

IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA Y CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO

Experiencias comparadas en América Latina y
discusiones sobre una ley de consulta en México

IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA Y CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO

Experiencias comparadas en América Latina y discusiones
sobre una ley de consulta en México



El contenido de esta publicación es responsabilidad de sus autores y no necesariamente refleja la posición de Oxfam México. Ciudad de México, Octubre 2018.

INTRODUCCIÓN 3

1. Desafíos para la implementación de la consulta y CPLI en otros países de América Latina 6

1.1 Contexto general 6

1.2 Marco constitucional y legal sobre la consulta y CPLI en América Latina 7

1.3 Recepción de estándares internacionales..... 8

1.4 Marco legal sobre consulta y CPLI y participación de los pueblos indígenas en su diseño 10

Argentina..... 10

Bolivia 14

Brasil..... 16

Chile 18

Colombia..... 21

Costa Rica..... 25

Ecuador..... 30

Guatemala 31

Honduras 36

Perú..... 40

2. Análisis sobre la implementación de la consulta y CPLI en México 47

2.1 Marco constitucional aplicable y recepción de estándares internacionales..... 47

| | |
|---|-----------|
| 2.2 Discusiones en torno a la adopción de una ley general sobre consulta en México | 49 |
| 2.3 Problemas identificados en tres procesos de consulta en México | 50 |
| 2.3.1 El desequilibrio de poder entre las partes es agravado por una actuación parcializada de las autoridades estatales | 54 |
| 2.3.2 Las autoridades estatales no reconocen la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios y recursos naturales | 56 |
| 2.3.3 No se aplica el principio de la autoadscripción y el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derecho | 57 |
| 2.3.4 En los procesos de consulta se presentan actitudes discriminatorias contra los pueblos indígenas | 58 |
| 2.3.5 No se observan los principios inherentes a la consulta y CPLI, priorizándose más bien la suscripción de acuerdos | 58 |
| 2.3.6 No existe claridad sobre las entidades responsables de la realización de los procesos de consulta..... | 59 |
| 2.3.7 Omisión del Poder Judicial ante incumplimiento de sentencias que amparan la consulta previa..... | 60 |
| 3 Conclusiones generales respecto de la utilidad o no de la adopción de una ley de consulta en México..... | 62 |

El respeto a los derechos de los pueblos indígenas y tribales es un componente esencial en la construcción de sociedades democráticas. Sin embargo, con frecuencia los Estados de la región adoptan decisiones inconsultas que afectan a los referidos pueblos, lo que propicia conflictos sociales y agudiza la desconfianza hacia sus gobiernos, producto de siglos de políticas públicas basadas en la asimilación cultural, violencia y discriminación. Ante la creciente conflictividad social derivada del avance de megaproyectos de infraestructura, la consulta y el consentimiento previo, libre e informado (CPLI) se han convertido en algunas de las principales respuestas, en México y en otros países de América Latina, a la demanda de los pueblos indígenas para que se reconozca el derecho a la libre determinación y autonomía.

En México, no ha sido hasta el 2013 que la Suprema Corte de Justicia de la Nación comenzó a emitir resoluciones amparando el mencionado derecho fundamental¹. No existe en el país una ley general que regule la consulta y CPLI, por lo que los operadores estatales se han guiado, en general, por los lineamientos de un protocolo sobre consulta elaborado por la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI)². A partir del 2013, la llamada “reforma energética” estableció que, para la procedencia de proyectos energéticos, de hidrocarburos y de la industria eléctrica, se deben realizar procesos de consulta para obtener el consentimiento libre e informado cuando los pueblos indígenas puedan verse afectados por las actividades concesionadas. En esta línea, se han adoptado protocolos específicos para algunos procesos de consulta vinculados al sector energético³.

Los procesos de consulta que se han desarrollado en México derivan, sobre todo, de sentencias emitidas en acciones entabladas por las propias comunidades. Los procesos judiciales culminados o en curso no han estado exentos de críticas de las comunidades, de organizaciones de la sociedad civil o, incluso, de organismos supranacionales de derechos humanos. Es desalentador constatar que, a pesar de

1 A lo largo de la década de 1990 y 2000, los tribunales mexicanos conocieron una serie de amparos relacionados con el derecho a la consulta y CPLI. Sin embargo, la mayoría absoluta fue decidida desfavorablemente a la pretensión de las comunidades. En el ámbito de la justicia electoral, se emitieron algunas decisiones favorables, con anterioridad a 2013, ordenando procesos de consulta previa. Al respecto, véase, por ejemplo, Caso Cherán, SUP-JDC 9167-2011).

2 CDI Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/252234/CDI_Protocolo_Consulta_Pueblos_Indigenas_2014.pdf

3 Estos son algunos ejemplos de protocolos de consulta que se han aprobado, en aplicación de las disposiciones reglamentarias de la Reforma Energética: Protocolo para la Consulta a la Tribu Yaqui sobre la construcción y operación del Gasoducto Sonora en territorio yaqui (segmento Guaymas-El Oro.) https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/15240/Protocolo_de_Consulta_Previa_a_Tribu_Yaqui__ulio_2014_.pdf. Protocolo del Proceso de consulta previa, libre e informada a la comunidad indígena de Juchitán de Zaragoza, sobre la construcción y operación de un proyecto de generación de energía eólica. <https://www.gob.mx/sener/articulos/protocolo-del-proceso-de-consulta?idiom=es>. Protocolo de Consulta a Comunidades Nahuas y Totonacas sobre Proyecto Hidroeléctrico (PUEBLA I) <https://www.gob.mx/sener/articulos/consulta-a-comunidades-nahuas-y-totonacas-sobre-proyecto-hidroelectrico-puebla>

lo costoso y tardado de las acciones legales y de contar con sentencias firmes, las comunidades no han logrado suspender los proyectos. Dicha realidad se evidencia en el reiterado incumplimiento de las sentencias con relación a la siembra de la soya transgénica en territorio de las comunidades mayas de Campeche y Yucatán; la construcción/operación de un acueducto en territorio de la Tribu Yaqui en Sonora, y la propuesta de modificación del Decreto de Veda de 1967, para la extracción de agua en el caso de los Valles Centrales de Oaxaca.

En medio a los desafíos enfrentados en México y en otros países de la región, se han discutido la adopción de leyes, reglamentos y decretos, muchas veces bajo el argumento de que la ausencia de un marco legal específico compromete la efectividad del citado derecho. Entre las razones expuestas por quienes defienden esta posición, destaca la alegada imposibilidad de implementar procesos de consulta sin leyes específicas y la necesidad de conferir seguridad jurídica tanto a los pueblos indígenas como a las empresas inversionistas. En efecto, la principal motivación para la presentación de proyectos de ley sobre la materia ha sido brindar seguridad jurídica a las empresas inversionistas y a la Administración Pública, y no la necesidad de garantizar los derechos de los pueblos indígenas.

El presente documento busca contribuir a esta discusión, a partir del análisis de los estándares internacionales aplicables, del derecho comparado y de los desafíos enfrentados por otros países de la región⁴. El análisis comparado está enfocado en los países donde se han adoptado leyes o decretos específicos sobre la consulta y CPLI (Chile y Perú); en aquellos donde existen iniciativas de ley sobre consulta y CPLI en discusión (Colombia, Honduras y Guatemala); en donde se han detenido las iniciativas de ley (Bolivia y Ecuador); en donde ha fracasado el intento de adoptar un marco legal de alcance general (Brasil).

Asimismo, el documento examina tres procesos concretos de consulta previa en la Península de Yucatán y en los estados de Oaxaca y Sonora, a fin de valorar algunos desafíos para su implementación en México. En los tres procesos se evidencia cómo la ausencia de una política estatal pautada en el respeto por los estándares internacionales conllevan a un vacío institucional y a decisiones que generan una profunda desconfianza de los pueblos y comunidades consultadas.

Ante el contexto descrito, el presente documento busca proporcionar insumos para responder a las siguientes interrogantes:

⁴ Parte de la información contenida en el presente documento, con relación a la implementación de la consulta y CPLI en otros países de la región fue recogida y actualizada del informe 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. DPLF y Oxfam, agosto de 2015. Disponible en: http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf

1) ¿Es indispensable una ley sobre consulta y CPLI para la debida implementación de dicho derecho fundamental?

2) ¿Cuáles son los aspectos inherentes a cualquier proceso de consulta y CPLI que requieren algún tipo de normatividad estatal, ya sea a través de leyes generales o de disposiciones sectoriales?

3) ¿Cuáles mecanismos de implementación han sido utilizados por aquellos países que no cuentan con marcos legales de alcance general sobre la consulta previa?

4) ¿Cuáles son los riesgos, ventajas y desventajas de adoptar un modelo de implementación de la consulta y CPLI por medio de una ley, decreto o reglamento?

5) Cuando se habla de “certeza jurídica” como una de las motivaciones principales, estamos hablando de certeza jurídica para quién: ¿para los pueblos indígenas afectados, o para las empresas y entidades del Estado con intereses en los proyectos de inversión?

Para la elaboración del presente informe, la Fundación para el Debido Proceso (DPLF por sus siglas en inglés) y Oxfam México realizaron entrevistas a integrantes de entidades representativas de los pueblos indígenas, organizaciones de la sociedad civil, instituciones estatales, académicos y académicas destacadas. Asimismo, se contó con la valiosa colaboración de los consultores Carlos Andrés Baquero (Colombia), Juan Carlos Ruiz (Perú), Julia Dellasopa (Argentina), Isabel Madariaga (Chile) y William Vega (Costa Rica). La información relacionada con el marco legal aplicable en México y los hallazgos derivados de los tres procesos concretos de consulta en dicho país estuvieron a cargo de Claudia Gómez, Ángeles Arcos y Tajín Villagómez.

El presente documento fue consolidado por DPLF y Oxfam México, y 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.

I. DESAFÍOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA Y CPLI EN OTROS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA

1.1 Contexto general

En América Latina, los pueblos indígenas u originarios equivalen a más del 8% del total de la población, y pertenecen a más de 800 pueblos distintos⁵. Entre los países de la región, México es el que tiene la población indígena más numerosa, con más de 155 millones de personas indígenas en el país⁶. De los 22 países que han ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), principal tratado que consagra el derecho a la consulta previa, 14 son provenientes de la región. De los 16 países latinoamericanos con población indígena, solo El Salvador y Panamá no han ratificado el referido convenio.

Pese al gran número de adhesiones al principal tratado internacional que consagra el derecho a la consulta previa, los países de América Latina no están exentos de limitaciones al momento de legislar sobre dicho derecho. En general, se identifican, al menos, tres grupos de países, con relación a los desarrollos legislativos sobre la consulta y CPLI. El primer grupo está conformado por los países en donde existe un marco normativo que aborda los procesos de consulta previa con algún grado de sistematización. Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Panamá y Perú se encuentran en este peldaño. Ello no significa que los marcos normativos sean completos o incluso compatibles con los estándares internacionales, sino que esos países han adoptado leyes, reglamentos o decretos que —con mayor o menor éxito— regulan los procesos de consulta en ciertos sectores económicos y de toma de decisión estatal.

En un segundo grupo se encuentran los Estados que han elaborado normas específicas, que incluyen guías del Poder Ejecutivo (Guatemala), o iniciativas de ley (Honduras). Por último, se encuentran aquellos países (Argentina, Brasil, El Salvador, México, Nicaragua y Venezuela) en los que hay un avance nulo o poco significativo en torno a la adopción de normas dirigidas a reglamentar la implementación de procesos de consulta previa. De este modo, puede decirse que en la mayoría de países latinoamericanos con presencia de pueblos indígenas no se han producido aún avances significativos en la implementación de la consulta previa por medio de una ley de alcance general (Perú) o normas sectoriales (Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Panamá)⁷. Costa Rica contiene una norma de alcance general, pero su ámbito de aplicación se restringe al poder ejecutivo.

5 Comisión Económica para América Latina, Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Santiago de Chile, 2014, pp. 6 y 43.

6 Véase http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2016/indigenas2016_0.pdf

7 Cristina Blanco, “Balance del Perú en el contexto regional: una mirada comparativa del derecho a la consulta previa con relación a Colombia, Chile y Bolivia”. En: La implementación del derecho a la consulta previa en Perú – aportes para el análisis y la garantía de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Karina Vargas (compiladora), Lima, 2016.

1.2 Marco constitucional y legal sobre la consulta y CPLI en América Latina

Entre las décadas de 1980 y 1990, los procesos de reforma o de adopción de nuevas constituciones en América Latina fueron acompañados de la superación del modelo integracionista de relación Estado-pueblos indígenas, en el que éstos eran reconocidos como sujetos colectivos de derecho, pero sería la Administración Pública la que se encargaría de representarlos en controversias con particulares o con órganos del propio Estado. En algunos casos, como en la reforma constitucional argentina de 1994, los nuevos textos constitucionales pasaron a reconocer, por primera vez, la preexistencia de los pueblos indígenas como colectivos culturalmente diferenciados. A partir de la década de 1990, prácticamente todos Estados de la región, sea por medio de sus constituciones o de interpretaciones de sus altas cortes, pasaron a consagrar un modelo de relación más horizontal con los pueblos originarios, en el que la consulta previa sería una de las herramientas más importante para el ejercicio de la autodeterminación de tales pueblos.

Una mirada comparativa a la situación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras y Perú permite identificar al menos tres niveles distintos de reconocimiento constitucional de la consulta y CPLI. En un primer peldaño — el más garantista— se encuentran las Constituciones de Bolivia (2009)⁸ y Ecuador (2008)⁹, que reconocen expresamente el derecho a la consulta, en términos similares a los establecidos en los instrumentos internacionales.

En un segundo escalón se encuentran aquellos 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 de la región, aunque entre ellos se presentan diferencias en cuanto al grado de reconocimiento. Tenemos así la Constitución colombiana de 1991, que contiene numerosas disposiciones sobre derechos de los pueblos indígenas que guardan una estrecha relación con el derecho a la consulta previa y le sirven de fundamento¹⁰. Igualmente, la Constitución de Perú de 1993 no contiene una disposición expresa sobre el derecho a la consulta¹¹, pero posee

8 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).

9 El artículo 398 de la Constitución de Ecuador establece que “toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad.” Asimismo, señala que “la ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta.”

10 Véase, entre otros, los artículos 1, 7, 63, 287, 329 y 330 de la Constitución colombiana de 1991. En relación a la incorporación explícita del derecho a la consulta previa, libre e informada dentro de la Constitución colombiana, es necesario ver la Ley 21 de 1991 que ratificó el Convenio 169 de la OIT y hace parte del bloque de constitucionalidad.

11 La Constitución peruana, además del derecho a la participación política, reconoce las “consultas populares” en los artículos 176, 178, 181, 182, 184 y 185, como una forma de participación de los ciudadanos en general, pero no como derechos específicos de los pueblos indígenas.

artículos referidos a derechos de los pueblos indígenas que le sirven de fundamento¹². La Constitución de Brasil de 1988 contiene también disposiciones que reconocen una serie de derechos a los pueblos indígenas y comunidades afrobrasileñas, conocidas como “quilombolas”¹³.

La Constitución de Guatemala de 1985 tampoco cuenta con disposiciones sobre consulta previa, aunque recoge ciertos derechos conexos de los pueblos indígenas¹⁴. Desde la reforma constitucional de 1994, la Constitución de Argentina consagra, en su artículo 75, literal 17, la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas¹⁵. Dicha disposición ha servido para interpretar las normas infraconstitucionales que disponen sobre la consulta y CPLI en el país.

Finalmente, en un último escalón, se encuentran aquellas pocas Constituciones que carecen de normas específicas que reconocen derechos de los pueblos indígenas. La Constitución de Honduras de 1982 es bastante escueta en la materia, dedicando solamente un artículo a tales pueblos, en el capítulo relacionado a la reforma agraria¹⁶. Las Constituciones de Chile de 1980 y de Costa Rica de 1949 son las únicas en América Latina que no cuentan con disposiciones específicas que reconozcan derechos indígenas ni el derecho a la consulta previa. En el caso de Costa Rica, una reforma constitucional realizada en el 2015 modificó el artículo 1º de la Carta Política, y estableció que el país es una “República democrática, libre, independiente, multiétnica y pluricultural”¹⁷.

1.3 Recepción de estándares internacionales

La recepción de los estándares internacionales por parte de los Estados es un elemento clave para la debida implementación de los derechos humanos en general y de la consulta y CPLI en particular. Un primer aspecto de dicha recepción es el rango o jerarquía que se otorga a los tratados de derechos humanos. Al respecto, la mayoría de los países de América Latina otorga rango constitucional a los tratados de derechos humanos en sus ordenamientos nacionales. En algunos casos, es la misma

12 Entre las disposiciones relevantes de la Constitución peruana se encuentran los artículos 2, 19, 88, 89, 149 y 191.

13 Véase, en particular, el capítulo titulado “De los Indígenas” (Dos Indios) y el artículo 68 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias referido a los derechos territoriales de las comunidades afrobrasileñas.

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

15 El artículo 75 de la Constitución argentina detalla las atribuciones del Congreso de la República y establece, en el literal 17, las siguientes:

Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

16 Artículo 346.- Es deber del Estado dictar medidas de protección de los derechos e intereses de las comunidades indígenas existentes en el país, especialmente de las tierras y bosques donde estuvieren asentadas.

17 A su vez, el artículo 76 determina el deber del Estado de velar por el “mantenimiento y cultivo de las lenguas indígenas nacionales.”

Constitución la que establece el rango constitucional de esos tratados, mientras en otros, son las altas cortes las que han hecho este reconocimiento. Entre las constituciones que disponen expresamente el rango constitucional de los tratados de derechos humanos, se encuentran las de Argentina¹⁸, Bolivia¹⁹, Colombia²⁰, Costa Rica²¹, Ecuador²² y Guatemala²³.

Un segundo aspecto relevante es la incorporación, en el bloque de constitucionalidad, de los instrumentos o pronunciamientos internacionales sobre el derecho a la consulta y el CPLI, con lo cual componen el parámetro de evaluación de la validez sustantiva de las leyes y actos del Poder Ejecutivo. Un número cada vez más amplio de tribunales constitucionales de la región se ha adherido a la doctrina del bloque de constitucionalidad y afirmado que los instrumentos internacionales sobre el derecho a la consulta previa forman parte del mismo²⁴.

Debe tenerse en cuenta, además, el valor que han recibido las decisiones emanadas de las instancias internacionales de derechos humanos en los ordenamientos jurídicos. Al respecto, se encuentran decisiones del 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 Chile aplican los instrumentos internacionales de derechos humanos conforme a la interpretación que de los mismos hacen los respectivos órganos supranacionales²⁶. La Corte Constitucional de Colombia ha recogido también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH) en la materia²⁷ y el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de los pronunciamientos de la OIT²⁸.

18 Constitución de la Nación Argentina, art. 75 inc. 22.

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

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

21 Constitución de Costa Rica, artículos 7 y 48.

22 Constitución de la República del Ecuador, artículos 11.3, 417 y 426.

23 Constitución Política de la República de Guatemala, artículos 44 y 46.

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

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

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

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

28 Tribunal Constitucional. EXP. N.º 725-96-AA/TC, f.j. 1; EXP. N.º 632-2001-AA/TC, f.j. 3; EXP. N.º 1396-2001-AA, f.j. 7; EXP. N.º 008-2005-PI/TC, f.j. 17; EXP. N.º 008-2005-PI/TC, f.j. 52. Especial mención merece la sentencia del Tribunal Constitucional en el “Caso Panamericana” recaída en el expediente N.º 04617-2012-PA/TC, de manera particular, los fundamentos jurídicos 5, 13, 14, donde se desarrolla incluso el control de convencionalidad. Conviene mencionar que el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley N.º 28237, reconoce el

Según la Corte Suprema de Costa Rica, “el Convenio 169 refleja los más caros valores de nuestra nacionalidad democrática”

La Carta Política de Costa Rica contiene normas de apertura²⁹ que, según la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, permiten incorporar la Convención Americana y otros tratados internacionales de derechos humanos al ordenamiento interno, con el rango jerárquico equivalente al de las propias normas constitucionales³⁰. En lo relativo a la apertura respecto del Convenio número 169 de la OIT, la Sala Constitucional ha sostenido, desde 1993, que **“lejos de contener enfrentamientos con la Constitución [...] el Convenio refleja los más caros valores de nuestra nacionalidad democrática, desarrollando los derechos humanos de los indígenas costarricenses y puede ser un punto de partida para iniciar una revisión de la legislación secundaria para adaptarla a estas necesidades”**³¹.

