser consultado.

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 tiempo. No obstante, se observa una tendencia a establecer plazos fijos y a reducir cada vez más la duración de los procesos en países como **Bolivia**⁹⁷, **Colombia**⁹⁸, **Chile**⁹⁹ y **Perú**¹⁰⁰. Ello a pesar de que el contexto geográfico y socio cultural parece evidenciar la necesidad de mayores tiempos. 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 flexibilidad¹⁰¹, y con miras a garantizar la adecuación cultural de la consulta y evitar caer en aproximaciones meramente procedimentales.

⁹⁴ 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.

⁹⁵ Véase, Bolivia. Ley de Hidrocarburos, artículo 118; Chile. Decreto Supremo 66 de 2013, artículo 6; Perú. Ley de Consulta Previa, artículo 6.

⁹⁶ Entrevista con la Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos en Colombia, Bogotá, Colombia, septiembre de 2014.

⁹⁷ Decreto Supremo N° 29574, adoptado el 21 de mayo de 2008, artículo 2.III. Igualmente, la Ley de Minería y Metalurgia que dispone en su artículo 212 una duración máxima de cuatro meses de los procesos de consulta; el Anteproyecto de Ley de Consulta que establece en su artículo 22 como regla general que los procesos se realicen en un plazo máximo 180 días calendario.

⁹⁸ Uno de los factores que determinan el éxito de los procesos es su duración, la cual se ha disminuido significativamente en los últimos años, llegando incluso a procesos que duran uno o dos meses. Entrevista con la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Bogotá, Colombia, septiembre de 2014. Entrevista con personal de la Defensoría Delegada para los Indígenas y las Minorías étnicas. Bogotá, Colombia, septiembre de 2014. Entrevista con la Oficina del ACNUDH. Bogotá, Colombia, septiembre de 2014.

⁹⁹ Decreto Supremo 66 de 2013, artículo 17.

¹⁰⁰ Reglamento de la Ley de Consulta Previa, artículo 24.

¹⁰¹ Véase, Perú. Ley de Consulta Previa, artículo 4, d) y e); Chile. Decreto Supremo 66 de 2013, artículo 10.

- ❖ **Ausencia de garantías de una consulta libre:** exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de terceros que actúan con su autorización o aquiescencia¹⁰². 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 desalojo¹⁰³. Igualmente, en **Guatemala**, algunos procesos de *diálogo* o *socialización* han sido realizados en contextos marcados por amenazas y criminalización de dirigentes comunitarios¹⁰⁴. En **Brasil**, se han dado casos en los que integrantes de comunidades indígenas fueron presos en plena reunión convocada por altos funcionarios federales y de gobiernos estatales y municipales¹⁰⁵.
- ❖ **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”. Si bien el objetivo de la consulta parece claro, existen percepciones muy distintas al respecto.

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 compensaciones¹⁰⁶. 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:** el principio de buena fe 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 la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La preocupación central en cuanto a la implementación de este principio es que sea definida de modo a impedir que los pueblos indígenas se opongan a determinado proyecto. En la legislación **chilena**, por ejemplo, la buena fe ha sido definida de modo tal que se identifican como conductas contrarias, aquellas que impidan alcanzar el consentimiento¹⁰⁷. Cabe recordar que los pueblos indígenas están en su pleno derecho a oponerse a una medida propuesta, cuestión que con el entendimiento de buena fe propuesto podría quedar en entredicho y ser utilizada como un indicativo de mala fe¹⁰⁸.

¹⁰² 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.

¹⁰³ Véase, al respecto, ONIC. Consejería de Derechos de los Pueblos Indígenas, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Paz. *Informe Anual 2013*; y ONIC. Consejería de Derechos de los Pueblos Indígenas, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Paz. *Informe Anual 2014*.

¹⁰⁴ Véase, *inter alia*, UDEFEGUA. (2013). *El Silencio es historia. Informe sobre situación de Defensoras y Defensores de Derechos Humanos. Enero a Diciembre de 2013*, p. 11. 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. CIDH. (2013, 24 de agosto). *CIDH condena ataque contra niños maya q'eqchi' en Guatemala*. Comunicado 61/13. CIDH, Cobán, Alta Verapaz, Guatemala.