1.4 Marco legal sobre consulta y CPLI y participación de los pueblos indígenas en su diseño

En los países aquí examinados se pueden diferenciar tres escenarios 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 Chile, Costa Rica y Perú, (ii) los que están en un proceso de aprobación de una ley específica, y (iii) los que, como México, no cuentan con una ley o que han hecho intentos fallidos por adoptarla. Se describen a continuación los aspectos más relevantes del proceso de adopción de los respectivos marcos legales sobre la consulta en diferentes países³².

Argentina

El Convenio 169 de la OIT fue incorporado al ordenamiento argentino por medio

carácter vinculante de las decisiones de la Corte IDH. En un no muy reciente Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema en material Constitucional y Contencioso Administrativo, publicado el 2 de febrero del año 2016, la Corte Suprema del Perú estableció la obligación de los jueces de todo el país, de realizar el control de convencionalidad cuando realicen el control difuso. Esto significa que, al momento de aplicar las normas legales y reglamentarias, los jueces deben evaluar si son compatibles con los tratados internacionales y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

29 Por cláusulas o normas de apertura se entiende aquellas disposiciones o resoluciones mediante las cuales el Estado integra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el orden jurídico nacional. Puede manifestarse mediante reformas constitucionales o bien, jurisprudencia constitucional, que establecen la jerarquía constitucional o supra-constitucional. Manuel Góngora Mera. La Difusión del Bloque de Constitucionalidad: pp.303-304 y Armin von Bogdandy. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una Mirada a un constitucionalismo transformador*: p.4.

30 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acciones de inconstitucionalidad, voto 18643 de 12 de noviembre de 2014”, expediente 14-009379-0007-CO, 11:30, considerando V y “Recursos de amparo, voto 6247 del 9 de mayo de 2013”, expediente 13-008162-0007-CO, 14:15 considerando VII. Por otro lado, las sentencias 6247 del 9 de mayo de 2013; 12703 de 1 de agosto de 2014 y 18643 de 12 de noviembre de 2014, de la Sala Constitucional, hacen referencia explícita al deber del Estado de llevar a cabo un control de convencionalidad en los términos de la jurisprudencia de la Corte IDH.

31 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 14522 de 8 de septiembre de 2017, considerando IV, retomando lo determinado en el voto 30037 de octubre de 1992, considerando 9.

32 La información contenida en esta sección está actualizada hasta abril de 2018.

de la Ley Nacional N° 24.071 de 1992 y entró en vigencia el 3 de julio de 2000. Como se ha indicado previamente, en Argentina, la reforma constitucional de 1994 incorporó el artículo 75, inciso 17, a través del cual se asegura a los pueblos indígenas la participación en la gestión de sus recursos naturales y en las decisiones estatales que los afecten. Bajo el régimen federal de gobierno, el Congreso Nacional tiene la competencia para establecer las leyes necesarias para la protección mínima de los derechos de los pueblos indígenas, mientras que las provincias pueden promulgar normas complementarias y de mayor protección al respecto.

En mayo de 2016, el bloque político justicialista presentó un proyecto de Ley de Consulta a las Poblaciones Indígenas ante la Cámara de Diputados³³. Sin embargo, hasta el día de hoy el trámite parlamentario del proyecto no ha presentado un avance significativo. Ante este panorama y, como se explicará a continuación, los parámetros de actuación estatal se derivan particularmente de los instrumentos internacionales aplicables, ciertas normas sectoriales y la jurisprudencia desarrollada por los tribunales internos e internacionales.

Entre las normas internas pertinentes, la Ley Nacional N° 26.331³⁴ establece Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos que deberán ser respetados en todo el territorio nacional. Allí se dispone que, para el otorgamiento de una autorización de desmonte de bosques, deberá realizarse una evaluación de impacto ambiental que deberá incorporar datos sobre la situación actualizada de los pueblos indígenas que pudieran ser afectados. Además, dispone que, para los proyectos de desmontes de bosques nativos, debe garantizarse el acceso a la información de los pueblos indígenas que pudieran resultar impactados³⁵.

Existen otras normas internas que regulan específicamente la situación de los pueblos indígenas. Por ejemplo, la ley N° 26.160³⁶, sobre Emergencia en Materia de Posesión y Propiedad de las Tierras, ordena tanto la suspensión de los desalojos sobre las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas, como la realización del relevamiento técnico jurídico catastral de los territorios reivindicados³⁷.

Asimismo, el decreto 672/2016 crea el Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas, conformado por representantes indígenas. Dicha norma establece, entre los objetivos del Consejo, la generación de un diálogo intercultural para que las comunidades indígenas intervengan en los procesos de toma de decisión sobre

33 Congreso de la Nación Argentina. Cámara de Diputados. Texto completo del proyecto disponible en: <http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=2531-D-2016&tipo=LEY>

34 Sancionada el 28 de noviembre de 2007.

35 Artículos 24 y 26. Texto completo de la ley disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/135000-139999/136125/norma.htm>

36 Sancionada el 1 de noviembre de 2006.

37 Texto completo de la ley disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/122499/norma.htm>

medidas legislativas y/o administrativas que las afecten directamente³⁸. El decreto y la manera como se dio la creación del Consejo han sido criticados por algunas organizaciones de la sociedad civil, sobre todo debido a la ausencia de consulta con todos los pueblos indígenas involucrados; a la falta de tratamiento de las demandas de propiedad colectiva de la tierra y, finalmente, al hecho de que el decreto buscaría dispersar a los pueblos indígenas, organizando a algunos de ellos alrededor de un órgano dependiente del gobierno³⁹.

Es importante mencionar que ni la Ley Nacional de Hidrocarburos N° 17.319⁴⁰ ni el Código de Minería (Ley N° 1919⁴¹) mencionan la consulta a los pueblos indígenas que pudieran resultar afectados por proyectos en los respectivos sectores. Por su parte, la Ley General del Ambiente N° 25.675⁴² establece un supuesto de participación ciudadana genérico y no vinculante para la autorización de actividades que puedan impactar negativamente el ambiente⁴³, sin especificar la obligatoriedad de la consulta y CPLI.

En este contexto, desde diversas organizaciones de la sociedad civil⁴⁴ se viene sosteniendo que, tanto a nivel federal como provincial, predominan prácticas discrecionales para elegir en qué casos y bajo qué modalidades se activa la obligación de realizar consulta y CPLI. Como consecuencia de ello, algunas comunidades han elaborado sus propios protocolos de consulta previa. Por ejemplo, desde el Encuentro Nacional de Organizaciones Territoriales de Pueblos Originarios (ENOTPO)⁴⁵, se ha elaborado un documento que integra las cosmovisiones e instituciones representativas indígenas. En julio de 2014, ENOTPO presentó un anteproyecto de ley sobre consulta y CPLI ante legisladores del Congreso de la Nación⁴⁶. Sin embargo, dicho proyecto aún no ha ingresado formalmente para su tratamiento legislativo en el Congreso.

38 Artículo 2. Texto completo del decreto disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/260000-264999/261285/norma.htm>

39 Centro de Estudio Legales y Sociales. CELS. Informe "Examen Periódico Universal. Aporte al Examen de Argentina, 2017. Derechos de los Pueblos Indígenas", párr. 7.3. Disponible en: <http://www.cels.org.ar/especiales/examenonu/wp-content/uploads/sites/13/2017/10/EPU2017DerechosPueblosIndigenasconAnexo.pdf>

40 Sancionada el 23 de junio de 1967.

41 Sancionada el 25 de noviembre de 1886.

42 Sancionada el 6 de noviembre de 2002.

43 Artículos 19, 20 y 21.

44 Las organizaciones que se han pronunciado en este sentido son: Observatorio en Derechos Humanos y Pueblos Indígenas (ODHPI), la Red Agroforestal Chaco Argentina (REDAF), la Asociación de Abogados en Derecho Indígena (AADI), Acompañamiento Social de la Iglesia Anglicana del Norte Argentino (ASOCIANA), la Asociación Civil por los derechos de los Pueblos Indígenas (ADEPI-Formosa), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Junta Unida de Misiones (JUM-Chaco), la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), el Equipo Nacional de la Pastoral Aborígen (ENDEPA), OCLADE (Obra Claretiana para el Desarrollo), la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Salta y la Comisión de Juristas Indígenas de la República Argentina (CJIRA). Ver Informe CELS antes citado (cita 8).

45 ENOTPO se encuentra conformado por 45 organizaciones que nuclean a 27 pueblos preexistentes y más de 1500 comunidades. Para ver listado completo de organizaciones, ver: <http://enotpo.blogspot.com.ar/2012/01/ecuentro-nacional-de-organizaciones.html>

46 Ver <http://enotpo.blogspot.com/2014/07/enotpo-presentacion-de-un-protocolo.html>

Otro ejemplo de protocolo de auto-consulta es el de las comunidades indígenas de la Cuenca de Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc. Estas comunidades, motivadas por conflictos derivados de la extracción de litio en su territorio, redactaron un documento que detalla los pasos a seguir en el procedimiento de consulta y CPLI. Dicho documento incorpora los estándares internacionales y los adaptan a su contexto específico como comunidades salineras, atendiendo el modo particular de vinculación con su territorio ancestral⁴⁷.

Otro de los caminos que las comunidades han seguido con el fin de buscar la protección de sus derechos ha sido a través del ejercicio de acciones judiciales. Uno de los casos más emblemáticos es el de la Asociación de Comunidades Aborígenes “Lhaka Honhat”, que actualmente se encuentran en trámite ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁸. En dicho caso se alega la falta de reconocimiento legal de su territorio tradicional; la construcción de obras y exploración de hidrocarburos sin que se hubiese realizado la consulta previa y la tolerancia estatal a que particulares instalen cercos y realicen acciones de impacto sobre el territorio de las comunidades⁴⁹. Desde 1995, Lhaka Honhat ha interpuesto acciones administrativas y judiciales para suspender dichos proyectos y, si bien las acciones judiciales han llegado hasta la Corte de Suprema de Justicia de la Nación, ésta ha resuelto sin pronunciarse sobre el fondo del asunto⁵⁰. **El más reciente proyecto de obra sobre los territorios en cuestión es el del Gasoducto del Noroeste Argentino, en relación con el cual diversas comunidades manifestaron su oposición debido a que no se ha desarrollado ningún procedimiento de consulta previa.**

“El más reciente proyecto de obra sobre los territorios en cuestión es el del Gasoducto del Noroeste Argentino, en relación con el cual diversas comunidades manifestaron su oposición”

Otro caso relevante es el de la Comunidad Aborigen Santuario Tres Pozos, quienes a través de la vía judicial de amparo reclamaron la efectividad de sus derechos de participación y consulta con relación a los proyectos de explotación de litio y borato en la zona de la Laguna Guayatayoc y Salinas Grandes, Provincia de Jujuy. En diciembre de 2011, la Corte Suprema de Justicia de la Nación convocó a una audiencia pública en relación con el caso⁵¹. Sin embargo, en 2016, organizaciones de la sociedad civil

47 Kachi Yupi. Huellas de la Sal, 2015. Disponible en: <http://naturaljustice.org/wp-content/uploads/2015/12/Kachi-Yupi-Huellas.pdf>

48 La Comisión Interamericana sometió el caso a la jurisdicción de la Corte el 1 de febrero de 2018, porque consideró que Argentina no cumplió con las recomendaciones contenidas en el Informe de Fondo. Ver informe de prensa de la CIDH. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/035.asp>

49 Ver Informe CELS antes citado (cita 39), párr.7.4

50 Corte Suprema de Justicia de la Nación, CSJN. “Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/ Provincia de Salta, Recurso de Hecho”, A.147XXXIII; “Asociación de Comunidades Indígenas Lhaka Honhat c/ Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta, Recurso de Hecho”, A.182XXXVII; “Asociación de Comunidades Indígenas Lhaka Honhat c/ Provincia de Salta, Acción Declarativa de Certeza”, A1596XLI.

51 CSJN “Comunidad Aborigen Santuario Tres Pozos y otros c/ Provincia de Jujuy y otros, Amparo”, C.1196.XLVI. El video de la realización de la audiencia pública puede visualizarse en: <https://www.youtube.com/watch?v=v4n0SMbP>

informaron que la Mesa de Pueblos Originarios de la Cuenca de Guayatayoc y Salinas Grandes continuaron denunciando la violación de su derecho a la consulta⁵².

Bolivia

El Convenio 169 de la OIT fue incorporado al ordenamiento jurídico de Bolivia 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, siendo el primer país del mundo en convertirlo en una norma nacional”. Existen también en el ordenamiento interno boliviano otras normas específicas relativas al derecho a la consulta, principalmente en el ámbito hidrocarburífero⁵³ y electoral⁵⁴. **En el ámbito de la minería, la Ley N° 535**

En Bolivia, “la Ley N° 535 de 2014 contempla el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas”

de 2014 contempla el derecho a la consulta previa a los pueblos indígena, originarios campesinos, comunidades interculturales y pueblo afroboliviano. A su vez, el Reglamento de Otorgación y Extinción de Derechos Mineros subraya, en su artículo 28, el deber de realizar la consulta previa en las solicitudes de suscripción de contratos administrativo-minero. El marco legal aplicable a la actividad minera en Bolivia establece el plazo máximo de cuatro meses para la conclusión del proceso de consulta, computado desde la última notificación a los sujetos de la consulta. En lo que se refiere a las actividades de hidrocarburos, **la Ley de N° 3058 establece que el proceso de consulta debe realizarse**

en dos momentos: “a) Previamente a la licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de las medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos, y b) previamente a la aprobación de los estudios de evaluación de impacto ambiental.” A su vez, el Reglamento de dicha ley contempla las siguientes fases: “1. coordinación e información; 2. organización y planificación; 3. ejecución de la consulta y 4. concertación”⁵⁵. La reglamentación de la Ley 3058 vulneró el espíritu de la misma. En efecto, el Decreto Supremo 2498, que reglamenta la citada ley, transformó la consulta en un mero formalismo y el CPLI ya no es el objeto del proceso de consulta, sino la aprobación de la operación petrolera consultada, contrariando los estándares internacionales aplicables.

dPASlist=PLqQUKPB0ECHIlgcV-q3bvj77PXA0xUJiH

52 Amnistía Internacional. Ver: http://www.territorioindigena.com.ar/Casos?id_conflicto=207

53 Bolivia cuenta con una Ley de Hidrocarburos (Ley N.º 3058 de 2005), el Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarburíferas (Decreto Supremo N.º 29033, modificado por los Decretos Supremos N.º 29574 y 2298) y el Reglamento de monitoreo socio-ambiental en actividades hidrocarburíferas dentro del territorio de los Pueblos Indígenas Originarios y Comunidades Campesinas (Decreto Supremo N.º 29103 de 2007).

54 Ley del Régimen Electoral (Ley N.º 26 de 2010), cuyo capítulo IV se refiere al “Proceso de Consulta Previa”.

55 Buenas prácticas de las defensorías del pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú en procesos de consulta previa, Lima, julio de 2017, p. 27. Disponible en: https://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/GIZ_BuenasPraGestion_16082017BAJA.pdf

Mientras en el sector de hidrocarburos la autoridad competente para realizar los procesos de consulta es el Ministerio de Hidrocarburos, a través de su Dirección General de Gestión Socioambiental, en el sector de minería intervienen tanto la Autoridad Jurisdiccional Administrativa Minera (responsable por identificar, convocar y realizar reuniones de deliberación con los sujetos de la consulta) y el Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático (con el mandato de observar y acompañar el proceso de consulta). Durante los procesos de consulta, los Planes de Trabajo que presentan los operadores mineros no incluyen la información ambiental requerida. En general, tales planes no contienen una matriz de identificación de impactos ambientales sobre los cuales se pueda establecer un proceso de diálogo con las comunidades y generar medidas de mitigación y una una correcta gestión ambiental del proyecto. Otro de los factores críticos de los procesos de consulta en el ámbito minero tiene que ver con la “decisión final” en torno a la viabilidad o no del proyecto. La normativa vigente establece que será la instancia responsable de llevar a cabo la consulta, quien define la continuidad del proyecto, independientemente de si se han logrado o no acuerdos con las comunidades susceptibles de ser impactadas directamente.

Cabe destacar que en la concesión de mega proyectos de inversión distintos al de los sectores de hidrocarburos y minerías, existe un vacío legal sobre la obligatoriedad de los procesos de consulta y CPLI. Se han visto casos de concesiones de megaproyectos energéticos, sobre todo para la construcción de hidroeléctricas con un gran impacto ambiental, en donde el Estado boliviano se ha limitado a realizar consultas públicas, y no así procesos de consulta y CPLI a las comunidades y pueblos indígenas afectados. En el caso de los proyectos de infraestructura y transportes, si bien se aplica una guía elaborada por la Administradora Boliviana de Carreteras (ABC), ésta posee un rango normativo mínimo, exigiendo meramente un procedimiento formal que no siempre se pauta en la garantía de los derechos de los pueblos indígenas.

Bolivia no cuenta hasta el momento con una ley general de consulta previa, aunque existe un anteproyecto ante la Asamblea Legislativa Plurinacional. 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. En el 2013, el Estado realizó una serie de encuentros con las organizaciones y pueblos indígenas para consensuar el anteproyecto. Según algunos actores, dicho proceso fue caracterizado por la amplia participación de sectores sociales y del Estado; mientras, para otros, no fue lo suficientemente participativo, al no estar presentes algunas 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 mermaron las posibilidades de incidencia de las organizaciones indígenas y se les condicionó a generar acuerdos con actores no relevantes sobre legislación

que será aplicada en sus territorios⁵⁶. Sin embargo, el cuestionamiento central es que la consulta se transforma en un proceso meramente formal y sumario, que valida las decisiones estatales, sin considerar las prioridades de desarrollo de los pueblos indígenas, contrariando los estándares internacionales.

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)⁵⁷. Estas propuestas no se reflejan del todo en el anteproyecto que sigue bajo deliberación de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Al mismo tiempo, ha ganado 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 actividades extractivas, sin tomar debidamente en cuenta los derechos de los pueblos indígenas.

Organizaciones indígenas han denunciado la incorporación en el Anteproyecto de Ley de Consulta de un artículo que exceptúa de los procesos de consulta materias “[...] expresamente prohibidas en la Constitución Política del Estado, o que por su naturaleza no admitan la aplicación de este procedimiento o por seguridad del Estado o seguridad ciudadana”⁵⁸. En particular, preocupa que esta disposición, de ser aprobada, se entienda como excluyente de materias contenidas en el artículo 298 de la Constitución, el cual define como “competencias privativas del nivel central del Estado” la administración del patrimonio del Estado; la política general sobre tierras y territorio, y su titulación; hidrocarburos; entre otras⁵⁹. Asimismo, se observa que la nueva Ley de Minería y Metalurgia (Ley N° 535 de 2014) excluye expresamente de la consulta previa “[l]as operaciones mineras que comprendan sólo por prospección y exploración [...]”⁶⁰.

Brasil

El Convenio 169 de la OIT fue ratificado por Brasil a través del 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,

56 Buenas prácticas de las defensorías del pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú en procesos de consulta previa, Lima, julio de 2017, p. 39.

57 Texto disponible en: http://www.cedib.org/post_type_leyes/anteproyecto-de-ley-de-consulta-previa-libre-e-informada-19-8-13/

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

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

60 Ley de Minería y Metalurgia, Ley N.º 535, promulgada el 28 de mayo de 2014, artículo 207.II.

algunos decretos establecen obligaciones conexas con las previstas en el Convenio 169 de la OIT⁶¹. Por su parte, algunos estados brasileños han buscado regular ciertos aspectos de la consulta previa⁶². Entre los países examinados en el presente informe, 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 OIT⁶³, 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 2013⁶⁴. Solamente algunas comunidades y organizaciones quilombolas permanecieron en diálogo con el gobierno federal⁶⁵. 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 en Brasil. Es el caso, por ejemplo, del pueblo Munduruku, cuya Asamblea aprobó, el 14 de diciembre de 2014, su propio protocolo de consulta⁶⁶. El 25 de julio

61 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.

62 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.

63 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.

64 Entre las decisiones de entidades del gobierno que conculcaron el diálogo con organizaciones y comunidades indígenas se destaca la resolución administrativa 303 (Portaria N.º 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.

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

66 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>

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 Brasil⁶⁷.

“Hasta la fecha se han elaborado trece protocolos de autoconsulta indígena en Brasil”

Hasta la fecha se han elaborado trece protocolos de autoconsulta indígena en Brasil, algunas de ellas con la participación del Ministerio Público Federal. Ante las dificultades de restablecer el diálogo entre el gobierno federal y las organizaciones indígenas, para la reglamentación de la consulta y CPLI, la adopción de protocolos de autoconsulta se han consolidado como una de las principales herramientas de ejercicio de la libre determinación de las comunidades indígenas en el país. A futuro, se vislumbra un número cada vez más expresivo de comunidades con sus propios protocolos o herramientas similares, acordadas desde sus propias instancias de toma de decisión.

Chile

El Estado chileno ratificó el Convenio 169 de la OIT en el 2008, tras un retraso de quince años desde que dicho instrumento fue ingresado al Congreso Nacional para su ratificación. El 25 de septiembre de 2009 fue publicado el Decreto 124 del Ministerio de Planificación (MIDEPLAN, hoy Ministerio de Desarrollo Social). Con esta norma, el Estado pretendió dar cumplimiento transitorio a las obligaciones de participación y consulta indígena. No obstante, su redacción y contenido no reflejaban la provisionalidad del decreto, el cual estuvo vigente por casi tres años, y fue aplicado en varias ocasiones. El decreto 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 civil⁶⁸.

En el 2011, el gobierno chileno elaboró una nueva propuesta de decreto para reglamentar el Convenio 169 de la OIT e inició un proceso de consulta que fue cuestionado de forma prácticamente unánime por las organizaciones indígenas, al considerar que el gobierno omitió sus principales 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

⁶⁷ Véase, Rede de Cooperação Alternativa. (6 de octubre de 2014). Protocolo propio 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/>

⁶⁸ 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 Invaldación de DS N.º 124 sobre consultas indígenas.

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, 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 del procedimiento de consulta indígena, publicado el 4 de marzo de 2014. Este reglamento ha sido igualmente cuestionado por las organizaciones indígenas y la sociedad civil⁶⁹, 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.

Desde marzo de 2014, el derecho de consulta está supeditado a dos reglamentos en Chile: el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Decreto Supremo 40) y el Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena (Decreto Supremo 66). Son varias las críticas realizadas tanto al proceso que conllevó a la adopción de tales decretos como a su contenido. Con relación al objeto de la consulta, por ejemplo, **el Decreto Supremo 40, al que se someten los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, establece en su artículo 85 que, en el proceso de consulta, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento**”. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta. Por su parte, el Decreto Supremo 66 establece en su artículo 3 que “el órgano responsable deberá realizar los esfuerzos necesarios para alcanzar el acuerdo o el consentimiento de los pueblos afectados, dando cumplimiento

“El Decreto Supremo 40 establece que, frente a proyectos susceptibles de causar impactos ambientales, participarán los pueblos indígenas ‘con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento’”

69 Ver, por ejemplo: CIDH, 35A/14 - Informe del 150 Período de Sesiones. Disponible en: www.cidh.org; CIDH, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, 2015, párr. 173.

a los principios de la consulta a través del procedimiento establecido en este reglamento. Bajo estas condiciones, se tendrá por cumplido el deber de consulta, aun cuando no resulte posible alcanzar dicho objetivo”.

En ambos Reglamentos se tiene por cumplido el deber de consulta aun cuando no se alcance el objetivo esencial establecido en el Convenio 169 de la OIT, esto es, “llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento” (art. 6). De esta manera, queda al arbitrio del Poder Ejecutivo la calificación de la finalidad de la consulta⁷⁰. El Estado chileno ha aplicado ambos Reglamentos en una serie de procesos de consulta, procesos que han sido cuestionados por los representantes indígenas, quienes han expresado su disconformidad y rechazo a ambos instrumentos. Ello se ha manifestado en procesos de consulta sobre medidas legislativas realizados por el poder ejecutivo:

“Aunque se hizo ver a las organizaciones que el proceso del Consejo se regiría, en lo estructural, por los estándares del Convenio N° 169 de la OIT, el rechazo al decreto supremo N° 66 apareció una y otra vez, durante todo el proceso”⁷¹.

“En todas las reuniones desarrolladas a nivel nacional se suscitaron, con diferentes intensidades, críticas y conflictos derivados de la no derogación de los Decretos Supremos N° 66, del Ministerio de Desarrollo Social y 40, del Ministerio de Medio Ambiente”⁷².

“En relación al procedimiento de la consulta, los representantes de las ORPI (organizaciones representativas de los pueblos indígenas) reiteraron el requerimiento de derogación del DS N° 66 del MIDESO, por no considerarlo válido y no cumplir los estándares del Convenio 169 de la OIT”⁷³.

70 La Corte Interamericana ha considerado que, dependiendo del nivel de impacto de la actividad que se propone realizar en el territorio indígena, el Estado estará obligado a obtener el consentimiento previo, libre e informado. En el caso del pueblo Saramaka, la Corte resaltó que “[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramaka, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.” Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr.134. Más recientemente, la Comisión profundizó el análisis de las situaciones que requieren el consentimiento de los pueblos indígenas impactados y desarrolló pautas de interpretación para definir a un proyecto como de “gran escala”, entre otras, con base en la magnitud del proyecto, volumen e intensidad de la afectación sobre el territorio y el impacto humano y social de la actividad. En el ámbito extractivo, la CIDH hizo referencia a las actividades de extracción de gas, mineral y de petróleo, como ejemplos de actividades de gran escala. Véase CIDH, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, 31 de diciembre de 2015, párrs. 185 a 193.

71 Consejo Nacional de las Culturas y Las Artes. Dialogo de las Culturas. Sistematización del Proceso de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas para la Creación del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio. 2016, pág. 90. Disponible en: <http://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2016/12/dialogo-culturas.pdf>

72 INDH. Informe de observación sobre el proceso de consulta previa desarrollado por el Ministerio de Desarrollo Social referido a la creación del Ministerio de Pueblos Indígenas y del Consejo o Consejos de Pueblos Indígenas. 2015, pág. 11, citando al Informe de sistematización final del Ministerio. Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/818/Informe.pdf?sequence=1>

73 Ministerio del Medio Ambiente. Informe Final. Nivel Nacional. Sistematización del proceso de Consulta a los Pueblos Indígenas sobre materias específicas para elaborar indicaciones al Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad

Si bien, en virtud de las demandas de los pueblos indígenas, el gobierno de Michelle Bachelet se comprometió a revisar y modificar ambos Reglamentos, no se realizaron acciones para tal efecto⁷⁴.

Colombia

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

(...) como un mecanismo de protección de la identidad cultural, [que] las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley⁷⁵.

Igualmente, el Decreto N° 1397 de 1996, por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación (MPC) con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones, dispone que una de las funciones de la MPC será convenir el procedimiento transitorio y lo demás que se requiera para la participación, consulta y concertación con pueblos o comunidades indígenas específicos, mientras se expide el decreto reglamentario⁷⁶. Además, precisa que en los procesos de consulta y concertación de cualquier medida legislativa o administrativa susceptible de afectar a comunidades o pueblos indígenas podrán participar los indígenas integrantes de la MPC o sus delegados⁷⁷.

En 1998 fue adoptado el Decreto N° 1320 por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio. Sin embargo, la OIT, a través de su Consejo de Administración y la CEACR, ha señalado que este Decreto "(...) no es compatible con el Convenio 169 de la OIT, ni en lo que respecta a su elaboración, por cuanto no fue elaborado en

y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. 2017. Disponible en: <http://consultaindigena.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/04/Informe-Nacional-consulta-Indigena-PL-SBAP-abril-2017.pdf>

74 El 5 de noviembre de 2014, los ministros de Medio Ambiente y Desarrollo Social, anunciaron conjuntamente la decisión del Gobierno de revisar los Reglamentos. En la oportunidad la Ministra de Desarrollo Social señaló que "[c]omo gobierno pudimos escuchar innumerables demandas y reivindicaciones históricas durante este proceso, sin lugar a dudas la que más se repitió fue la necesidad de revisar lo que establece el Decreto Supremo 66 del Ministerio de Desarrollo Social y el Decreto Supremo 40 del Ministerio de Medio Ambiente. Es así como, haciendo eco a la solicitud de los pueblos indígenas y atendiendo a sus requerimientos, ratificamos la decisión de revisar y modificar los procedimientos de ambos reglamentos". Informe INDH antes citado, pág. 11.

75 Ley 70 de 1993, artículo 44.

76 Decreto N.º 1397 de 1996, artículo 12.9.

77 Decreto N.º 1397 de 1996, artículo 16.

consulta y con la participación de los pueblos indígenas⁷⁸.” En esa misma línea, la Corte Constitucional de Colombia ha advertido, en numerosos pronunciamientos, su incompatibilidad con el Convenio 169 y la Constitución Política⁷⁹.

En 2010, el Gobierno expidió la Directiva Presidencial N° 001, que estableció cuáles acciones requieren consulta, cuáles no y los mecanismos para realizarla. Posteriormente, el Decreto 2893 del 2011 creó la Dirección de Consulta Previa en el Ministerio del Interior, encargada de dirigir los procesos de consulta que se requieren de conformidad con la ley (artículo 16). Recientemente fueron adoptados dos instrumentos relevantes: el Decreto 2613-2013 y la Directiva Presidencial 10-2013. De acuerdo a la Dirección de Consulta del Ministerio del Interior, ambos instrumentos tuvieron como presupuesto central la articulación de la institucionalidad pública en torno a la Dirección de Consulta Previa. No obstante, han sido criticados por su adopción inconsulta, al considerar que, si bien se refieren a la coordinación de instituciones, están reglamentando implícitamente la consulta. Entre las críticas a los referidos instrumentos, se advierte que proyectan una forma de reglamentar sin consultar por medio de circulares, resoluciones, directivas y otras vías de regulación de alcance nacional.

En resumen, Colombia cuenta con dos leyes, un decreto-ley y 11 decretos que regulan el derecho a la consulta con diferentes alcances⁸⁰. Según información difundida por medios de comunicación, hay por lo menos otros dos proyectos de ley estatutaria, trabajados desde el gobierno con distintas instancias, pero no con las organizaciones indígenas. En este contexto, se ha presentado un debate sobre la conveniencia de adoptar una ley general sobre el derecho a la consulta y CPLI en el país, particularmente en el movimiento indígena y afrocolombiano. Puede decirse que son tres los argumentos principales de las organizaciones indígenas para oponerse a la adopción de una ley estatutaria general. El primero es que se ve como un mecanismo innecesario, pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido suficiente y existe una práctica consolidada e instituciones a cargo de la implementación de este derecho. En segundo lugar, se considera que la fuerza política de las organizaciones indígenas tiene límites frente al de las empresas, sobre todo porque se requiere pasar la reglamentación general por el Congreso, y no existe garantía de que el instrumento

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

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

80 Buenas prácticas de las defensorías del pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú en procesos de consulta previa, Lima, julio de 2017, p. 41.

recopile los avances alcanzados. Una tercera razón responde a una mirada a los países que cuentan con leyes generales en materia de consulta, las cuales han sido criticadas al establecer estándares más restrictivos que los internacionales⁸¹.

Otra alternativa que ha surgido es la elaboración de protocolos de consulta específicos para los distintos pueblos indígenas, al considerar que la enorme diferencia entre pueblos, hace difícil la uniformización de un proceso regido por una ley general. En esa línea, se ha trabajado desde la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) un marco de derecho a la consulta que sería el documento base de los protocolos en Colombia. Si bien en determinado momento el Ministerio del Interior reconoció la necesidad de adoptar protocolos de consulta previa con cada pueblo, los cambios institucionales en el Ministerio han dificultado su continuidad⁸². Instituciones relevantes, como la Dirección de Consulta, no son partidarias de esta iniciativa, por considerar que causaría una indeseable desagregación de los procesos. Asimismo, consideran que el tratamiento diferencial se garantiza con la preconsulta, en la cual se definen con el propio pueblo las pautas a seguir en el proceso.

“Otra alternativa que ha surgido es la elaboración de protocolos de consulta específicos para los distintos pueblos indígenas”

Al igual que otros países de la región, desde el 2012 el gobierno colombiano ha promovido la adopción de un marco legal general sobre la consulta y CPLI. En octubre de 2015, el gobierno nacional y la MPC llegaron a un acuerdo sobre la hoja de ruta⁸³ que llevaría a discutir a los pueblos indígenas y el gobierno la pertinencia de crear una medida que reglamentara la aplicación de la consulta. En el acta de los acuerdos quedó consignado que la ruta de acercamiento incluiría realizar: (i) un foro internacional sobre el derecho a la consulta; (ii) un espacio autónomo de los delegados indígenas de la MPC y (iii) una reunión de los presidentes de las organizaciones de la MPC y el gobierno nacional para analizar cuál es el instrumento más idóneo para establecer la reglamentación del derecho a la consulta. Una vez llegaron a estos acuerdos, el gobierno no adelantó ningún paso para cumplirlos.

En octubre de 2016, el gobierno nacional radicó en la MPC un proyecto de ley sobre consulta previa que nunca fue consultado con los pueblos indígenas ni afrodescendientes. Esta actuación, sin duda, terminó afectado las relaciones entre las dos partes dado que violaba los acuerdos a los que habían llegado un año antes

81 Entrevista con la Organización Nacional Indígena de Colombia, septiembre de 2014, Bogotá, Colombia y entrevista con De justicia, Bogotá, Colombia, septiembre de 2014.

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

83 Acta 15 y 16 de octubre de 2015, Mesa Permanente de Concertación.

en la MPC. Frente a esta situación, los pueblos indígenas solicitaron que se cumpliera la hoja de ruta y, en febrero de 2017, realizaron el Foro Internacional que se había acordado con más de un año de antelación, para conocer experiencias internacionales de regulación del derecho a la consulta. En ese espacio la MPC argumentó que

el Derecho Fundamental a la Consulta y al Consentimiento Previo, Libre e informado se pretenda reglamentar mediante Ley Estatutaria, por lo cual exigimos el retiro inmediato del anteproyecto de ley radicado ante la Secretaría Técnica de la Mesa Permanente de Concertación (MPC). Así mismo, denunciarnos que es inconstitucional, inconveniente y desleal, tramitar esta reglamentación a través del mecanismo abreviado del Fast Track, por lo tanto, no aceptamos esta ruta⁸⁴.

Tras la oposición del movimiento indígena, el gobierno retiró el proyecto de la MPC en marzo de 2017⁸⁵. Este proyecto fue altamente criticado⁸⁶ porque, una vez más, reducía el espectro de protección del derecho internacional y transformaba de manera radical los procedimientos por los cuales se han tomado las decisiones en las consultas en Colombia.

Después de este intento, en agosto de 2017 el gobierno presentó un segundo proyecto de reglamentación, pero volvió a repetir algunos errores de la ocasión anterior, pues construyó el texto⁸⁷ sin consultarlo con el movimiento étnico. El 18 de agosto de 2017, el gobierno llevó este texto a la MPC que —como sus antecesores— reduce el derecho a la CPLI de los pueblos étnicos. A mediados de septiembre de 2017, no se ha dado una discusión sobre el proyecto y por tanto no se sabe cuál va a ser el trámite que se le va a dar y las instancias nacionales de representación de los pueblos indígenas y afrodescendientes no han dado una respuesta unificada sobre cuál es su posición frente a este texto. Lo que sí es claro hasta el momento es que la publicación del borrador se hizo incumpliendo los acuerdos⁸⁸ pactados en octubre de 2015 con la MPC pues no se han cumplido los pasos de la hoja de ruta.

Frente al proyecto que fue publicado por el Ministerio del Interior se pueden hacer varias críticas. En primer lugar, el gobierno concentra los esfuerzos de reglamentación en la creación de una nueva institución dentro del Ministerio del Interior. En ese sentido, la Dirección de Consulta Previa que existe actualmente se cambiaría por una Unidad de Consulta. Esta propuesta supone que el problema de la implementación de la consulta y CPLI es una respuesta a las tensiones institucionales y no a un fenómeno

84 "Posicionamiento político de los pueblos, organizaciones y autoridades indígenas de Colombia, participantes en el foro internacional sobre el derecho fundamental a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado" Mesa Permanente de Concertación, 27 de febrero de 2017.

85 Entrevista con Linda Marcela Acosta, Bogotá, septiembre 2017.

86 Para conocer algunas de las principales críticas al proyecto, ver: <http://lasillavacia.com/historia/asi-quiere-el-gobierno-que-sea-la-consulta-previa-58693>

87 Texto disponible en: <http://www.mininterior.gov.co/node/16789>

88 Para conocer el análisis hecho por la MPC sobre el proceso de evaluación de la reglamentación del derecho a la consulta, ver: http://www.consultaprevia.org/files/biblioteca/fi_name_archivo.675.pdf

más profundo de falta de reconocimiento de las comunidades y de la adhesión a los estándares nacionales e internacionales que regulan el derecho.

En segundo lugar, para asegurar la titularidad del derecho a la consulta, el proyecto exige que las comunidades estén reconocidas y registradas⁸⁹ ante la autoridad competente. Como se ha demostrado en la jurisprudencia interamericana y se estipuló en el Convenio 169 de la OIT, no se les puede exigir a los pueblos étnicos que estén registrados por parte del Estado para que se garanticen sus derechos fundamentales. Si bien el registro podría cumplir a veces de anuncio hacia terceros, en ningún momento se puede incluir como un elemento fundamental para reconocer el derecho a la consulta y CPLI.

Por último, el derecho al consentimiento se ve afectado con la propuesta de este proyecto de ley. De acuerdo a los estándares internacionales, sí existe una regulación explícita del derecho que tienen los pueblos étnicos de oponerse a las medidas presentadas por los Estados y en esos casos su decisión debe ser aplicada por las autoridades. Sin embargo, la regulación⁹⁰ del derecho al consentimiento en el actual proyecto presentado por el gobierno es contraria a estos estándares pues establece que la decisión final recae sobre el Estado.

Costa Rica

El derecho a la consulta previa fue incorporado al ordenamiento de Costa Rica en 1992, año de la ratificación del Convenio 169 de la OIT⁹¹. Desde entonces, múltiples instituciones del Poder Ejecutivo han promovido procesos de consulta, casi siempre diseñados para decisiones estatales o para la concesión de proyectos de inversión. Paralelamente, el Poder Judicial ha sido fundamental en la implementación del derecho a la consulta previa en el país⁹². Cabe resaltar la sentencia sobre la administración de los acueductos de los Territorios Indígenas de Cabagra y Térraba; sobre el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís (PH Diquís); sobre el Subsistema de Educación Indígena; y el voto sobre el Reglamento de requisitos de aplicación del bono de vivienda⁹³.

89 Ver, por ejemplo, artículos 3, 4, 6 y 23 del proyecto de ley.

90 Ver, por ejemplo, artículo 28: "la imposibilidad de alcanzar un acuerdo total o parcial, o de obtener el consentimiento de las comunidades consultadas no implica que no pueda adelantarse el POA, o expedirse el acto administrativo respectivo, siempre que el interesado actúa conforme al principio de proporcionalidad, sin arbitrariedades consultado con valores, derechos, intereses e inquietudes de las comunidades que eventualmente puedan verse afectadas".

91 Asamblea Legislativa. Ley 7316. Convenio N.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 4 de diciembre de 1992.

92 A manera de referencia, ver la posición de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sobre el carácter vinculante del Convenio 169 de la OIT, en voto14522-2017, expediente 17-006741-0007-CO de o de septiembre de 2017.

93 SCCSJ: "Acciones de inconstitucionalidad, voto 12975 de las 14:30 del 23 de septiembre de 2011"; "Recursos de amparo, voto 6655 de 17 de mayo de 2013", 10:20; "Recursos de amparo, voto 17597-2016 de 2 de diciembre de 2017", 9:30; "Acciones de inconstitucionalidad, voto 7999-2016 de 10 de junio de 2017", 11:50; "Recursos de amparo, voto 13918-2017 del 1 de septiembre de 2016, 9:15; "Recursos de amparo", voto 3084-2011 de 11 de marzo de 2011, 8:30; "Recursos de amparo, por tanto expediente N. 17-006741-007-CO" y "Recursos de amparo, por tanto voto 15711-2016 de 26 de octubre de 2016".

Entre 2015 e inicios de 2018 el Ministerio de la Presidencia promovió la creación de un Mecanismo General de Consulta a Pueblos Indígenas (MGCPI), creado de forma conjunta y con el consentimiento de veintidós de los veinticuatro territorios Indígenas del país. El MGCPI fue oficialmente publicado el 6 de marzo de 2018. El proceso de CMGDPI está compuesto por dos normas: la Directriz Ejecutiva 042-MP, que es la norma que da inicio al proceso; y el Decreto Ejecutivo N° 40932-MP-MJP, que es el resultado normativo del proceso de la consulta sobre la consulta. Ambas normas son emitidas por el Ministerio de la Presidencia y marcan respectivamente el inicio y el final del proceso.