¹⁰⁵ Véase, Conselho Indigenista Missionário. (2014, outubro). *Sem provas, Polícia Federal e governo transformam cinco líderes Kaingang em presos políticos e criminalizam a luta pela terra*.

¹⁰⁶ Entrevista con OPIAC, Bogotá, Colombia, septiembre de 2014.

¹⁰⁷ Decreto Supremo 66 de 2013, artículo 9.

¹⁰⁸ Véase, ONU. 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.

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”¹⁰⁹. 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 indígenas¹¹⁰. 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 proceso¹¹¹. 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 estatales¹¹².

¹⁰⁹ 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.

¹¹⁰ Ello en tanto 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 ambiental. Esto ocurre, por ejemplo, con proyectos de exploración minera, dado que no se exige dicha licencia para esta actividad. Véase, el artículo 24 del Decreto 2820 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

¹¹¹ 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.

¹¹² Véase, al respecto, 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

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 representantes de los pueblos indígenas, asistentes técnicos que les brinden la asesoría necesaria, o la presencia de funcionarios estatales. Difiere en los distintos países la manera en que se ha financiado o dispuesto financiar los gastos relacionados a los procesos de consulta, y, en algunos casos, la normativa no se refiere a este aspecto. En **Bolivia**, por ejemplo, la Ley de Hidrocarburos dispone 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”¹¹³. Disposiciones adoptadas con posterioridad permiten que los gastos del proceso de consulta, indemnizaciones y compensaciones sean recuperados por las empresas hidrocarburíferas, con lo cual, a través de Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPFB), el Estado asume los gastos de la consulta y otros relacionados¹¹⁴.

En **Colombia**, en la mayoría de casos los gastos del proceso de consulta los asumen las empresas proponentes del proyecto, ya sea financiando directamente a las organizaciones indígenas para que obtengan servicios técnicos de su confianza¹¹⁵. En cuanto al **Perú**, 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”¹¹⁶, mientras que el Reglamento de la Ley de Consulta establece fuentes de

del derecho a la consulta previa, p. 23.

¹¹³ Ley de Hidrocarburos, artículo 7.

¹¹⁴ La Ley de Desarrollo Sostenible del Sector de Hidrocarburos, Ley 3740, introdujo el concepto de “costos recuperables”, reglamentado mediante Decreto Supremo 29504 en el que se establecen las condiciones y parámetros para la devolución por parte de YPFB de los costos considerados recuperables en el marco de los contratos de operación vigentes.

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ Ley de Consulta Previa, artículo 18.

financiamiento distintas según el tipo de medidas¹¹⁷ y establece que en el caso de proyectos extractivos, los costos serían asumidos por la empresa interesada. La normativa **chilena**, por su parte, no determina quién se hará cargo de los recursos 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. 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; y de otro, que otorgue las garantías de independencia e imparcialidad que debe regir la actuación estatal en el 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. En los países del presente informe se identifican varios puntos críticos en el cumplimiento de las garantías exigidas en el ámbito internacional con relación a las evaluaciones socioambientales.

Uno de ellos es que los EIA son elaborados por el proponente del proyecto o por consultores contratados por éste, con escasa o inexistente supervisión de la autoridad estatal. Se presentan cuestionamientos en cuanto al incumplimiento 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, y muchas veces las instituciones responsables carecen de recursos o voluntad para contrastar la información. Se trata de sistemas

orientados a la aprobación de los proyectos, guiados por criterios de rapidez y agilización del licenciamiento. 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, incluyendo los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Es frecuente también que las comunidades no participen en los procesos, 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.

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, y es posible observar que la legislación sectorial parece presentar contradicciones con el Anteproyecto de Ley de Consulta en materia de plazos e institucionalidad¹¹⁸.