Directriz Ejecutiva 042-MP

Dicha directiva planteó la realización de una consulta sobre la adopción de un marco normativo general de implementación de la consulta y CPLI, en seguimiento a las recomendaciones emitidas por el entonces Relator Especial de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya⁹⁴. En esencia, la Directriz es un mandato a las instituciones públicas del Ejecutivo en tres sentidos: (i) organización interna para iniciar el diálogo; (ii) normas mínimas en materia de derechos de los pueblos indígenas (iii); convocatoria a un primer Encuentro Territorial. De esta forma, se planteó realizar Encuentros Territoriales en los veinticuatro territorios indígenas para dar inicio al proceso de diálogo. Su objetivo fue la construcción conjunta y participativa entre el gobierno y los pueblos indígenas de un Mecanismo General de Consulta a Pueblos Indígenas⁹⁵.

En total, se llevaron a cabo más de 120 eventos comunitarios (al menos cuatro visitas a cada Territorio), dos Encuentros Nacionales de delegados indígenas, cuatro reuniones regionales con los delegados indígenas, dos sesiones de redacción entre el Gobierno y la Comisión Redactora Indígena⁹⁶ (“Comisión”), un encuentro nacional de juventud indígena, un encuentro con el Foro de Mujeres Indígenas del Instituto Nacional de la Mujer, reuniones territoriales previas de preparación de actividades y variadas sesiones de trabajo entre funcionarios públicos y agencias especializadas del Sistema de Naciones Unidas (SNU), entre otras⁹⁷. La metodología propuesta estuvo dirigida a generar insumos para la creación de un primer borrador que sería sometido a discusión, revisión y consulta a los pueblos indígenas en varias ocasiones a lo largo del proceso⁹⁸.

94 James Anaya. La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 30 de mayo de 2011. A/HRC/18/35/Add.8: pág. 30-33.

95 Directriz 042-MP: art. 3, 12-14.

96 La Comisión Redactora fue una instancia requerida y creada por los delegados de los territorios indígenas durante el Primer Encuentro Nacional. Tuvo como propósito negociar directamente con el Gobierno en ciertas etapas del proceso.

97 Ver Anexo. Sistematización de las doce etapas seguidas para la emisión del decreto, su contenido y los resultados generales.

98 El artículo ocho relacionado con el proceso informado, el diez relativo a los acuerdos sobre metodologías, el doce que plantea la convocatoria a encuentros territoriales, el trece que propone una serie de objetivos de los primeros

Decreto Ejecutivo 40932-MP-M

El Decreto Ejecutivo 40932-MP-MJP⁹⁹ es una norma creada colectivamente entre los pueblos indígenas y el gobierno costarricense, donde veintidós pueblos indígenas otorgaron su consentimiento para la aprobación del texto. Publicado el día 6 de marzo de 2018, su objetivo es reglamentar la obligación del Poder Ejecutivo de consultar a los pueblos indígenas de forma libre, previa e informada, siempre que se prevean medidas legislativas, administrativas o privadas susceptibles de afectar sus derechos¹⁰⁰.

El Decreto contempla normas de aplicación institucional (Poder Ejecutivo), normas relacionadas al carácter vinculante de los acuerdos, los roles del consentimiento y los acuerdos, los niveles de consulta (según su dimensión local, territorial, regional o nacional) y sus niveles de impacto (positivo o negativo)¹⁰¹. Los extremos de la obligación de consultar están debidamente fijados: se regula la consulta como derecho humano de los pueblos indígenas, el carácter ineludible de la obligación del Estado, las formas de entrega de la información, convocatorias y la publicidad del proceso. Además, contempla una relación de supuestos a consultar, derivados del Bloque de Constitucionalidad, así como una definición amplia de supuestos no previstos¹⁰².

En lo relativo a las partes involucradas, el Decreto establece las competencias de las instancias creadas: la Unidad Técnica de Consulta Indígena (UTCI) y las Instancias Territoriales de Consulta Indígena (ITCI), estas últimas requeridas por los pueblos indígenas en el Primer Encuentro Nacional de delegados. Por otra parte, se regulan los roles de las contrapartes interesadas en los procesos de consulta (sean públicas o privadas)¹⁰³. Finalmente, el Decreto regula ocho etapas del proceso de consulta, a saber, (i) solicitud; (ii) admisibilidad; (iii) acuerdos preparatorios; (iv) intercambios de información; (v) evaluación interna del pueblo indígena; (vi) diálogo, negociación y acuerdos; (vii) finalización del proceso; y (viii) cumplimiento y monitoreo de los acuerdos¹⁰⁴.

Si bien el Decreto Ejecutivo 40932-MP-M es la norma principal en el proceso de implementación normativa del derecho a la consulta y CPLI en Costa Rica, no contempla todas las particularidades de los 22 territorios indígenas del país. De esta forma, la reglamentación territorial del mecanismo incorporará las adaptaciones

encuentros territoriales y el catorce que propone los acuerdos sobre las etapas posteriores del proceso. Decreto Ejecutivo N.º 042-MP: arts. 8,10, 12-14.

99 Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=86192&nValor3=111716&strTipM=TC

100 Decreto Ejecutivo 40932-MP-MJP, art. 1.

101 Ibid.: art. 4-11.

102 Ibid, art.13-16.

103 Ibid, art. 16-26.

104 Ibid, art. 27-37.

necesarias para el adecuado funcionamiento del MGCPI en cada territorio y será aplicado de forma conjunta con el Decreto. La reglamentación de la particularidad de cada territorio permite adaptar el Decreto a aquellos elementos distintivos de cada pueblo y territorio, dejando atrás la aplicación de mecanismos o protocolos únicos que visibilicen la peculiaridad.

Dicho lo anterior, subsisten retos en la implementación del mecanismo de implementación contenido en el referido decreto ejecutivo. Por una parte, se debe generar un diálogo entre los poderes ejecutivo y legislativo, pues en el estado actual del proceso, no se prevé que se consulten proyectos de ley (sino solo aquellos impulsados por el Ejecutivo). Asimismo, la extensión del mecanismo de consulta a los gobiernos locales o a las medidas administrativas emanadas del Poder Judicial permanece aún poco explorada. Entre otros retos, se encuentran las provisiones presupuestarias necesarias para la realización de los procesos de consulta; la capacitación continua y la generación de capacidades para la institucionalidad pública; la descentralización del mecanismo de la capital a las zonas de mayor presencia de pueblos indígenas y la Reglamentación Territorial en cada uno de los veintidós territorios indígenas.

| Anexo. ETAPAS DEL MECANISMO DE CONSULTA PREVIO A LA ADOPCIÓN DEL DECRETO EJECUTIVO 40932-MP-M | | | |
|---|--------------------------------|--|---|
| Etapa | | Contenido | Resultado |
| 1 | Discusiones preliminares | Deliberaciones generales sobre estándares | Propuesta de lineamientos para Directriz Ejecutiva |
| <i>Etapas propuestas por la Directriz Ejecutiva</i> | | | |
| 2 | Directriz Ejecutiva 042-MP | Normas mínimas para inicio del proceso | Inicio del proceso |
| 3 | Talleres Informativos (22) | Información sobre estándares de DDHH y Directriz Ejecutiva | Distribución y discusión de información entre pueblos indígenas |
| 4 | I Encuentro Territorial (24) | Primeras discusiones sobre estándares de consulta con pueblos indígenas | Elaboración de documento por cada territorio sobre cómo ven los estándares de DDHH |
| <i>Etapas negociadas con pueblos indígenas</i> | | | |
| 5 | Visitas de planeamiento | Coordinaciones para realización de actividades | Fechas y actividades consensuadas |
| 6 | II Encuentro Territorial (24) | Devolución de documento Territorial y entrega de propuesta de pasos del Mecanismo | Discusión del borrador de pasos del mecanismo y elección de delegados |
| <i>Primer Borrador de Decreto</i> | | | |
| 7 | Encuentros Regionales (4) | Explicación a delegados del contenido del primer borrador y planeamiento de Encuentro Nacional | Información entregada a delegados y acuerdos para la realización del Encuentro Nacional |
| 8 | I Encuentro Nacional | Discusión y modificación del primer borrador | Creación de una Comisión redactora Primeras modificaciones nacionales del borrador |
| 9 | I Sesión Comisión Redactora | Discusión y modificación del primer borrador | Aprobación del Segundo Borrador de Decreto |
| <i>Segundo Borrador de Decreto</i> | | | |
| 10 | III Encuentro Territorial (22) | Discusión y modificación del segundo borrador en cada Territorio | Introducción de modificaciones por territorio al borrador, Nombramiento de delegados suplentes |
| 11 | II Sesión Comisión Redactora | Discusión y modificación del segundo borrador con Comisión Redactora | Consenso entre Gobierno y Comisión Redactora |
| 12 | II Encuentro Nacional | Discusión y modificación del segundo borrador con delegados | Otorgamiento del consentimiento libre, previo e informado al texto del Decreto |
| <i>Texto definitivo de Decreto</i> | | | |
| | Decreto Ejecutivo | Decreto regula procedimiento de consulta a pueblos indígenas | |

Ecuador

Ecuador ratificó el Convenio 169 de la OIT en 1998 y, desde la promulgación de su Carta Política en 2008, la consulta previa se encuentra expresamente consagrada en los artículos 56, 57 y 398 del texto constitucional. Aunque el país no cuenta con una ley general sobre la consulta, hay una serie de leyes y reglamentos sectoriales que mencionan expresamente el referido derecho. Entre otras, se pueden citar el artículo 58 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua; los artículos 81 a 83 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana; los artículos 87 a 91 de la Ley de Minería y el artículo 141 del Código Orgánico de Organización Territorial.

En lo que se refieren a las actividades de hidrocarburos, el Decreto 1247 de 2012, aprobado en julio de 2012, establece el “Reglamento de la Consulta Previa, Libre e Informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos.” Para los proyectos de desarrollo de otros sectores de la economía, se aplica el Decreto 1040, que hace referencia al reglamento de participación previsto en la Ley de Gestión Ambiental y a los reglamentos del Ministerio del Ambiente¹⁰⁵.

En adición a las mencionadas normas sectoriales, desde marzo de 2010 la Corte Constitucional de Ecuador ha establecido algunos criterios que deben ser observados en los procesos de consulta¹⁰⁶. Ellos incluyen: el carácter público e informado de la consulta; su definición como un proceso sistemático de diálogo entre los representantes legítimos de las partes; la obligación de definir previamente quienes son los sujetos de la consulta; y el respeto a los sistemas de autoridad y representación del pueblo consultado. Uno de los criterios de actuación estatal más controvertidos, emanados de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tiene que ver con los efectos del proceso de consulta. Según la jurisprudencia establecida en marzo de 2010, el resultado de la consulta establece una guía programática a la actuación estatal, sin que sea vinculante.

En el caso de las concesiones de proyectos de exploración o explotación de gas y petróleo, la Secretaría de Hidrocarburos (SHE) es la entidad responsable por la consulta, con la colaboración del Ministerio del Ambiente. En los demás sectores de la economía, la entidad responsable es el Ministerio del Ambiente.

Cabe aquí mencionar que las iniciativas del Estado ecuatoriano de reglamentar los procesos de consulta, en particular en el sector de hidrocarburos, se dio en un contexto de criminalización de organizaciones indígenas y ambientalistas, y de una fuerte objeción a la reglamentación y a la concesión de varios proyectos de extracción en territorios indígenas. A modo de ejemplo, en agosto de 2015 la Confederación de

105 Buenas prácticas de las defensorías del pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú en procesos de consulta previa, Lima, julio de 2017, pp. 69 y 70.

106 Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 001-10-SIN-CC, 18 de marzo de 2010.

Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) se unió a los sindicatos del país y convocó un paro nacional con miles de participantes. El Estado respondió con violencia y detenciones¹⁰⁷, afectando especialmente a las mujeres y lideresas defensoras de los derechos humanos y la tierra¹⁰⁸. En respuesta a la movilización de la sociedad civil, el gobierno del entonces presidente Rafael Correa, cerró la Fundación Pachamama¹⁰⁹ y, en diciembre de 2016, intentó disolver la organización Acción Ecológica¹¹⁰.

Este contexto de cierre de espacios de participación de la sociedad civil y de criminalización de líderes y lideresas indígenas ha sido uno de los principales obstáculos para la implementación del derecho a la consulta en Ecuador. En adición a ello, el Decreto 1247 presenta algunas disposiciones incompatibles con los estándares internacionales. Entre otros, excluye la obligación de realizar procesos de consulta previa para medidas legislativas; circunscribe el citado derecho a un “instrumento de participación e información” cuya finalidad es “garantizar el acceso a la información sobre el plan o programa que eventualmente podrían ser desarrollados; y, brindar legitimidad, seguridad y certeza jurídica a las políticas tendientes al aprovechamiento de los recursos hidrocarbúricos del país”¹¹¹. En esta lógica, organizaciones indígenas han denunciado que los procesos de consulta se entienden como audiencias de socialización de información en las que el propósito era llegar a un acuerdo, y no así una herramienta para el ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas.

En Ecuador, el “contexto de cierre de espacios de participación de la sociedad civil y de criminalización de líderes y lideresas indígenas”

Guatemala

La implementación de mecanismos de consulta previa de los pueblos indígenas sobre medidas susceptibles de afectarles formó parte de los compromisos asumidos en los Acuerdos de Paz que pusieron fin al conflicto armado interno que atravesó el

107 Aljazeera, Shuar tribe face government in Amazon mining protests (29 de diciembre de 2016). Disponible en inglés: <http://www.aljazeera.com/indepth/features/2016/12/shuar-tribe-face-military-amazon-mining-protests-161228112853484.html>

108 Earthrights International y Acción Ecológica, Informe sobre Situación de defensoras y defensores de derechos humanos de pueblos indígenas y del ambiente en Ecuador, presentado durante Audiencia- 156° periodo ordinario de sesiones (8 octubre 2015). Disponible en: https://www.earthrights.org/sites/default/files/documents/informe_sobre_defensoras_y_defensores_de_pueblos_indigenas_en_ecuador_eri_y_ae.pdf

109 Human Rights Watch, Ecuador: Clausuran a organización de derechos ambientales e indígenas (6 diciembre 2013). Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2013/12/06/ecuador-clausuran-organizacion-de-derechos-ambientales-e-indigenas>

110 Naciones Unidas Derechos Humanos - Oficina del Alto Comisionado, UN experts condemn string of Ecuador clampdowns on human rights organizations (30 diciembre 2016). Disponible en : <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?LangID=E&NewsID=21065>

111 Para un análisis más detallado de la incompatibilidad del Decreto 1247 con los estándares internacionales y la realización de procesos de consulta de lotes petroleros al margen de dichos estándares, ver: <http://amazonwatch.org/assets/files/2013-07-consulta-previa-en-la-11a-ronda.pdf>

país entre 1960 y 1996¹¹². En esta lógica, la ratificación del Convenio 169 de la OIT, en junio de 1997, fue concertada como un componente del proceso de transición hacia la paz en el país.

Como parte del proceso de implementación de los Acuerdos de Paz, se adoptaron leyes de descentralización que contienen ciertas disposiciones sobre el derecho a la consulta. El Código Municipal, adoptado mediante Decreto 12-2002 del Congreso de la República, regula la consulta a vecinos (artículo 63), la consulta a solicitud de los vecinos (artículo 64), consultas a las comunidades o autoridades indígenas del municipio (artículo 65) y las modalidades de esas consultas (artículo 66)¹¹³. Bajo los parámetros legales y jurisprudenciales vigentes en Guatemala, el resultado de este tipo de consulta es vinculante para el municipio respectivo. Estos artículos han sido utilizados por los propios pueblos indígenas para manifestar su posición respecto a proyectos que se venían desarrollando en sus territorios ancestrales, a través de las denominadas consultas comunitarias de buena fe o autoconvocadas¹¹⁴. Derivado de estas modalidades de consultas municipales, se han desarrollado “reglamentos municipales para el desarrollo de consultas municipales a solicitud de vecinos” especialmente para tomar la voluntad de los municipios sobre la instalación de proyectos mineros. Asimismo, la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural (Decreto 11-2002 del Congreso de la República) establece en su artículo 26 que en tanto se emite la ley que regule la consulta a los pueblos indígenas, las consultas a los Pueblos Maya, Xinca y Garífuna podrán hacerse por conducto de sus representantes en los consejos de desarrollo.

Entre los años 2010 y 2011, una Comisión Intersectorial de la Presidencia de la República elaboró un proyecto de “Reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”¹¹⁵. Una versión preliminar de este proyecto fue presentada a la Directora del

112 En particular, en el Acuerdo de Paz sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, elevado a compromiso de Estado por Decreto 52-2005, se estipuló la necesidad de “obtener la opinión favorable de las comunidades indígenas previa la realización de explotación de recursos naturales que puedan afectar la subsistencia y modo de vida de las comunidades [...]” [artículo 6.c.]. Incorporó también el objetivo de “promover las reformas legales e institucionales que, faciliten, normen y garanticen tal participación”, “con la participación de representantes de las organizaciones indígenas”, incluyendo el establecimiento de “[m]ecanismos obligatorios de consulta con los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas” susceptibles de afectarles. Acuerdo de Paz sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, México D.F., 31 de marzo de 1995, elevado a rango de ley por medio de la Ley Marco de los Acuerdos de Paz, Decreto 52-2005 del Congreso de la República, cap. IV, secc. D, párr.4. y cap. IV, secc. E, párr.5 a).

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

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

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

Departamento de Normas de la OIT y se solicitó acompañamiento al Secretario General de la OIT. Igualmente, se solicitó comentarios a James Anaya, entonces Relator de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, quien realizó una serie de observaciones a las versiones borrador del Reglamento¹¹⁶. La última de las observaciones del Relator fue en el 2011, cuando señaló que el proyecto no recogía todos los estándares internacionales en la materia¹¹⁷. Además, indicó que, independientemente de los contenidos de cualquier borrador de reglamento, **“el proyecto no podrá cumplir con los estándares internacionales si el mismo no es sometido a un proceso adecuado de consulta previa con los pueblos indígenas”**¹¹⁸. Este proceso nunca se dio, sino que el mecanismo utilizado para dar a conocer el documento consistió en enviar observaciones y comentarios por escrito y por vía electrónica en un plazo de 30 días¹¹⁹.

Asimismo, el proyecto de reglamento en mención fue sumamente cuestionado por los pueblos indígenas de Guatemala y sus organizaciones representativas, quienes lo calificaron como una imposición del gobierno¹²⁰ y manifestaron su negativa a cualquier intento de limitación de los derechos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT¹²¹. El Consejo de Pueblos de Occidente (CPO) presentó una acción constitucional de amparo en contra de esta iniciativa, la cual fue concedida por la Corte de Constitucionalidad el 24 de noviembre de 2011¹²².

En Guatemala, se mantienen normas abiertamente contrarias al derecho de consulta. A modo de ejemplo, el Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, aprobado mediante Acuerdo Gubernativo 431-2007 del 17 de septiembre

“el proyecto no podrá cumplir con los estándares internacionales si el mismo no es sometido a un proceso adecuado de consulta previa con los pueblos indígenas.”

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

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

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

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

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

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

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

de 2007, contiene un procedimiento de “participación pública” previo a la aprobación de los estudios de impacto social y ambiental para el otorgamiento de licencias¹²³, el cual es incompatible con los estándares internacionales como ha sido constatado por la Corte de Constitucionalidad¹²⁴. Otras normas relevantes para la aprobación y supervisión de proyectos extractivos y otro tipo de proyectos, como la Ley Forestal¹²⁵, la Ley de Hidrocarburos¹²⁶, o la Ley General de Electricidad¹²⁷, no cuentan con mecanismos eficaces a fin de realizar consultas con los pueblos indígenas¹²⁸.

Ante la ausencia de un marco legal general sobre la consulta y CPLI, en julio de 2017 el Ministerio de Trabajo elaboró una guía operativa para la implementación de la consulta a pueblos indígenas¹²⁹, tomando como base lo resuelto por la Corte de Constitucionalidad en sentencia de 26 de mayo de 2017, relacionada con los expedientes 90-2017, 91-2017 y 92-2017. En dicha guía se propone una especie de procedimiento administrativo para las dependencias del Poder Ejecutivo con la obligación de desarrollar procesos de consulta. La guía se encuentra compuesta por dos partes fundamentales. La primera contiene los principios básicos de la consulta y la segunda el “procedimiento consultivo”, en el que de acuerdo con el Ministerio de Trabajo incluye el procedimiento a desarrollar.

| PRINCIPIOS DE LA CONSULTA | PROCEDIMIENTO CONSULTIVO |
|----------------------------|---|
| 1. Previa. | 1. Etapa preparatoria. |
| 2. Informada. | 2. Convocatoria. |
| 3. De buena fe. | 3. Elaboración de plan de consulta. |
| 4. Culturalmente adecuada. | 4. Información. |
| 5. Flexible. | 5. Análisis de la información. |
| 6. Libre. | 6. Dialogo intercultural. |
| | 7. Acuerdos. |
| | 8. Definición de garantías de cumplimiento. |

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

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

125 Decreto N.º 101-96 del Congreso de la República.

126 Decreto Ley N.º 109-83.

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

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

129 Texto disponible en: <http://www.mintrabajo.gob.gt/images/organizacion/cs/Publicaciones/GUIAoperativa169.pdf>

Las principales observaciones críticas emanadas de organizaciones de la sociedad civil a esta guía operativa, son las siguientes: i) establece como entes acompañantes del proceso de consulta, además de la entidad encargada, al Ministerio de Trabajo y a la Academia de Lenguas Mayas; ii) se desarrollará únicamente con representantes y no con las comunidades como tales; iii) únicamente se enfoca en el Convenio 169 de la OIT, y excluye principios rectores contenidos en Declaración de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹³⁰; y iv) establece el procedimiento consultivo como un “mero dialogo”, omitiendo reafirmar el carácter vinculante de los acuerdos.

Pese al rechazo de organizaciones indígenas a la manera como la guía operativa busca implementar el derecho a la consulta previa desde el Poder Ejecutivo, una parte considerable de su texto fue convertida en una iniciativa de ley ante el Congreso de Guatemala (Iniciativa de Ley 5416, titulada “Ley de Consulta a Pueblos Indígenas conforme el Convenio 169 de la OIT”)¹³¹. Presentada al pleno del Congreso el 13 de marzo de 2018, dicha iniciativa de ley fue objeto de una acción de amparo en la que el Consejo del Pueblo Maya CPO plantea su inconstitucionalidad, en tanto el proyecto de ley no fue sometido a un proceso de consulta con los pueblos y comunidades indígenas del país. Además de los problemas de forma, la acción de amparo sostiene que la iniciativa de ley contiene una serie de disposiciones contrarias a los estándares internacionales y constitucionales sobre el derecho a la consulta y CPLI¹³².

Finalmente, cabe destacar que tanto la posición del gobierno como de los tribunales guatemaltecos vienen apartándose de la relación intrínseca entre derecho de consulta de pueblos indígenas y derecho de consulta en materia municipal, lo que viene a dismantelar las formas de participación y consulta tradicionalmente empleadas por varias comunidades indígenas del país. Dicha diferencia tiende generar contradicciones, además, en la fuerza vinculante de las decisiones adoptadas por comunidades, en tanto pueblos originarios y en tanto colectivos organizados desde sus instancias de deliberación municipal. Por un lado, bajo la legislación vigente, cuando en un municipio se ejercita el derecho de municipal de consulta, los resultados de la misma se consideran vinculantes. Sin embargo, cuando se

“cabe destacar que tanto la posición del gobierno como de los tribunales guatemaltecos vienen apartándose de la relación intrínseca entre derecho de consulta de pueblos indígenas”

130 Dicha omisión tiene consecuencias concretas, en tanto el requisito de consentimiento previo, libre e informado se encuentra más desarrollado en las mencionadas declaraciones.

131 Disponible en: <https://www.congreso.gob.gt/iniciativa-de-ley-detalle/?id=5442>

132 Véase <https://www.cpo.org.gt/index.php/articulos/211-accion-de-amparo-contra-ley-de-consulta-a-pueblos-indigenas>

desarrolla el proceso de consulta en el marco de un convenio internacional —como lo es el Convenio 169 de la OIT— este se considera un simple trámite administrativo, sin que lo decidido por la comunidad tenga fuerza vinculante, según dispone la mencionada guía operativa.

Honduras

El Convenio 169 de la OIT fue ratificado por Honduras en 1995. Desde hace algunos años, han existido objeciones por parte de algunas organizaciones indígenas y afrohondureñas a los intentos de reglamentación del derecho a la consulta previa en el país. En el 2007, por ejemplo, la Organización Fraternal Negra de Honduras (OFRANEH) y el Consejo Cívico de Organizaciones Populares e Indígenas de Honduras (COPINH) emitieron un pronunciamiento criticando el anteproyecto de la denominada “Ley Indígena”, entonces bajo discusión en el Congreso. Un punto importante de controversia radicaba en que la referida iniciativa de ley habría sido elaborada en el marco de un consorcio entre el Programa de Apoyo a los Pueblos Indígenas de Honduras y el Banco Interamericano de Desarrollo, sin la participación de todos los pueblos indígenas y afrodescendientes del país¹³³.

Tras la ruptura del orden democrático-constitucional en Honduras, el 28 de junio de 2009, la desconfianza de las organizaciones de derechos humanos y movimientos sociales hacia las instancias del Estado se agudizó, lo que ha comprometido los intentos de reglamentar el derecho a la consulta. En adición a lo anterior, el contexto de criminalización, violencia y asesinato de líderes indígenas y afrohondureños ha agregado factores de difícil superación, con un impacto directo en la disposición de algunas organizaciones para dialogar con las autoridades estatales. A modo de ejemplo, el 6 de julio de 2016 el COPINH emitió un comunicado condenando el asesinato de una de sus integrantes y subrayando que “el asesinato de Lesbia Yaneth se da suspicazmente en el marco de un proceso de ‘consulta’ llevado a cabo por el gobierno de Honduras”¹³⁴.

En mayo de 2015 el gobierno hondureño estableció una Mesa Técnica Interinstitucional para la discusión de un anteproyecto de ley sobre la consulta previa en el país. Dicha mesa estuvo conformada por 19 instituciones y coordinada por la Dirección de Pueblos Indígenas y Afro Hondureños (DINAFROH); quienes formularon un primer borrador¹³⁵. Dicho borrador fue difundido con apoyo del Programa de las

133 Véase http://www.ecoportel.net/Eco-Noticias/Honduras_rechazo_total_al_borrador_de_la_Ley_Indigena_PAPIN-BID

134 Véase <https://www.copinh.org/article/copinh-comunicado-sobre-el-asesinato-de-la-compañe/>. Cabe mencionar además el estudio de Oxfam titulado “Hechos y Circunstancias Alrededor del Asesinato de Berta Cáceres”, en donde se evidencia una cadena de omisiones administrativas y la falta de consulta al Pueblo Lenca, que tuvieron como resultado una escalada de conflictividad y el asesinato de la lidereza indígena y activista ambiental Berta Cáceres, en marzo de 2016. Véase <https://www.oxfam.org/es/informes/hechos-y-circunstancias-alrededor-del-asesinato-de-berta-caceres-flores>

135 Véase <http://dinafroh.sedis.gob.hn/clpi>.

Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), mediante talleres dirigidos a integrantes de comunidades indígenas. Fruto de esos talleres surgió una matriz formulada por PNUD¹³⁶, con el apoyo de expertos contratados, en donde se sugerían cambios al primer borrador y que serían discutidos posteriormente con las organizaciones indígenas del país.

En diferentes comunicados, algunas organizaciones indígenas y afrohondureñas objetaron la forma como el gobierno viene impartiendo talleres y sesiones informativas sobre el anteproyecto de ley de iniciativa de la DINAFROH. El 8 de julio de 2016 OFRANEH emitió un comunicado refiriéndose a una “Ley de Consulta elaborada a la medida (sic) de los intereses de ONUREDD, empresas extractivas y energéticas que se inclinan por desvirtuar la consulta y convertirla en una simple socialización de los proyectos destinada a la obtención de reparaciones económicas”. Dicho comunicado hace referencia a la Ley Marco de Consulta Libre, Previa e Informada a los Pueblos Indígenas y Afrohondureños, elaborada por DINAFROH y cuyo texto, de acuerdo con el comunicado, ha sido socializado con algunas comunidades indígenas y afrohondureñas, a partir de un convenio con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)¹³⁷.

En los últimos años se han reportado denuncias y acciones legales tanto en Honduras como ante instancias supranacionales, por la inaplicación de procesos de consulta cuando correspondía. En el caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que no existen disposiciones en el ordenamiento jurídico hondureño que impongan la realización de procesos de consulta previa, libre e informada¹³⁸. Otro ejemplo de denuncia internacional es la queja que comunidades garífunas presentaron ante el Panel de Inspección del Banco Mundial, por la adopción del Programa de Administración de Tierras en Honduras sin consulta previa¹³⁹.

Otro factor que ha generado cierto grado de desconfianza a algunas organizaciones de la sociedad civil es la percepción de que entidades intergubernamentales y bancos multilaterales habrían ejercido presión para que una ley sobre consulta sea aprobada en 2016. En concreto, se ha señalado que en los acuerdos del gobierno hondureño con la Unión Europea, en el marco del Plan de Acción para la Aplicación de Leyes, Gobernanza y Comercio Forestal (FLEGT, por sus siglas en inglés), se ha condicionado la renovación del Acuerdo Voluntario de Asociación (AVA), a la aprobación, hasta

136 Véase http://www.hn.undp.org/content/dam/honduras/docs/ddhh/pnud_hn_nuevas%20propuestas%20del%20articulado%20-%20version%20completa.pdf?download

137 Véase <https://ofraneh.wordpress.com/2016/07/08/1259/>

138 Corte IDH, Caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305, párr. 278.

139 Véase <http://siteresources.worldbank.org/EXTINSPECTIONPANEL/Resources/HondurasFINALINVESTIGATIONREPORTSpanishTrad.pdf>

septiembre de 2016, de una ley sobre consulta previa¹⁴⁰.

Según información difundida por el PNUD, dicha entidad ha facilitado un proceso de diálogo entre el gobierno, grupos indígenas y afrodescendientes, en torno a la adopción de una potencial ley de consulta previa. Entre abril y agosto de 2015, el PNUD llevó a cabo 11 sesiones de sensibilización sobre el derecho de los pueblos indígenas y el Convenio 169 de la OIT, en el cual participaron 350 líderes, en representación de 9 pueblos indígenas y afrohondureños. En el mismo período, se organizaron sesiones con 12 representantes de sindicatos y dos representantes de organizaciones indígenas y afrohondureñas, con el fin de discutir el Convenio 169 de la OIT e identificar áreas comunes de acción. Entre mayo y octubre de 2016, se realizaron 18 talleres informativos en diferentes regiones del país con integrantes de 9 pueblos indígenas y afrohondureños. 1,413 personas, 103 organizaciones, federaciones, concejos territoriales, concejos de ancianos y directivas garífunas participaron en los talleres, los cuales fueron auspiciados además por la Confederación de Pueblos Autóctonos de Honduras (CONPAH) y la Red de Mujeres Indígenas Afrohondureñas (RedMIAH). De acuerdo con el PNUD, COPINH y OFRANEH no habrían respondido a las invitaciones del gobierno para que participaran de los referidos talleres.

En febrero de 2017, representantes del Gobierno y de CONPAH realizaron un taller nacional en el que firmaron un compromiso para continuar discutiendo un nuevo borrador de ley. De este taller nacional surgió la ahora denominada Ley de Procedimiento para la aplicación de la consulta y consentimiento libre, previo e informado a los pueblos indígenas y afrohondureños (“segundo borrador”), en abril del 2017¹⁴¹.

La posición de cada participante en los talleres realizado bajo auspicio del PNUD fue compartida con la Relatora Especial de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU en el país y la OIT, para sus comentarios. Tras una visita al país dedicada a examinar la manera como se venía desarrollando las consultas a los anteproyectos elaborados tanto por DINAFR0H como por organizaciones de la sociedad civil, la Relatora Especial de la ONU publicó sus observaciones en junio de 2017 y, entre otros aspectos, recomendó:

- La adopción de un acuerdo político entre el gobierno y los pueblos indígenas para crear las condiciones de confianza necesarias e iniciar un nuevo proceso de diálogo.
- La suspensión de la aprobación y operación de proyectos de desarrollo u otras actividades similares que pudieran afectar a los derechos de los pueblos indígenas

140 Véase, memoria de la 5ª ronda de negociación del convenio AVA-FLEGT, entre Honduras y la Unión Europea. Disponible en: <http://www.euflegt.efi.int/documents/10180/266285/ayuda+memoria+5ta+ronda+AVA+Honduras+UE+Abril+2016+firmada.pdf/cd5150d3-2d7c-4169-a023-2b1f5e6b9570>

141 Véase <https://oxfam.app.box.com/s/y2r36dkekgwg4mq59cxhj9xmesyc8l7n>

hasta la conclusión satisfactoria de un nuevo proceso de diálogo y la entrada en vigencia de la ley de consulta previa.

- Además del Convenio 169 de la OIT, “revisar otras fuentes jurídicas de la consulta previa como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”¹⁴².

En un proyecto de ley posterior, de fecha 8 de mayo del 2017, presenta cambios sustanciales a la versión discutida con los pueblos indígenas a lo largo del 2016¹⁴³. Dicho borrador no toma en cuenta varios comentarios de los Pueblos Indígenas expresados en la Matriz formulada por PNUD y tampoco las observaciones de la Relatora Especial de la ONU. Entre las disposiciones contrarias a los estándares internacionales, destaca la definición de “afectación directa” contenida en el referido anteproyecto: “[...] ocurre cuando se genera un reasentamiento de comunidades o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbre de estos pueblos; siempre y cuando sean vinculadas a la ubicación geográfica y zona de influencia directa de la medida consultada.”

En mayo de 2018 el gobierno hondureño envió a la OIT una última versión del Anteproyecto de Ley de Consulta Previa Libre e Informada¹⁴⁴, en cuya exposición de motivos sustentaba “el proceso” de formulación de la Ley en propuestas anteriores de la mano de Pueblos Indígenas y Afrodescendientes de Honduras (PIAH) y en los 18 talleres promovidos por el gobierno con apoyo de PNUD. Sin embargo, no es posible encontrar en el texto las contribuciones de las versiones anteriores de Ley generadas desde organizaciones pertenecientes a los PIAH ni las observaciones hechas por éstos en los 18 talleres en mención¹⁴⁵. Este documento tampoco incorpora los comentarios detallados¹⁴⁶ de la Relatora Especial de las Naciones Unidas así como sus comentarios adicionales¹⁴⁷ en donde resalta la importancia de la consulta sobre la consulta, además de los vacíos en el proceso actual.

Como saldo general, se puede afirmar que el intento de reglamentación de la consulta previa en Honduras ha sido perjudicado por un contexto de profunda

142 Véase <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/special/2017-06-09-honduras-unsr-additional-observations.pdf>

143 Véase <http://181.210.31.7/wp-content/uploads/2017/06/Informe-de-Avances-Convenio-169-Pueblos-Indigenas-y-Tribales-Junio-2017.pdf>

144 Véase <https://www.facebook.com/notes/ofraneh-garifuna/ultima-versión-ley-de-consulta-previa-más-nociva-que-las-anteriores-versiones/1724558150968355/>

145 Véase www.hn.undp.org/content/dam/honduras/docs/ddhh/pnud_hn_nuevas%20propuestas%20del%20articulado%20-%20version%20completa.pdf

146 Véase <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/special/2016-honduras-unsr-comentarios-anteproyecto-ley-consulta-sp.pdf>

147 Véase <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/special/2017-06-09-honduras-unsr-additional-observations.pdf>

desconfianza por parte de confederaciones indígenas y afrohondureñas, producto de un alto nivel de violencia y criminalización de líderes y comunidades indígenas que se oponen a proyectos de inversión en sus territorios. Por otro lado, las organizaciones indígenas más numerosas como OFRANEH, COPINH y la Mesa Lenca han desconocido la representación de los Pueblos Indígenas a través de la CONPAH y han denunciado un presunto intento del gobierno hondureño de auspiciar la creación de organizaciones sin el debido reconocimiento por parte de la mayoría de las comunidades indígenas y afrohondureñas del país. Lo anterior, con el fin de brindarle una apariencia de legitimidad a los talleres informativos llevados a cabo con el apoyo del PNUD. Cabe subrayar que varias confederaciones de pueblos indígenas han afirmado que desconocerán la Ley, en caso de que sea aprobada por el Congreso. Además de comprometer la legitimidad del proceso de elaboración de una ley de consulta en el país, dicha situación aumenta el riesgo de criminalización y violencia en perjuicio de líderes y lideresas indígenas que se oponen a la manera como el gobierno hondureño viene conduciendo el proceso de implementación legislativa de la consulta previa. Por otro lado, la objeción manifestada por los pueblos indígenas y afrohondureños podría inhibir la inversión extranjera en proyectos de inversión que impacte sus territorios. Finalmente, pese al exhaustivo trabajo de asesoría y monitoreo realizado por la Relatoría Especial de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y más de dos años de diálogo con organizaciones de la sociedad civil, el último borrador de ley de consulta omite una serie de recomendaciones proferidas por la Relatora Especial y contiene varias disposiciones contrarias a los estándares internacionales aplicables.

Perú

El Convenio 169 de la OIT se encuentra en vigor para el Perú desde febrero de 1995. Hasta hace unos pocos años no se contaba en el ordenamiento peruano con un cuerpo legal específico e integral sobre el derecho a la consulta previa, más allá de algunas disposiciones sectoriales¹⁴⁸. En este escenario, el Tribunal Constitucional peruano jugó un papel fundamental al desarrollar en su jurisprudencia el contenido, y etapas para la implementación del derecho a la consulta¹⁴⁹. Un contexto político favorable, sumado al trabajo de varias organizaciones indígenas y de la sociedad civil realizado durante varios años, condujo a que en el año 2011 fuera aprobada la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, Ley N° 29785, publicada en septiembre de 2011 (en adelante, “Ley de Consulta Previa”). La Ley de Consulta Previa, junto con su reglamento aprobado a través del Decreto Supremo N° 001-2012-

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

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

MC de abril de 2012, constituyen en la actualidad los dos cuerpos normativos más relevantes de este derecho en el Perú. Asimismo, colocan al país como el único de la región que cuenta con una ley integral.

La propuesta de una ley de consulta nació de una de las Mesas de Trabajo conformadas a raíz de los lamentables sucesos ocurridos en Bagua el 5 de junio de 2009¹⁵⁰, en la que participaron organizaciones indígenas y representantes del Estado. La Ley precisa el contenido y la finalidad del derecho a la consulta, los actores, quiénes se consideran pueblos indígenas y las entidades del Estado responsables de su aplicación; estableciendo asimismo los principios y las etapas del proceso de consulta. Tras su adopción, el gobierno peruano formó una Comisión encargada de elaborar su reglamento, la cual contó con representantes de distintos Ministerios y de las organizaciones indígenas nacionales. **Se realizaron una serie de encuentros regionales con el objetivo de consultar el reglamento con los pueblos indígenas. Si bien fue un esfuerzo importante, este proceso recibió cuestionamientos de algunas organizaciones indígenas, quienes indicaban que no estaban en igualdad de condiciones ni se encontraban igualmente representadas frente a los representantes del Estado.** Estas críticas llevaron a que varias de las organizaciones decidieran retirarse del proceso, de modo que en la etapa de diálogo ante la Comisión Multisectorial estaban presentes únicamente dos organizaciones indígenas nacionales. Con estas dos, se lograron alcanzar acuerdos y se presentó el texto construido conjuntamente a la Presidencia del Consejo de Ministros. Sin embargo, dicha instancia modificó algunos de los aspectos sustanciales acordados y aprobó el Reglamento a través del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, publicado el 3 de abril de 2012.

“Se realizaron una serie de encuentros regionales con el objetivo de consultar el reglamento con los pueblos indígenas. Si bien fue un esfuerzo importante, este proceso recibió cuestionamientos de algunas organizaciones indígenas”

El texto finalmente aprobado fue objeto de una serie de críticas por parte de organizaciones indígenas y de la sociedad civil. Los principales aspectos cuestionados se referían a que debía considerar como fuente de derechos no solo el Convenio 169 de la OIT, sino también la Declaración de la ONU; debía considerar pueblos indígenas a los descendientes de los pueblos preexistentes a la colonización y no limitarse a los descendientes “directos” y que conserven “todos” los elementos culturales; debía incorporar todos los supuestos en que se exige el consentimiento

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

y no solo la consulta según los estándares internacionales; no debía excluir de su aplicación todos los actos previos a su publicación considerando que el Convenio 169 de la OIT se encuentra vigente para el Perú desde 1995; entre otros¹⁵¹. Además de tomar nota de estos cuestionamientos, cabe también advertir que el Reglamento de la Ley de Consulta Previa presenta aspectos que pueden considerarse positivos, como, por ejemplo, contiene varios elementos que apuntan hacia la incorporación de un enfoque de género en la implementación de los procesos de consulta¹⁵².