De otro lado, una superposición muy común se presenta con relación a la normativa sobre participación social en materia ambiental. En las últimas décadas,

¹¹⁷ Reglamento de la Ley de Consulta Previa, artículo 26.

¹¹⁸ 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”, 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”. Véase, el artículo 212 de la Ley de Minería y Metalurgia; y el artículo 22 del Anteproyecto de Ley de Consulta Previa, Libre e Informada.

la gran mayoría de países de la región ha incorporado mecanismos que permiten la participación de la población en la gestión ambiental de proyectos o actividades. Las legislaciones contemplan una variedad de mecanismos de participación, 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. Si bien 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 EIA. La situación es especialmente 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 ciudadana¹¹⁹.

3.2 Imprecisión sobre el inicio de la consulta

Una de las garantías 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”¹²⁰. Si bien el momento exacto del inicio de la consulta puede variar según el tipo de medida, actividad y/o sector de que se trate o el proceso que se sigue para su aprobación, los estándares internacionales 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. Puede verse que en el ámbito interno existen dificultades para cumplir con esta garantía.

En **Bolivia**, dada la ausencia de un mecanismo para consultar previamente medidas que afecten a los pueblos indígenas, se han dado casos de procesos de consulta con posterioridad a su adopción¹²¹. Un aspecto a destacar es que la Ley de Hidrocarburos dispone que la consulta deba 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 EIA¹²². No obstante, en la práctica se aplica la consulta solo en el segundo momento, con lo cual, a pesar de contar con una legislación positiva, su falta de implementación efectiva limita la capacidad de incidencia de los pueblos indígenas, y la reduce a aspectos ambientales y compensatorios.

La normativa **peruana**¹²³ y **chilena**¹²⁴ otorgan ciertas salvaguardas para que la consulta a los pueblos indígenas sea previa; no obstante, deja un margen de discrecionalidad para que las entidades estatales apliquen esta garantía en los procedimientos específicos de toma de decisiones en cada sector. En cuanto a **Colombia**, la Dirección de Consulta 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 Decreto 2613 de 2013 dispone momentos específicos para cada sector, en los que las entidades públicas o

¹¹⁹ Véase, Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, Acuerdo Gubernativo 431-2007, Título VIII.

¹²⁰ 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.

¹²¹ 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 implementación. Véase, FIDH/APDHB. (2013). *Bolivia: informe de verificación de la consulta realizada en el territorio indígena Parque Nacional Isiboro-Sécure*. Abril, 609e.

¹²² Ley de Hidrocarburos, artículo 115.

¹²³ Ello se afirma teniendo en cuenta la definición de la finalidad de la consulta en el sentido de “garanti[zar] su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado” según el artículo 3 de la Ley de Consulta Previa, la incorporación del principio de oportunidad en el artículo 4.a) de la Ley de Consulta y el mandato de que las entidades estatales identifiquen “bajo responsabilidad” las medidas objeto de consulta, fase que da inicio al proceso contenido en el artículo 9 de la Ley. Cabe mencionar que en aplicación de esta normativa, en el Perú las consultas en el sector hidrocarburo vienen teniendo lugar antes de la licitación de los lotes petroleros.

¹²⁴ Si bien el Decreto Supremo 66 no establece un momento preciso, enfatiza que “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. Decreto Supremo 66 de 2013, artículo 11.

ejecutores de los proyectos deben elevar la solicitud. No en todos los casos dicha previsión legal garantiza el carácter previo de la consulta¹²⁵.

¹²⁵ Por ejemplo, en materia de hidrocarburos 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”. Decreto 2613 de 2013, artículo 5.

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 a una gran imprecisión sobre el momento en el que la misma debe ser llevada a cabo. Una situación similar se presenta en **Guatemala**, donde esta garantía no se cumple por la ausencia de mecanismos específicos para hacer realidad este derecho.

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, 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 sea sometida a consulta y, en su caso al consentimiento previo, libre e informado, toda medida legislativa o administrativa susceptible de afectarles directamente a los pueblos indígenas.
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 por 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 debe ser realizado 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