Luego de la adopción de la Ley y Reglamento de consulta, les han seguido instrumentos más específicos que intentan poner en práctica algunos aspectos sustanciales de la Ley, tales como: (i) el Procedimiento del derecho de petición de los Pueblos Indígenas para la inclusión en un proceso de consulta previa o para la realización del mismo, en el Ministerio de Cultura, aprobado a través de la Resolución Viceministerial N° 010-2013-VMI-MC, de diciembre de 2013, (ii) la Resolución Ministerial N° 202-2012-MC, que aprobó la Directiva que regula la base de datos oficial de los pueblos indígenas y originarios, la cual identifica quiénes son los pueblos indígenas en el Perú, es decir, a quiénes debe aplicarse el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la Guía Metodológica de la Ley de Consulta Previa. Además de estas normas generales existen otros instrumentos jurídicos que han intentado reglamentar el derecho a la consulta en sectores específicos del gobierno. Entre las más relevantes, se encuentra la Resolución Ministerial N° 350-2012-MEM, relativa a los procedimientos administrativos del Ministerio de Energía y Minas para la realización de procesos de consulta previa.

Cabe hacer dos observaciones adicionales sobre el ordenamiento peruano en materia de consulta previa. La primera se refiere a una dispersión importante de normas, adoptadas por distintos sectores y en diferentes momentos, en ausencia durante varios años de una ley general sobre este derecho. Entre éstas, se encuentra el Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, aprobado por Decreto Supremo N° 038-2001-AG, que regula en su artículo 43 la consulta de los pueblos indígenas para la creación de áreas naturales protegidas; así como normas adoptadas años atrás con relación a la participación ciudadana y consulta, y la elaboración de estudios de impacto ambiental¹⁵³.

151 Pacto de Unidad. (2012, 5 de marzo). Pronunciamento del Pacto de Unidad sobre reglamento de la Ley de Consulta Previa. Pachamama. La voz del sur andino. Disponible en: <http://www.pachamamaradio.org/05-03-2012/pronunciamento-del-pacto-de-unidad-sobre-reglamento-de-la-ley-de-consulta-previa.html>

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

153 Nos referimos, en particular, al Reglamento de consulta y de participación ciudadana en la evaluación ambiental y social en el Subsector Transportes-MTC, aprobado por Resolución Directoral N.º 006-2004-MTC; y al Reglamento

También se tienen cuerpos normativos que, sin estar referidos exclusivamente a la consulta previa, contienen disposiciones que regulan y/o hacen mención al derecho a la consulta, como la Directiva para promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, aprobada por Resolución Ministerial N.º 159-2000-PROMUDEH, del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Humano, la cual reconoce el derecho a la consulta como parte del contenido del derecho a la identidad cultural¹⁵⁴. Puede mencionarse, además, la Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, Ley N.º 26505 (Ley de Tierras) que establece que “para disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre las tierras comunales de la Sierra o Selva, se requerirá el Acuerdo de la Asamblea General con el voto conforme de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la Comunidad”¹⁵⁵.

De otro lado, debe notarse que las normas existentes hasta el momento regulan la consulta de actos administrativos del gobierno nacional y de manera más general de los gobiernos regionales y locales. No obstante, no se aborda la consulta de los actos normativos del Congreso de la República. A nivel del Congreso de la República se han elaborado varias propuestas para adecuar el proceso de toma de decisiones en dicha institución cuando se trata de medidas legislativas que puedan afectar a los derechos de los pueblos indígenas, ninguna de las cuales ha sido aprobada al momento¹⁵⁶.

Dado que la experiencia peruana de reglamentación de la consulta y CPLI es, muchas veces, considerada un modelo a seguir, vale la pena resaltar algunos problemas de implementación de dicho derecho fundamental que no han sido resueltos por la Ley y Reglamento o, incluso, han sido profundizados por cuenta de su adopción. En lo que se refiere a la incompatibilidad de las disposiciones de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento con los estándares internacionales, destacamos los siguientes puntos.

Ley de Consulta Previa

- El artículo 1º de la ley desconoce las otras fuentes de derecho, adicionales al Convenio 169 de la OIT, que han desarrollado de los pueblos indígenas y tribales y que son vinculantes. Dicha omisión es particularmente problemática en lo que

de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas, aprobado por Resolución Ministerial No 596-2002-EM/DM

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

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

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

atañe al derecho al consentimiento previo libre e informado, el cual se encuentra más desarrollado, por ejemplo, en la Declaración de la ONU y en el Protocolo de Nagoya.

- El artículo 7 exige requisitos no previstos en el artículo 1.1.b del Convenio 169 de la OIT, para que una determinada colectividad sea considerada pueblos indígenas.
- El artículo 15 viola el artículo 16.2 del Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte IDH, al omitir la obligación del Estado de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, en determinados supuestos que ponen en peligro su subsistencia física o cultural. Asimismo, omite la obligación derivada del artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT, que protege el derecho de los pueblos indígenas a compartir beneficios de las actividades económicas llevadas a cabo en su territorio¹⁵⁷.
- La 2ª Disposición Complementaria y Final (DFC) desnaturaliza la finalidad de la consulta y viola el artículo 6, literales 1 y 3, del Convenio 169 de la OIT, al desconocer que el derecho a la consulta es diferente del derecho de participación ciudadana. Al reducir la consulta a talleres informativos, dicha disposición proyecta una actuación estatal incompatible con el fundamento de la consulta y CPLI, la cual es un diálogo intercultural entre Estado y pueblos indígenas que les permite incidir y, de ser el caso, objetar decisiones estatales susceptible de afectarles directamente.
- La 2ª DCF convalida actos administrativos inconsultos, adoptados con posterioridad a la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT y anteriores a promulgación de la Ley de Consulta.
- El artículo 19 de la ley viola la garantía de la independencia e imparcialidad aplicable al campo administrativo al establecer que el mismo órgano que emitió opinión técnica en primera instancia resuelva en segunda instancia.

Reglamento

- Artículos 3.i y 6 establecen que la consulta se realizará antes de la exploración y no antes de la concesión, violando principio de oportunidad y el carácter previo de la consulta.
- Artículo 5.h subordina el reconocimiento legal de las costumbres a su adecuación a la ley.
- Artículo 5.1 permite que decretos de urgencia desconozcan la obligación de

¹⁵⁷ De igual manera, el artículo 15 de la Ley 29785 viola por omisión el artículo 59 de la Constitución que exige el respeto de un conjunto de derechos mínimos intangibles de los pueblos indígenas.

consultar previamente a los pueblos indígenas.

- Artículo 7.2 excluye a las organizaciones nacionales de los pueblos indígenas de las consultas locales.
- Artículo 9.1 del reglamento por no garantizar una efectiva comunicación y defensa de los derechos de los pueblos indígenas.
- Artículo 15 excluye a los pueblos indígenas en la etapa de los acuerdos preparatorios previos al proceso de consulta.
- 9ª Disposición Complementaria, Transitoria y Final (DCTF) omite regular la consulta o medidas alternativas de mitigación de impactos, con relación a pueblos indígenas en aislamiento.
- 7ª DCTF y art. 23.3 reconocen parcialmente la obligación del Estado de obtener el consentimiento.
- 15ª DCTF excluye las obras públicas de la obligación de consulta previa.
- Artículo 24 viola el principio del plazo razonable de los procesos de consulta.
- Inconstitucionalidad de varias disposiciones del reglamento por restringir la consulta previa a la afectación de derechos colectivos.

Como ejemplo de situación, en la que disposiciones de la Ley de Consulta y su Reglamento han servido como traba a la debida implementación de la consulta y CPLI en el Perú, cabe mencionar que, según la 2ª DCTF de la Ley, los actos administrativos y normativos anteriores a ella y que no habían sido consultados, no requieren ningún tipo de medida adicional para perfeccionar su validez jurídica. La idea, por lo tanto, era que no se consulten los actos administrativos o leyes emitidas entre el año 1995, cuando el Convenio 169 de la OIT fue ratificado por Perú, y el año 2011, cuando la Ley de Consulta Previa fue promulgada. Pero además convalidó las normas que hacía pasar talleres informativos por consulta previa, tal como sucedió innumerables veces antes de que la Ley de Consulta fuera adoptada¹⁵⁸. Con relación al Reglamento, la 15ª DCTF excluye expresamente la CCPLF de los servicios públicos. Esta norma viene siendo utilizada sistemáticamente para no consultar proyectos de infraestructura pública, aun cuando afectan directamente los derechos territoriales de los pueblos indígenas¹⁵⁹.

Finalmente, cabe hacer una especial mención a los problemas derivados del artículo 8 de la Ley 29875, mediante el cual se faculta a los diversos sectores del Estado determinar ellos mismos los procedimientos bajo su cargo que deben ser materia de consulta previa. Producto de dicha disposición, se han visto decisiones

158 Véase, al respecto, <https://www.servindi.org/actualidad/51225>

159 Véase, al respecto, <https://www.servindi.org/actualidad-opinion/24/01/2016/se-debe-consultar-la-construccion-de-servicios-publicos-en-territorios>

estatales en el ámbito de hidrocarburos antes de cualquier proceso de consulta previa y antes de aprobarse el contrato de concesión. De igual manera, en el sub sector de Minería, las consultas se desarrollan sobre la autorización de explotación o beneficio, cuando ya la mayoría de decisiones estatales han sido tomadas, incluyendo algunas que generan derechos y obligaciones frente a empresas concesionarias.

2. ANÁLISIS SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA Y CPLI EN MÉXICO

2.1 Marco constitucional aplicable y recepción de estándares internacionales

México ratificó el Convenio 169 de la OIT el 5 de septiembre de 1990, siendo el primer país latinoamericano y segundo del mundo (antecedido en algunos meses por Noruega) en hacerlo. Desde el 28 de enero de 1992, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos incluye, en su artículo 4º, un reconocimiento expreso del carácter pluricultural de la sociedad mexicana. Dicho artículo establece lo siguiente:

La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

El 14 de agosto de 2001 tuvo lugar una segunda reforma constitucional en el país, a partir de la cual el artículo 2º constitucional incluyó, en lo pertinente, el siguiente texto:

[...]

Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

- Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.

[...]

Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de:

[...]

- Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. Establecer un sistema de becas para los estudiantes indígenas en todos los niveles. Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional **que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas.** Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación.

[...]

- **Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.** Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones señaladas en este apartado, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, las legislaturas de las entidades federativas y los ayuntamientos, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán las partidas específicas destinadas al cumplimiento de estas obligaciones en los presupuestos de egresos que aprueben, así como las formas y procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas. Sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos, toda comunidad equiparable a aquéllos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley.

Si bien las disposiciones constitucionales destacadas no consagran el derecho a la consulta previa como un derecho amplio, aplicable a cualquier decisión estatal (tal como hacen las constituciones de Bolivia y Ecuador, por ejemplo) sirvió de fundamento normativo-constitucional para el referido derecho. Sin embargo, es el 10 de junio de 2011 luego de una importante reforma constitucional¹⁶⁰, impulsada además por un nuevo marco jurisprudencial por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), que la consulta y CPLI y, en general, los derechos de los pueblos originarios ocupan el más alto rango jerárquico en el país. A partir de la mencionada reforma, el artículo 1.º de la Constitución, que consagra “los derechos humanos y sus garantías” pasó a conferir jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, por lo que el Convenio 169 de la OIT, la Convención Americana y otros instrumentos internacionales que protegen la consulta previa pasan a incorporar el bloque de constitucionalidad en México.

Es importante recordar que el artículo 133 de la Constitución (que no se modificó con la reforma de 2011) señala que la Constitución, las leyes emanadas del Congreso y los tratados internacionales constituyen la Ley Suprema de toda la Unión. Antes de la modificación al artículo 1º, la SCJN sostenía que los tratados internacionales eran jerárquicamente inferiores a la Constitución Federal y superiores a las leyes federales y estatales¹⁶¹. Con la reforma de 2011 y con la asimilación del criterio interpretativo basado en el principio *pro persona*, las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos asumidas por México pasaron a radiar efectos en todo el ordenamiento jurídico, con las mismas características de los principios y reglas constitucionales.

¹⁶⁰ Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 10 de junio de 2011. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf

¹⁶¹ Novena Época; Registro: 192867; Instancia: Pleno; Tesis Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Localización: Tomo X, Noviembre de 1999; Material(s): Constitucional; Tesis: P. LXXVII/99; Pág. 4; asimismo, véase Novena Época; Registro: 172650; Instancia: Pleno; Tesis Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Localización: Tomo XXV, Abril de 2007; Material(s): Constitucional, Tesis: P. IX/2007, Pág. 6.

En el 2014, la SCJN desarrolló una tesis jurisprudencial más específica (P./J. 21/2014), en torno al carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, haciendo una diferenciación entre las sentencias dictadas en casos relacionados con México y con otros países. En lo pertinente, el precedente de la SCJN subraya que **“los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre derechos humanos”**. Para su consideración por parte de los jueces, se establecieron estos lineamientos:

(i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos¹⁶².

2.2 Discusiones en torno a la adopción de una ley general sobre consulta en México

Ante la ausencia de un marco legal específico sobre la consulta y el CPLI en México, las autoridades estatales se han pautado en lo dispuesto en decisiones judiciales y en el protocolo de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI)¹⁶³ Asimismo, en virtud de una exigencia genérica de la consulta a los pueblos indígenas en la reforma energética de 2013, se han adoptado protocolos con lineamientos aplicables a procesos de consulta en el sector energético, tales como el protocolo de consulta a la Tribu Yaqui, sobre la construcción del gasoducto Sonora; y el protocolo de consulta a la comunidad indígena de Juchitán de Zaragoza, sobre la construcción y operación de un proyecto eólico en Oaxaca.¹⁶⁴

162 Pleno, tesis p./J. 21/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima Época, libro 5, tomo i, registro 2006265, abril de 2014, p. 204

163 CDI Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/252234/CDI_Protocolo_Consulta_Pueblos_Indigenas_2014.pdf

164 Estos son algunos ejemplos de protocolos que se han aprobado, en aplicación de las disposiciones reglamentarias de la Reforma Energética: Protocolo de Consulta a la tribu yaqui sobre la construcción y operación del gasoducto Sonora en territorio yaqui (segmento Guaymas–El Oro) https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/15240/Protocolo_de_Consulta_Previa_a_Tribu_Yaqui__ulio_2014_.pdf. Protocolo del Proceso de consulta previa, libre e informada a la comunidad indígena de Juchitán de Zaragoza, sobre la construcción y operación de un proyecto de generación de energía eólica

<https://www.gob.mx/sener/articulos/protocolo-del-proceso-de-consulta?idiom=es>. Protocolo de Consulta a Comunidades Nahuas y Totonacas sobre Proyecto Hidroeléctrico (PUEBLA I) <https://www.gob.mx/sener/articulos/consulta-a-comunidades-nahuas-y-tononacas-sobre-proyecto-hidroelectrico-puebla>

Por muchos años, varias legislaturas y casi todos los partidos políticos nacionales han sostenido que la solución a la arbitrariedad en la que se realizan los procesos de consulta en el país es la aprobación de una ley de alcance general. Hasta abril de 2018, integrantes del grupo parlamentario del PRI¹⁶⁵, del PAN¹⁶⁶ y del PRD¹⁶⁷ han presentado propuestas a las comisiones unidas de Gobernación y Asuntos Indígenas, con opinión de la Comisión de Presupuesto y Cuenta Pública, cuyo trámite y discusión se encuentran pendientes.

Las propuestas, en general, retoman lo establecido en la legislación nacional, en la recomendación 27/2016 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH)¹⁶⁸, y en la posición predominante en las sentencias de la SCJN, haciendo algunas referencias al Convenio 169 de la OIT y, en menor medida, a la Declaración de la ONU y a la jurisprudencia interamericana. Las propuestas tienen en común la idea de consulta como un procedimiento de participación y no tanto de decisión. En general, las propuestas establecen que, si agotado el proceso de la consulta no se obtiene el consentimiento o se alcance un acuerdo en relación con las medidas propuestas, únicamente se dejará constancia que el órgano responsable agotó dicho proceso y se continuará con la medida estatal.

2.3 Problemas identificados en tres procesos de consulta en México

A continuación, se analizan tres procesos concretos de consulta que surgen de un mandato judicial¹⁶⁹ y que, sin embargo, se caracterizaron por una actuación estatal al margen de lo exigido por los parámetros internacionales y constitucionales aplicables.

165 Presentada el 14 de septiembre de 2016. Disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/63/2017/mar/20170323-V.html#Iniciativa16>

166 Presentada el 5 de noviembre de 2015. Disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/63/2015/nov/20151104-II.html#Iniciativa11>

167 Presentada el 6 de octubre de 2015. Disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/63/2015/oct/20151006-II.html#Iniciativa30>

168 http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5447796&fecha=12/08/2016

169 CASO OAXACA: Primera Sala Regional Metropolitana del Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa en el expediente 9216/11-17-01-5 dicta sentencia a favor de los pueblos y ordena a la CONAGUA inicie un proceso de consulta y consentimiento libre, previo e informado a la comunidad y pueblos indígenas zapotecas. Disponible en: <http://cdfitoycanto.org/web/consulta-indigena/>

CASO SONORA: Acuerdo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día ocho de mayo de dos mil trece. Expediente 631/2012. Disponible en:

<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=144699>

CASO CAMPECHE: Amparo en revisión 270/2015. Disponible en:

<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=177594>

Síntesis del Caso de consulta al pueblo Maya

En noviembre de 2015, la SCJN falló a favor de comunidades mayas de Yucatán y Campeche al suspender el permiso otorgado por el Servicio Nacional de Sanidad, Inocuidad y Calidad Agroalimentaria (SENASICA) a la empresa Monsanto para la comercialización de semilla para un polígono de 253,500 hectáreas de soya genéticamente modificada en siete entidades del país, incluyendo a las tres que integran la Península de Yucatán.

De acuerdo con la sentencia de la SCJN, las autoridades federales violaron, en perjuicio de los quejosos, el derecho a la consulta previa, libre, informada y culturalmente adecuada a las comunidades mayas de Yucatán y Campeche, por lo que el permiso de siembra de soya genéticamente modificada fue suspendido hasta que se realice la consulta.

El proceso de consulta inició en abril de 2016. Desde mayo de 2017 se encontraba detenido debido a que las autoridades responsables de la consulta, la Comisión Intersecretarial de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados (CIBIOGEM), y la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI) han desconocido la autoridad y representatividad de los representantes de las comunidades indígenas que se están consultando, y han violado y desconocido varios de los acuerdos tomados en seis sesiones.

Sobresalen también como violaciones al proceso de consulta la continua comercialización y siembra de soya transgénica en el territorio ancestral de las comunidades de los quejosos a pesar de la suspensión ordenada en las sentencias; así como, la insistencia las autoridades estatales, incluyendo el juzgado de distrito encargado de vigilar la ejecución de la sentencia, en desconocer la forma de organización de las comunidades para atender el proceso de consulta de forma conjunta.

Síntesis del Caso de consulta a la Tribu Yaqui

En el año 2010, el gobierno de Sonora impulsó la licitación y concesión para la construcción y operación del Acueducto Independencia para trasvasar, desde la presa El Novillo, alrededor de 60 millones de metros cúbicos de agua de la cuenca del río Yaqui a la cuenca del río Sonora. Ese mismo año el proyecto fue sometido a una Manifestación de Impacto Ambiental ante la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat) y en el 2011 fue autorizado. Todos estos actos de autoridad se realizaron sin consultar a la Tribu, en franco incumplimiento de la ley nacional e internacional.

A partir de estos hechos, la Tribu Yaqui presentó un amparo en contra de la Autorización de Impacto Ambiental; con este señaló a la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA) y a la Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental (DGIRA) como autoridades responsables. El Juez Cuarto de Distrito en Sinaloa resolvió el juicio en 2012 y le otorgó el amparo a la Tribu; sin embargo, ese mismo año la Semarnat impugnó la sentencia y el recurso de revisión fue atraído por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En mayo de 2013, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación confirmó la sentencia que otorgó el amparo a la Tribu Yaqui (631/2012), y en agosto del mismo año emitió una aclaración de la sentencia a petición de las autoridades responsables pertenecientes a la Semarnat, en la cual se ordenó expresamente que la Autorización de Impacto Ambiental (AIA) debía quedar insubsistente y que debía consultarse a la Tribu Yaqui de conformidad con los estándares internacionales; sólo una vez concluido dicho proceso de consulta, la Semarnat podría resolver sobre la autorización de impacto ambiental.

Pese a las sentencias que reconocen la vulneración de los derechos de la Tribu Yaqui, las autoridades no han cumplido y, además, continúan con la extracción del agua de la presa El Novillo sin haber concluido la consulta y sin que el acueducto cuente con una AIA; esta actuación pone en riesgo la cultura y supervivencia de los Yaquis¹⁷⁰.

170 Para mayor información, se sugiere la lectura del informe de la Misión de Observación, Una Sentencia fallida. El incumplimiento del gobierno mexicano de la resolución emitida por la SCJN en el marco de la consulta a la Tribu Yaqui, disponible en: <https://www.google.com.mx/search?q=Una+sentencia+fallida&oq=Una+sentencia+fallida&aqs=chrome..69i57.8149j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

Síntesis del Caso de consulta COPUDA- Valles Centrales de Oaxaca

En el año de 1967 el gobierno federal, mediante un decreto presidencial estableció un decreto de veda¹⁷¹, con el objetivo de frenar la extracción de aguas subterráneas de manera desordenada, prevenir la sobreexplotación del acuífero; procurar la conservación y controlar las extracciones de agua. El mecanismo para la aplicación del decreto de veda son las concesiones de agua a particulares que se obtienen mediante títulos que otorga la hoy Comisión Nacional del Agua (CONAGUA). En el año 2005 la CONAGUA, envió unas cartas invitaciones, a campesinos y campesinas de las comunidades de Ocotlán de Morelos y Zimatlán de Álvarez, para pagar por consumo de excedentes agua. Los importes fueron diferenciados y en varios casos se presentaron multas impagables para la economía de los campesinos, personas indígenas.

Las comunidades se organizaron en la Coordinadora de Pueblos Unidos por el Cuidado y la Defensa del Agua (COPUDA); la organización regional emprendió varias acciones para enfrentar la problemática: obras de captación de agua, siembra de agua, talleres de capacitación y acciones jurídicas entre otras; todo ello con la finalidad de fortalecer el acuífero de Valles Centrales, realizar un manejo comunitario del agua y pedir que se levante la veda en las 16 comunidades pertenecientes a la COPUDA.

Como resultado de las acciones jurídicas, en 08 de abril de 2013 la Primera Sala Regional Metropolitana del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa en el expediente 9216/11-17-01-5 dicta sentencia a favor de los pueblos y ordena a la CONAGUA inicie un proceso de consulta, a fin de valorar la procedencia de la solicitud de los actores para proponer al Titular del Ejecutivo Federal la modificación del Decreto de Veda de 1967.

Durante el desarrollo de la consulta se han generado una serie de violaciones incluyendo: falta de información sobre el funcionamiento del acuífero de Valles Centrales, falta de coordinación entre autoridades federales y estatales, presión para renovar los títulos de concesión y ser beneficiarios del subsidio de la energía eléctrica para el campo.

A pesar de que la COPUDA presentó una propuesta de Iniciativa para modificar el decreto de veda con una administración comunitaria del agua, ésta no ha sido realmente tomada en cuenta por CONAGUA que ha preferido en su lugar, proponer en repetidas ocasiones, la reglamentación de zonas mucho más amplias a la interesada por el proceso de consulta (¡inicialmente de 16 acuíferos!).

Desde una valoración de las comunidades y del Centro Derechos Indígenas Flor y Canto A.C, que acompaña el proceso, el Gobierno está implementado una estrategia para dilatar el proceso, desgastar a las comunidades y no cumplir de manera efectiva con la presente resolución.

¹⁷¹ Decreto que establece Veda por tiempo indefinido para el alumbramiento de aguas del subsuelo en la zona conocida como Valle de Oaxaca, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de Septiembre de 1967.

A partir del estudio de estos procesos de consulta, se han identificado los siguientes patrones que comprometen su eficacia:

- 1. el desequilibrio de poder entre las partes es agravado por una actuación parcializada de las autoridades estatales;**
- 2. las autoridades estatales no reconocen la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios y recursos naturales;**
- 3. no se aplica el principio de la autoadscripción;**
- 4. en los procesos de consulta se presentan actitudes discriminatorias contra los pueblos indígenas;**
- 5. no se observan los principios inherentes a la consulta y CPLI, priorizándose más bien la suscripción de acuerdos;**
- 6. no existe claridad sobre las entidades responsables de la realización de los procesos de consulta; y**
- 7. el Poder Judicial es omiso ante el incumplimiento de sus propias sentencias.**

Cabe aquí mencionar que, en todos los casos examinados, las consultas no son previas; las autoridades estatales desconocen a las autoridades y procesos de organización de los pueblos contraviniendo las normas constitucionales; los procesos han fomentado la división al interior de las comunidades; los acuerdos tomados en los procesos no son respetados por las autoridades estatales; los procesos de consulta se llevan a cabo como un mero trámite administrativo; hay un ambiente de impunidad por la falta de ejecución de las sentencias.

2.3.1 El desequilibrio de poder entre las partes es agravado por una actuación parcializada de las autoridades estatales

La consulta supone que las partes acuden a un diálogo intercultural bajo la condición de igualdad de derechos. Sin embargo, la realidad oculta el hecho que las partes en el debate no se encuentran en el mismo nivel jurídico, político, económico, social y cultural. Tampoco existen garantías procesales que mitiguen asimetrías de poder entre los actores¹⁷², por lo que los pueblos indígenas estarán permanentemente en desventaja frente a empresas y gobiernos.

En los procesos de consulta revisados, las autoridades responsables son las mismas que promueven los proyectos de inversión, muchas veces en complicidad con las empresas interesadas en la concesión. Lo anterior sucede con la Secretaría de

¹⁷² Rodríguez Garavito, César. Etnicidad.gov Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2012. Pág. 46.

Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (SAGARPA); el Servicio Nacional de Sanidad, Inocuidad y Calidad Agroalimentaria (SENASICA); y la Comisión Intersecretarial de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados (CIBIOGEM) en el caso de la Consulta Maya en Campeche; la Comisión Nacional del Agua (CONAGUA) en el caso de Valles Centrales de Oaxaca; y la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) en Sonora, con el Acueducto Independencia que afecta al Pueblo Yaqui. Tales autoridades fueron las mismas que impugnaron las sentencias que el Poder Judicial otorgó a las comunidades indígenas. Al respecto, las comunidades han sostenido reiteradamente que las dependencias gubernamentales “están litigando del lado de las empresas”.

No existe una política estatal dirigida a garantizar la intervención imparcial de las respectivas secretarías que participan del proceso de consulta. En estos casos, las secretarías federales han recurrido a campañas informativas a favor del proyecto o campañas de desprestigio contra líderes o comunidades indígenas, a la criminalización de la protesta social contra los proyectos, así como el condicionamiento de los programas sociales como forma de presión hacia las comunidades. Con frecuencia, ocurre la criminalización del desacuerdo y la protesta social, llegándose incluso a fabricar delitos a los dirigentes inconformes, tal como sucedió en el caso de la Tribu Yaqui en Sonora. En pleno proceso de consulta, 2 de los líderes comunitarios Yaqui fueron sometidos a proceso penal.

En el proceso de consulta sobre soya transgénica, las autoridades estatales han visitado a comisarios ejidales cada dos meses para decirles que tienen que organizar asambleas para escoger representantes para que ellos “validen” los procesos, o para seguir con el proceso de consulta de forma individual a pesar de que los comisarios y representantes han insistido en que ya se nombraron representantes y que han decidido ser consultados de forma conjunta. En algunos casos, incluso los comisarios declaran que han sido ofrecidos apoyos para el campo o dinero.

Por otro lado, la gran mayoría de los pueblos y comunidades indígenas se encuentran en condiciones de marginalidad económica, por lo que carecen de recursos para obtener información accesible, asesoría técnica básica, condiciones para organizar asambleas y talleres que se requieren en un proceso de consulta. Esta desventaja es aprovechada por las empresas que, en alianza con el Estado, determinan qué información les brindan a las comunidades (muchas veces incomprensible, inaccesible y contradictoria), determinan qué personas pueden asistir a las reuniones, los lugares en los que éstas se desarrollan, los intérpretes que en ellas participan, el pago de apoyos para el transporte

“No existe una política estatal dirigida a garantizar la intervención imparcial de las respectivas secretarías que participan del proceso de consulta.”

y la alimentación¹⁷³, creando situaciones de discriminación y abuso. Frecuentemente, movilizan personas que están a favor del proyecto y que no son sujetos de la consulta, como es el caso de la consulta de soya transgénica en Campeche, lo que crea división comunitaria y se presta a una manipulación constante. Además, las autoridades estatales han intimidado y acusado a los asesores de las comunidades de manipular los procesos, poniendo en riesgo el derecho a asesores que las comunidades indígenas tienen¹⁷⁴.

2.3.2 Las autoridades estatales no reconocen la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios y recursos naturales

Al iniciar cualquier intento de diálogo, las autoridades gubernamentales tendrían que dejar claro que las personas/colectivos indígenas son dueñas (o titulares de derechos) de los espacios territoriales y los recursos en disputa y/o que se pretenden aprovechar. Con ese carácter, son ellas quienes pueden libremente decidir si están de acuerdo con el emprendimiento que se pretende desarrollar en su territorio.

En ninguno de los tres casos analizados, se hizo este reconocimiento de los derechos indígenas por parte de las autoridades estatales, y las empresas o contrapartes. En el caso de las comunidades mayas, SENASICA se ha negado reiteradamente a dar información sobre los monitoreos de soya transgénica en el territorio, argumentando que dicha información la pueden solicitar por la plataforma de transparencia, por internet. Se ha solicitado en la consulta también que haya una coordinación con varias secretarías para proteger el territorio de manera conjunta y coordinada con las comunidades, pero las secretarías se negaron¹⁷⁵.

En el caso de la Tribu Yaqui, el dictamen emitido por la CDI señalaba que éstos no utilizaban el agua y por tanto que no había impacto ambiental, cuando se sabe no sólo que en la cosmovisión y mitología Yaqui hay una fuerte relación constitutiva entre el río y la vida de los ocho pueblos que integran la tribu, sino que además es la base material de su producción agrícola, la cual asegura su permanencia en el tiempo. El proceso de trasvase del agua de una cuenca a otra, tiene por consecuencia la desecación del río y la contaminación de mantos freáticos, lo que pone en riesgo la supervivencia de la tribu, motivo por el cual se podría detener la obra.

En el caso de la consulta en Valles Centrales de Oaxaca, las comunidades han desarrollado una propuesta de manejo comunitario del agua y el territorio en la microrregión Xnizaa, en el que se busca garantizar el acceso preferente a los recursos naturales en especial el agua, pero la CONAGUA insiste en aplicar leyes que no reconocen el cuidado, manejo y uso colectivo de los bienes naturales.

173 Las comunidades mayas de Hopelchén han solicitado se den más alimentos en las sesiones por escrito ya que no es suficiente para las largas horas de la jornada, sin embargo, se les ha negado dicho apoyo. Constancias en el expediente 753/2012 del Juzgado Segundo de Distrito de Campeche.

174 Acta del 28 de mayo de 2017 de la quinta sesión de Acuerdo Previos en el municipio de Tenabo.

175 Actas del 25 de marzo de 2017 de la quinta sesión de acuerdos previos de Hopelchén, y acta del 29 de abril de 2017 de la reunión para acordar el monitoreo e inspección en el territorio.

2.3.3 No se aplica el principio de la autoadscripción

Las autoridades intervinientes en los procesos examinados han tratado a las comunidades y sus integrantes como objetos de política pública, actores pasivos de decisiones tomadas de antemano y sin su consentimiento. La determinación del sujeto a consultar y las formas mediante las cuales las comunidades toman sus decisiones son dos de las principales dificultades que impiden el normal desenlace de los procesos de consulta examinados. Si bien las decisiones judiciales determinaron los sujetos colectivos que deberían ser consultados, las autoridades administrativas restan importancia a las asambleas comunitarias, sus mecanismos y tiempos para la aprobación de acuerdos.

En el caso de los Yaqui, las autoridades gubernamentales se negaron a acudir al seno de la asamblea y optaron por hacer reuniones en otros sitios con la participación de representantes o comisionados comunitarios, lo que resta fuerza al órgano de máxima autoridad en la comunidad además de que dividen a los Pueblos.

En el caso de los mayas, por el contrario, las comunidades quisieron actuar en un bloque regional, pero denunciaron que las autoridades federales buscaban fragmentar el proceso, yendo a reuniones y acordando con cada comunidad de forma separada. Por otro lado, representantes de secretarías federales han argumentado la inexistencia del pueblo indígena, o bien, han cuestionado la legitimidad de la representación de las autoridades indígenas (quienes fueron elegidas por las asambleas de acuerdo a la forma tradicional y por carecer de documentos escritos que los acrediten como tales)¹⁷⁶, lo que comprometió el clima de confianza entre las partes y, por ende, el proceso de consulta.

En el caso de Valles Centrales, aunque se ha reconocido a las 17 comunidades como sujetos de consulta y se ha insistido en que el proceso de consulta debe servir para encontrar una solución colectiva, la CONAGUA ha aprovechado las reuniones de consulta para tratar de negociar de manera particular con los titulares individuales de concesiones de agua, dejando a un lado el proceso comunitario y colectivo que los pueblos zapotecas han propuesto.

Lo que tienen en común estos procesos es que no se respeta el hecho de que sean los pueblos indígenas, en ejercicio de su libre determinación y autonomía, quienes señalen cuáles son los sujetos que deben ser consultados. Por ejemplo, en la consulta a las comunidades mayas, se ha argumentado que las actas presentadas

¹⁷⁶ Como puede constatarse en el séptimo informe de la Misión de Observación y en el testimonio de Rodrigo Llanes, este desacuerdo es el que tiene al proceso de consulta en un impasse, pues en la última sesión de consulta (en mayo de 2017) las autoridades desconocieron a los representantes con quienes han dialogado por más de un año. Mientras que los representantes de las comunidades dicen que han sido elegidos de acuerdo a las propias formas de toma de decisiones de sus comunidades, las autoridades exigen actas en donde se constate que dichos representantes fueron elegidos.

para comprobar la representatividad no eran suficientes, por no contar con firmas de los miembros de las comunidades. En el caso de la Tribu Yaqui se partió de la conclusión de que no existían como pueblo, aunque en coyunturas posteriores sí fue reconocida su existencia, pero los procesos de acercamiento han privilegiado la negociación con los distintos pueblos de manera aislada y bilateral, en una maniobra para dividir la opinión de la Tribu respecto del Acueducto.

2.3.4 En los procesos de consulta se presentan actitudes discriminatorias contra los pueblos indígenas

Las personas entrevistadas para la presente investigación han reportado actitudes discriminatorias que se presentan en los procesos de consulta y que afectan y obstaculizan el clima de confianza que debería existir en cada momento, cancelar reuniones sin previo aviso, cambiar la sede de la reunión, llegar tarde a las reuniones, enviar a funcionarios menores a la interlocución o cambiarlos constantemente, así como negar el vínculo sagrado que tienen las comunidades con diferentes recursos naturales, son sólo algunos ejemplos.

Como se ha señalado antes, los pueblos indígenas carecen de recursos económicos para financiar reuniones y traslados de sus representantes, con lo que, al ser una institución la que brinda los recursos, se convierte en la que “manda”, incluso colocándose por encima de la que legalmente le corresponde operar el proceso de consulta, que es la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. El poder que le brindan los recursos financieros sirve para imponer a los pueblos la voluntad del estado o incluso los intereses de las empresas.

2.3.5 No se observan los principios inherentes a la consulta y CPLI, priorizándose más bien la suscripción de acuerdos

En ninguno de los casos la consulta cumplió el principio necesario de ser previa, pues en todos ellos se inició de forma tardía, es decir después de que se había tomado la decisión administrativa de concesionar emprendimientos en territorios indígenas. Los funcionarios gubernamentales y los operadores de las empresas orientan sus acciones para cubrir el requisito formal de la consulta, obviando los procesos de discusión real y sustantiva de los asuntos. Con frecuencia, para obtener la aprobación de las comunidades, incurren en prácticas que las dividen, ofreciendo, por ejemplo, privilegios sobre el otorgamiento de beneficios a través de programas sociales o bien a través de la cooptación de sus líderes.

En esta perspectiva, el carácter libre de la consulta, máxime cuando las autoridades y las empresas utilizan medios de comunicación para generar campañas en favor del

proyecto, por un lado, y de desprestigio para los líderes comunitarios y asesores, por otro.

En lo que atañe al carácter informado de la consulta, la información otorgada muchas veces es contradictoria, carece de calidad, no es comprensible, llega tardíamente o no llega a las comunidades. En el caso de las comunidades mayas, se ha negado la posibilidad de que sean ellas mismas las que reciban la información básica para comprender las implicaciones de la siembra de organismos genéticamente modificados, o para que difundan la información sobre los riesgos subyacentes al proyecto.

En el caso del Acueducto, no hay estudios sobre la cantidad de agua que se trasvasará, ni de cuánta es la que quedará en la cuenca y, en esa medida, se ignora la magnitud de sus impactos sobre las tierras indígenas. Tampoco hay estudios sobre la calidad del agua, de la que se sabe está contaminada por salitre en tres de los ocho pueblos a ser consultados.

En el caso de la Consulta en Valles Centrales, durante toda la etapa informativa, las comunidades zapotecas solicitaron una serie de documentos e información que resulta fundamental para la toma de decisiones, sin embargo, mucha de la información no se entregó de manera escrita, no generaron material informativo culturalmente adecuado. Muchas veces se entregaba una sola copia, argumentando falta de recursos económicos, por lo que la información en todo momento fue insuficiente, así mismo, el lenguaje utilizado en las asambleas informativas no era accesible e incluyente pues dependía mucho del facilitador y no en todas las asambleas estuvo presente un intérprete o traductor, pues esa era una decisión de cada comunidad¹⁷⁷.

Así, cuando la información resulta demasiado técnica y se requiere traducirla e interpretarla, muchas veces se carece de los medios para hacerlo. No hay capacitación a los intérpretes sobre los temas técnicos que se abordan y, en definitiva, no existen condiciones para establecer un marco común de entendimiento sobre los proyectos y sus consecuencias. Lo anterior compromete la construcción de un marco intercultural para la discusión de los proyectos.

2.3.6 No existe claridad sobre las entidades responsables de la realización de los procesos de consulta

Muchas veces, la autoridad actúa de forma lenta, con falta de coordinación con las demás dependencias federales o sin atender requerimientos de información por parte de las comunidades consultadas¹⁷⁸. Es frecuente también que algunos funcionarios

177 Entrevista con Ana María García del Colectivo Oaxaqueño en Defensa de los Territorios.

178 Según el testimonio de Rodrigo Llanes, el SENASICA ha proporcionado información –incompleta, confusa y en ocasiones hasta contradictoria- sobre las muestras que se tomaron y los resultados que dieron positivo (de soya GM),

participen en las reuniones en calidad de juez y parte, pues tienen simultáneamente el carácter de autoridades responsables y también de autoridades demandadas dentro del proceso judicial. En el caso de la consulta maya, las comunidades han solicitado que personal con capacidad de representación de SENASICA, SAGARPA, CDI, CIBIOGEM, SEMARNAT, PROFEPA y PGR acuda a las sesiones. No se han admitido esas solicitudes, argumentando que no tienen capacidad legal para hacerlo.

En el caso de la Consulta en Valles Centrales de Oaxaca, la autoridad responsable del proceso de consulta es la CONAGUA, el Órgano técnico que brindará la asistencia técnica y metodológica para la implementación de la consulta, es la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. El proceso es también acompañado por Garantes¹⁷⁹, Observadores¹⁸⁰ y un Comité técnico asesor¹⁸¹. Sin embargo, la CONAGUA no cuenta con personal capacitado en derecho de los pueblos indígenas y la CDI se ha comportado como un observador más.

Para el caso del Acueducto Independencia es la SEMARNAT quien en un principio declaró que no había impactos ni sociales, ni culturales del emprendimiento sobre la Tribu Yaqui y se ha negado a presentar el estudio correspondiente, situación que por normatividad sería motivo para la suspensión del proyecto.

2.3.7 Omisión del Poder Judicial ante incumplimiento de sentencias que amparan la consulta previa

Es particularmente penoso para las comunidades que participan de los respectivos procesos, el hecho de que hayan invertido un número considerable de recursos y esfuerzos para obtener sentencias favorables. Aun así, las autoridades responsables de los procesos de consulta requeridos judicialmente han contravenido los parámetros constitucionales y de derechos humanos aplicables y el contenido de las propias sentencias dictadas, sin que la autoridad judicial haga un seguimiento, a modo de ejecución del fallo emitido. Más grave que el desgaste derivado del incumplimiento

así como los municipios en los que se tomaron las muestras, y el número de hectáreas de los predios en los que se tomaron. Sin embargo, a pesar de que los representantes de las comunidades han exigido saber en qué predios se siembra y cuáles han sido las sanciones a quienes siembran, SENASICA no ha brindado esa información.

179 Los garantes son la Secretaría de Gobernación del Poder Ejecutivo Federal (a través de la Subsecretaría de Derechos Humanos), Oficina en México de las Organizaciones de las Naciones Unidas (OACNUDH), Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) y la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca (DDHPO).

180 Se contempla también la participación de Observadores que estarán conformados por las organizaciones de la sociedad civil y defensores de derechos humanos, hasta ahora únicamente por el Colectivo Oaxaqueño en Defensa de los Territorios y Oxfam Internacional.

181 El Comité técnico asesor Instancia que deberá funcionar de manera interdisciplinaria y que puede aportar conocimiento, asesoría, metodología, información sustantiva, y análisis especializado al proceso de consulta. Integrado para la presente consulta, además de la autoridad responsable, el órgano técnico y el órgano garante, por la Comisión para el Diálogo con los Pueblos Indígenas de México (CDPIM), Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), Secretaría de Gobernación (SEGOB), Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (SAGARPA), Secretaría de Asuntos Indígenas de Oaxaca (SAI), Comisión Federal de Electricidad, Secretaría General de Gobierno del Poder Ejecutivo del Estado de Oaxaca (SEGEGO), Comisión Estatal del Agua (CEA) y el Comité Técnico de Aguas Subterráneas (COTAS) del Acuífero de Valles Centrales.

de sentencias judiciales tras años de procedimientos judiciales y décadas de resistencia al despojo de sus territorios, es que los proyectos no se suspenden, ya sea por omisión de la sentencia o por su incumplimiento.

3. CONCLUSIONES GENERALES RESPECTO DE LA UTILIDAD O NO DE LA ADOPCIÓN DE UNA LEY DE CONSULTA EN MÉXICO

La creciente judicialización de los procesos de consulta en México pone de manifiesto la ausencia de una política pública pautada en el respeto por los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y las tensiones sociales que ello genera. Ante la fallida implementación de los procesos de consulta en México, el movimiento indígena en general y los pueblos afectados por proyectos extractivos de manera particular, han rechazado la posibilidad de avanzar en la discusión de una Ley de Consulta Indígena. Lo anterior, pues se considera que una reglamentación general del derecho a la consulta, sin atenderse previamente otras demandas únicamente servirían para flexibilizar aún más la concesión de actividades económicas en sus territorios.

A partir del análisis comparado en torno a los procesos concluidos, en andamio y fallidos, de regulación de la consulta previa en América Latina, se desprende que Perú es el único país en donde la iniciativa de adopción de una ley de consulta fue impulsada desde las mismas organizaciones indígenas. En los demás países donde se han adoptado decretos generales, como es el caso de Chile, o en donde se han hecho intentos de discusión de un proyecto de Ley, como en Colombia, la apuesta por la adopción de una ley general proviene esencialmente del gobierno, muchas veces bajo concertación con diferentes frentes parlamentarios y con el apoyo del sector corporativo.

En el caso de Perú, la coyuntura política que conllevó al impulso del movimiento indígena hacia la adopción de una ley de consulta en septiembre de 2011 ya había variado de forma sustancial, al momento de discutirse el reglamento en abril de 2012. Además de las críticas a la representatividad de las organizaciones indígenas que participaron en las consultas en torno al reglamento, hay una posición casi unánime entre expertos y el movimiento indígena, en el sentido de que el reglamento restringe el alcance de la Ley, la cual, a su vez, es omisa sobre algunos temas, tales como las consultas legislativas.

Una tendencia bastante visible en los procesos llevados a cabo en otros países de la región tiene que ver con la resistencia de las autoridades estatales a incluir instrumentos internacionales más allá del Convenio 169 de la OIT. Dicha postura genera algunos problemas de orden jurídico-político. Si bien el convenio es el principal tratado internacional sobre la materia, no es su única fuente normativa. Asimismo, la omisión a la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas suele ser deliberada, en tanto dicho instrumento consagra el consentimiento de forma más detallada, además de otras garantías más acotadas en el Convenio 169 de la OIT. Otros instrumentos internacionales, tales como el Protocolo de Nagoya, también protegen de manera expresa el consentimiento indígena, pero no es mencionado como fuente normativa en las respectivas leyes o proyectos de ley en discusión en los países examinados en el presente estudio.

Si analizamos los fundamentos usualmente expresados por los técnicos de los diferentes sectores gubernamentales vinculados a la concesión de proyectos económicos y la posición eventualmente sostenida por los gremios empresariales, la adopción de una ley de consulta es casi siempre vinculada a la necesidad de perfeccionar los procedimientos administrativos y de brindar seguridad jurídica a las partes interesadas, incluyendo a los pueblos indígenas. Dicha coincidencia retórica, que resume la consulta previa a un proceso dirigido a perfeccionar la concesión de proyectos y asegurar la seguridad jurídica de los acuerdos suscritos por las respectivas partes es, casi siempre, incompatible con las expectativas de los pueblos y comunidades indígenas.

Tal como se ha indicado en el análisis de los tres ejemplos de procesos concretos de consulta en México, es un ejercicio desgastante y que profundiza la desconfianza de las comunidades el haber litigado judicialmente por varios años, obtenido sentencias favorables y, aun así, depararse con una actuación estatal enajenada de los dictámenes judiciales y de los parámetros constitucionales e internacionales aplicables. Si sumamos la frustración derivada de la manera como se vienen implementando los procesos de consulta en México a la desconfianza acumulada por siglos de discriminación y negación de derechos, parece ser predecible el contexto en el que se darían los diálogos con el Estado mexicano en torno a una eventual ley general sobre consulta.

“Los procesos de consulta examinados dan cuenta de que ‘es un proceso desgastante y que profundiza la desconfianza de las comunidades el haber litigado judicialmente por varios años’”

En esta línea, nos parece iluso diferir la discusión de fondo sobre la necesidad de una política estatal consistente con los derechos de los pueblos indígenas en México al momento de consultar un proyecto de ley sobre consulta y CPLI. Al respecto, la experiencia en Brasil nos enseña que las expectativas que puede generar un ejercicio de diálogo de esta dimensión pueden incluso agravar las tensiones entre el movimiento indígena y el Estado. En el referido país, era claro, desde un comienzo, que la principal demanda del movimiento indígena y quilombola era el saneamiento, demarcación y titulación de sus territorios. Sin embargo, mientras el gobierno promovía la reglamentación general de la consulta previa y convocaba a las organizaciones étnicas a entablar un diálogo, entidades del gobierno federal adoptaban medidas que dificultaban la demarcación de territorios indígenas y quilombolas. En consecuencia, el movimiento indígena se retiró de las mesas de negociación y el proceso de reglamentación se volvió política y socialmente inviable.

Por otro lado, la experiencia peruana ilustra las posibles consecuencias de un diseño normativo adoptado bajo el impulso del propio movimiento indígena, pero que

no estuvo acompañado de una política pública pautada en un genuino respeto por los derechos de los pueblos indígenas. A modo de ejemplo, poco tiempo después de la adopción de dicha ley, integrantes del gobierno de turno dieron declaraciones públicas desconociendo el carácter indígena de las comunidades ubicadas en la región andina. Si no bastara, muchos de los avances que se habían logrado a través de la Ley de Consulta Previa fueron restringidos y, en algunos casos, recortados a través del reglamento, adoptado por el Poder Ejecutivo. La cantidad de sentencias judiciales amparando el derecho a la consulta y CPLI en el Perú, así como la persistencia de conflictos sociales en zonas de interés minero, gasífero y petrolero en el país, da cuenta de que un marco legal general sobre consulta no es suficiente ni tampoco reemplaza la necesidad de que el Estado incorpore una política de relación horizontal con los pueblos indígenas.

Otra cuestión que ha suscitado cuestionamientos en los países donde la reglamentación de la consulta se encuentra en una etapa más avanzada tiene que ver con la limitación del proceso a una sola etapa. En el caso de los proyectos mineros y de hidrocarburos, por ejemplo, hay varias etapas: concesiones, exploración, EIA, explotación, cierre, etc. Existen una serie de actos administrativos que afectan a pueblos indígenas, por lo que la pregunta es ineludible, ¿cuál de todos ellos debe consultarse? ¿Se debe consultar cada uno de los actos administrativos que conllevan a posibles afectaciones? Bajo los estándares internacionales vigentes, se debe pensar la consulta no como un momento que se agota con una u otra decisión, sino como un proceso con varios momentos, pues esa es la naturaleza de los proyectos extractivos y de inversión.

Una cuestión adicional que debe ser considerada en la discusión en torno a la adopción a una ley de consulta tiene que ver con el hecho de que el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de la ONU y de la OEA sobre los derechos de los pueblos indígenas no se reducen a proteger el mencionado derecho. Hay una serie de garantías adicionales que, en general, no conforman las discusiones en las propuestas de ley en discusión o ya adoptadas en la región. Una de ellas es la garantía de compartir beneficios, la cual no se confunde con las compensaciones, derivadas de la restricción impuesta al derecho de propiedad territorial indígena. El derecho a compartir beneficios está expresamente consagrado en el art. 15.2 del Convenio 169 de la OIT, debiendo ser concretado al momento del proceso de consulta previa, en caso de que la comunidad acceda a la realización de un determinado proyecto de inversión. Debe distinguirse dicho derecho del pago de indemnización por daño, y del pago de servidumbre por derecho de paso dentro del territorio indígena. Se trata de conceptos y de montos independientes.

Adicionalmente, el art. 15.1 del Convenio 169 de la OIT consagra la participación de los pueblos indígenas en la gestión de proyectos de conservación de sus territorios y

bienes naturales que en ellos se encuentran. Dicha garantía no ha sido abordada de forma específica en los proyectos de ley de consulta en discusión ni en aquellos ya adoptados en la región.

Finalmente, un punto de discusión imprescindible tiene que ver con la definición de los actores involucrados en el proceso de consulta. Cabe destacar que dicha discusión no conlleva, necesariamente, a la existencia de una ley general, pudiendo más bien ser concretada a través de disposiciones sectoriales, tales como decretos o resoluciones ministeriales. En adición a la definición del órgano estatal responsable por el proceso de consulta, es necesario establecer claramente todas las entidades que interceden en el proceso, su rol y el alcance de sus competencias. Asimismo, es fundamental establecer cuáles entidades con mandato de protección de los derechos humanos, tales como las comisiones estatales, nacional, defensorías del pueblo u otras equiparables, deben participar del proceso; si su rol es meramente de veedores independientes o si pueden, además, presentar impugnaciones.

Cabe aquí reiterar que, para generar la institucionalidad estatal en materia de consulta y CPLI, no se requiere una ley o reglamento de consulta. Incluso en Perú, único país de la región que cuenta con ambos instrumentos, hay algunos aspectos relacionados a competencias de entidades que interceden en los procesos de consulta que están contemplados en normas sectoriales.

Desde el análisis comparado, se puede afirmar que no existe una fórmula única ni un modelo ideal de institucionalidad en materia de consulta y CPLI. Entre los modelos vigentes, solo Colombia cuenta con una entidad específica que dirige todos los procesos de consulta. Se trata de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, creada mediante Decreto 2893 del 2011. Lo positivo de este modelo es que resulta —en principio— más favorable a la aplicación de un enfoque especializado y a la rendición de cuentas, en la medida en que hay claridad en cuanto al órgano que está a cargo. Sin embargo, el principal aspecto negativo es que esta dirección actúa a petición de parte, y el proceso de consulta se inicia a solicitud del particular en el marco de la obtención del licenciamiento ambiental.

Entre los países examinados para la elaboración de este informe, Perú y Chile han encargado la realización de la consulta previa a la misma entidad estatal que adopta la medida. En el Perú, cada entidad estatal promotora de una medida legislativa o administrativa objeto de consulta es la responsable de ejecutar la consulta, mientras que el Viceministerio de Interculturalidad (VMI) del Ministerio de Cultura es el órgano técnico especializado en materia indígena que 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 u originarios, atender las dudas que surjan en cada proceso en particular,

entre otras establecidas en el artículo 19 de la Ley de Consulta. Este esquema parece favorecer el cumplimiento del deber de consulta dado que son todas las entidades públicas —y no solo una dirección concreta— las llamadas a cumplirlo por ley, aunque ello supone retos vinculados al desconocimiento o falta de aplicación de la normativa en determinados sectores. Otras dificultades prácticas están relacionadas con la definición de la «entidad promotora» y el entendimiento de los roles de las distintas instituciones involucradas. Se percibe con frecuencia que el VMI brinda apoyo técnico si se le solicita, pero cada entidad promotora decide si considera o no sus criterios, a pesar de que se trata del ente rector. 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.

Un aspecto en el que el Perú destaca es el desarrollo y aplicación, por parte del VMI, de un número significativo de instrumentos de gestión pública que favorecen la aplicación de la consulta previa. Entre ellos, se encuentran a) la Guía metodológica para la etapa de identificación de pueblos indígenas u originarios, b) la Guía metodológica para la facilitación de procesos de consulta previa, c) el Manual de orientaciones para la participación de los pueblos indígenas u originarios y d) varios materiales informativos y pedagógicos sobre consulta previa. Se reconoce, además, como un avance importante la creación del Registro de Intérpretes y Traductores, que cuenta actualmente con más de 130 intérpretes, quienes han seguido un proceso de capacitación para aportar en la comunicación entre los participantes en la consulta. Asimismo, según información del Ministerio de Cultura, cuenta con un sistema de seguimiento y monitoreo de los acuerdos arribados entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios.

Si bien no existe una manera ideal en la que debiera organizarse la entidad a cargo de la consulta, conforme a los desafíos identificados, es posible determinar los siguientes elementos mínimos:

- 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;
- 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 para capacitar a los funcionarios públicos en puestos clave para la aplicación efectiva del derecho a la consulta.

Un aspecto importante que debe ser considerado en las discusiones sobre la implementación del derecho a la consulta y CPLI a través de un acto normativo general es la posición de las propias organizaciones, pueblos y comunidades indígenas. Tal como ha sido explicado, en Perú ha sido el movimiento indígena, articulado a través de un Pacto de Unidad, el que demandó la adopción de una ley de consulta, sobre todo después de los hechos de violencia conocidos como “El Baguazo”, en junio de 2009, el cual fue antecedido de varios decretos inconsultos del Poder Ejecutivo, dirigidos a flexibilizar la concesión de proyectos de inversión en territorios indígenas, particularmente amazónicos. En el caso de Costa Rica, además de haber existido un diálogo constante y consensuado entre las organizaciones indígenas y el gobierno desde las primeras etapas de redacción del Decreto Ejecutivo 40932-MP-M, el país presenta una coyuntura particular que no se replica en otros países de la región. Entre otras, destacamos el hecho de que las comunidades indígenas son más homogéneas y con una población menos numerosa que en otros países de la región y, sobre todo, que las salvaguardias ambientales son más rigurosas, a tal punto que existe una moratoria para la minería metálica a cielo abierto en el país. Por otro lado, no existe explotación minera o petrolera dentro de territorios indígenas en Costa Rica actualmente. Desde luego, al contar con una política de desarrollo menos dependiente de la extracción a gran escala de recursos naturales y al imponer salvaguardias socioambientales más exigentes, las discusiones entre el Estado y pueblos indígenas, sobre la implementación de la consulta y CPLI no presentan el mismo grado de tensiones que en otros países de América Latina.

Por ende, dada la intención manifiesta de varios frentes políticos y corporativos por la adopción de un marco legal general sobre la consulta previa en México, se recomienda que los procesos de discusión y deliberación tomen en cuenta los siguientes elementos:

1. A diferencia de otros ámbitos de los derechos humanos, en donde es posible aplicar protocolos universales (v.g. Protocolo de Estambul, con relación a la investigación, certificación y rehabilitación del delito de tortura; o las Reglas de Tokio, con relación al tratamiento exigidos a las personas privadas de la libertad), en el caso de la consulta y CPLI es

imposible generalizar la forma de actuación estatal. Lo anterior, debido a que el tipo de impacto varían sustancialmente de acuerdo con el tipo de actividad económica o decisión estatal que debe ser consultada. Por otro lado, no es posible imponer los mismos tiempos, condiciones y procedimientos a todas las comunidades indígenas, en tanto no comparten las mismas formas de toma de decisión, cosmovisión e instituciones jurídico-políticas.

2. La existencia de ciertas disposiciones legales tiende a aclarar aspectos fundamentales de la actuación estatal en los procesos de consulta, tales como los ministerios y secretarías intervinientes; presupuesto asignado; rol de instituciones nacionales de derechos humanos, ministerios, secretarías y direcciones con mandato de protección de los derechos de los pueblos indígenas, entre otros. Sin embargo, la adopción de leyes generales o reglamentos no son la única forma de implementar la consulta y CPLI.
3. Bajo los estándares internacionales y del derecho constitucional comparado, la consulta y CPLI es un derecho autoejecutable. Es decir, no requiere reglamentación legal específica a través de ley para que surta efectos inmediatos y sea implementado por las autoridades estatales.
4. Algunos aspectos de los proyectos de ley en discusión en los países de la región ya se encuentran normados en tratados, declaraciones, jurisprudencia de cortes constitucionales y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en pronunciamientos de otros órganos supranacionales de derechos humanos.
5. Varias organizaciones y pueblos indígenas en la región han manifestado su preferencia por otros mecanismos de implementación de la consulta y CPLI, tales como los protocolos comunitarios y la aplicación directa de los estándares constitucionales e internacionales vigentes.
6. La adopción de leyes específicas es un ejercicio inocuo si los gobiernos no asumen políticas públicas de franco respeto por los derechos de los pueblos indígenas. En esta línea, si la seguridad jurídica es uno de los ejes de la discusión en torno a la adopción de una ley de consulta en México, no se debe perder de vista la demanda de los pueblos indígenas del país para que sus territorios sean debidamente demarcados, titulados y respetados tanto por los Estados como por las empresas inversionistas. La seguridad jurídica de los pueblos indígenas sobre sus territorios es esencial para la eficacia de cualquier proceso de consulta.

7. Antes de iniciar una discusión legislativa sobre las posibilidades de aprobación de una Ley de Consulta Indígena en México, es fundamental evaluar los procesos de consulta que se vienen ejecutando, ya sean que hayan surgido por mandato judicial o que se realicen en aplicación de la llamada reforma energética, sin esta evaluación, se está en el riesgo de seguir cometiendo los mismos errores y equívocos que se han explicado en el presente análisis.
8. Finalmente, cualquier iniciativa de implementación normativa de la consulta y CPLI debe partir de los verdaderos titulares de dicho derecho fundamental. La imposición vertical de una ley o, incluso, de la deliberación en torno a iniciativas de una ley general sobre consulta y CPLI conlleva, invariablemente, al fracaso del proceso y agrava las distensiones en la relación entre pueblos indígenas y el Estado.

La presente publicación ha sido elaborada con el apoyo financiero de la Unión Europea. Su contenido es responsabilidad exclusiva de quien lo pública y no necesariamente refleja los puntos de vista de la Unión Europea. México, octubre 2018. Esta publicación está sujeta a copyright pero el texto puede ser utilizado libremente para la incidencia política y campañas, así como en el ámbito de la educación y de la investigación, siempre y cuando se indique la fuente de forma completa. El titular del copyright solicita que cualquier uso de su obra le sea comunicado con el objeto de evaluar su impacto. La reproducción del texto en otras circunstancias, o su uso en otras publicaciones, así como en traducciones o adaptaciones, podrá hacerse después de haber obtenido permiso y puede requerir el pago de una tasa. Debe ponerse en contacto con contacto@oxfamMexico.org



Fundación
para el Debido
Proceso



Financiado por la
Unión Europea

Material realizado con el apoyo de la Unión Europea. Su contenido es responsabilidad exclusiva de quien lo pública y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea.