

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

JUZGADO PRIMERO DE DISTRITO EN EL ESTADO DE GUERRERO

Caso San Miguel del Progreso
AMPARO INDIRECTO No. 429/2016

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”

INSTITUCIONES QUE PRESENTAN EL AMICUS

Due Process of Law Foundation

Human Rights Research and Education Centre, Universidad de Ottawa

Center for International Environmental Law

Ottawa y Washington, D.C.

11 de noviembre de 2016.

Centre
de recherche
et d'enseignement
sur les droits
de la personne



Human Rights
Research
and
Education
Centre

DPLf Due Process
of Law
Foundation

CIEL

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

Información de las Instituciones firmantes del Amicus

Clínica de Derechos Humanos - Human Rights Research and Education Centre, Universidad de Ottawa

La Clínica de Derechos Humanos es una iniciativa del Human Rights Research and Education Centre de la Universidad de Ottawa que, mediante una aproximación interdisciplinaria, procura: (i) fortalecer la protección de los derechos humanos a través de la investigación, capacitación y asistencia técnica respecto a la implementación de los estándares de derechos humanos; (ii) fomentar el desarrollo de capacidades y prestar recomendaciones para que las políticas públicas tengan un enfoque de derechos humanos; y (iii) promover el estudio sobre los derechos humanos en Canadá.

Página Web: <http://cdp-hrc.uottawa.ca/>

Información de contacto:

Salvador Herencia Carrasco

Director- Clínica de Derechos Humanos

Human Rights Research and Education Centre, Universidad de Ottawa

Correo electrónico: shere045@uottawa.ca

Fundación para el Debido Proceso / Due Process of Law Foundation (DPLF)

DPLF es una organización no gubernamental con sede en Washington, D.C., dedicada a promover el Estado de Derecho y los derechos humanos en América Latina mediante la investigación aplicada, las alianzas estratégicas con actores de la región y actividades de cabildeo. La finalidad de nuestro trabajo es lograr un pleno respeto del Estado de Derecho y de los derechos humanos, bajo el marco de referencia de las normas y los estándares internacionales

Página Web: www.dplf.org

Información de contacto:

Daniel Cerqueira

Oficial de Programa Sénior

Due Process of Law Foundation

Correo electrónico: dcerqueira@dplf.org

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

Centro para el Derecho Internacional Ambiental / Center for International Environmental Law (CIEL)

CIEL es una organización de interés público sin fines de lucro dedicada a proteger el ambiente, promover los derechos humanos y construir una sociedad justa y sustentable. El trabajo de CIEL se concentra en la gestión y la investigación jurídica, así como la educación, incidencia política y capacitación, con la finalidad de conectar los desafíos mundiales con experiencias comunitarias. Construimos y mantenemos alianzas duraderas con comunidades y organizaciones sin fines de lucro alrededor del mundo. CIEL tiene su sede en Washington, D.C. y oficinas en Ginebra, Suiza.

Información de contacto:

Carla García Zendejas

Directora, Programa Pueblos, Tierra y Recursos del Center for International Environmental Law

Correo electrónico: cgarcia@ciel.org

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

Tabla de Contenidos

| Sección | Página |
|--|-----------|
| Resumen Ejecutivo | 6 |
| Resumen de los Hechos del Caso | 8 |
| Primera Parte: Los Estándares Internacionales de la Consulta Previa en el Sistema de Naciones Unidas y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos | 12 |
| 1 Introducción | 12 |
| 2 Los Estados Unidos Mexicanos y el Derecho Internacional de los Derechos de los Pueblos Indígenas | 13 |
| 3 La Consulta Previa en el Sistema de las Naciones Unidas | 14 |
| 3.1 Referencias a la Consulta Previa por Comités de Derechos Humanos de la ONU | 17 |
| 4 La Consulta Previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos | 19 |
| 4.1 La identificación de los pueblos indígenas y su condición de sujeto colectivo de derechos | 19 |
| 4.2 Derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales | 21 |
| 4.3 Garantías específicas establecidas en el Sistema Interamericano frente a decisiones que afecten a los pueblos indígenas o sus territorios ancestrales | 26 |
| 4.4 El derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas | 28 |

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

| Sección | Página |
|---|---------------|
| Segunda Parte: Experiencias Nacionales en el Reconocimiento y Aplicación del Derecho a la Consulta Previa | 33 |
| 5 Colombia y la Consulta Previa: desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional. | 33 |
| 5.1 Los estándares del derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional | 35 |
| 6 El Perú y la Consulta Previa: Desarrollo legislativo y jurisprudencial | 39 |
| 6.1 El Perú y la Consulta Previa: Desarrollo legislativo y jurisprudencial | 39 |
| 6.2 El desarrollo normativo del derecho a la Consulta Previa en el Perú | 41 |
| 6.3 desarrollo jurisprudencial del derecho a la Consulta Previa en el Perú | 43 |
| 6.4 El desarrollo normativo de la obligación del Estado de obtener el consentimiento en determinados casos | 45 |
| 7 La Consulta Previa en Canadá: el deber de consulta y la negociación entre el Gobierno con los pueblos Aborígenes de Canadá | 48 |
| 8 El caso africano: una mirada a las experiencias de consulta previa | 49 |
| 9 Australia y Nueva Zelanda: Legislación sobre consulta y reconocimiento del derecho al veto para casos excepcionales | 51 |
| 10 Conclusiones | 53 |

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

Resumen Ejecutivo

El *amicus curiae* que se presenta ante el Juzgado Primero del Vigésimo Primer Circuito en el estado de Guerrero, México, tiene como propósito contribuir a la decisión del amparo indirecto 429/2016. Este amparo se refiere a la emisión de la Declaratoria de Libertad de Terreno por parte de la Secretaría de Economía con el fin de que particulares obtengan concesiones de licencias para la exploración y explotación de recursos naturales en el territorio de la comunidad indígena de San Miguel del Progreso, sin haber realizado un proceso de consulta previa, libre e informada, afectando igualmente su derecho a la protección de su territorio.

El informe identifica los estándares internacionales y comparados sobre la consulta previa. Su primer capítulo se centra en el desarrollo de este derecho por parte de las Naciones Unidas para luego analizar los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La segunda parte analiza las prácticas más relevantes de protección del derecho a la consulta previa en África, Australia, Canadá, Colombia, Nueva Zelanda y Perú. En estos casos, se puede identificar que el desarrollo del derecho a la consulta previa puede ser tanto por vía legislativa como por vía jurisprudencial, pero que de ninguna manera esta es una precondition para que un Estado cumpla con sus obligaciones internacionales para satisfacer el ejercicio de este derecho. Tanto el Convenio No. 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen el marco necesario para su protección, goce y ejercicio.

El estudio de los estándares internacionales y del derecho comparado nos lleva a las siguientes conclusiones. En primer lugar, la consulta es un derecho humano internacionalmente reconocido con rango y protección constitucional. Por lo tanto, su ejercicio no puede estar limitado o circunscrito a normas procedimentales o administrativas.

En segundo lugar, la doctrina y jurisprudencia han reconocido que cualquier consulta debe ser realizada de forma previa, libre e informada. Estos tres elementos conforman el núcleo esencial del derecho a la consulta, cada una con características y requisitos propios que el Estado debe asegurar.

En tercer lugar, si bien el Estado puede adoptar los medios necesarios para la realización de un proceso de consulta, esta debe permitir que los pueblos indígenas comprendan las implicaciones que una medida administrativa o legislativa pueda tener sobre su comunidad, territorio o cultura.

El Juzgado Primero de Distrito del estado de Guerrero tiene una oportunidad de garantizar la vigencia de los derechos a la consulta previa, a la propiedad colectiva

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

sobre el territorio y los bienes naturales de la comunidad de San Miguel del Progreso. Dado que el presente caso trata de la explotación y exploración de recursos naturales el territorio de pueblos indígenas, la protección del derecho a la consulta implica que el Estado debe adoptar mecanismos para que la necesidad de desarrollo no vaya en desmedro del reconocimiento y protección de los derechos humanos.

Resumen de los Hechos del Caso

La comunidad San Miguel del Progreso es una comunidad indígena Me'phaa (Tlapaneca), integrada por alrededor de 3,800 habitantes y ubicada dentro del Municipio de Malinaltepec, Guerrero, dentro de la región Montaña. La comunidad indígena está legalmente reconocida bajo la figura de los Bienes Comunales por el Estado Mexicano.

En los últimos años, el Gobierno Federal ha entregado concesiones mineras de aproximadamente 200,000 hectáreas en la Región, sin haber consultado con comunidades propietarias de las tierras. Como resultado de este hecho, diecisiete comunidades decidieron no dar su anuencia a la realización de actividades de exploración y explotación minera, formalizando dicha decisión en actas de asambleas agrarias o por usos y costumbre. La comunidad de San Miguel Del Progreso adoptó esta decisión el 17 de abril de 2011, quedando registrado ante el Registro Agrario Nacional (RAN), el 13 de septiembre de 2012.

Posteriormente, representantes de la comunidad formularon solicitudes a la Secretaría de Economía para obtener información precisa sobre las concesiones que afectaban el territorio de la comunidad. Mediante oficio fechado el 25 de junio de 2013, el Secretario Técnico del Comité de Información de la Secretaría de Economía refirió la siguiente información sobre San Miguel del Progreso: “[...] Se ubica parcialmente sobre las concesiones mineras Reducción Norte de Corazón Tinieblas (título 232560) y Corazón de Tinieblas (título 237861) [...]”, otorgadas a la empresa Minera Hochschild México S.A. de C.V.

Derivado de esta respuesta, el 15 de julio de 2013 la comunidad de San Miguel del Progreso interpuso una demanda de amparo que quedó radicada en el Juzgado Primero de Distrito del Estado de Guerrero, bajo el número de expediente 1131/2013.

Los actos reclamados en dicha demanda fueron: 1) el otorgamiento de las dos concesiones mineras sin que se respetaran ni garantizaran los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, especialmente su derecho a la consulta previa, libre e informada; y 2) la expedición de la Ley Minera, por la transgresión en diversas disposiciones de este instrumento jurídico de los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos tanto en la Constitución mexicana y en los tratados internacionales. Con este recurso jurídico se buscaba que la Justicia Federal además de reconocer la vulneración ocasionada con dichas concesiones analizara si las disposiciones de la Ley Minera son constitucionales y compatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos y con el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

El 6 de febrero de 2014, el Juzgado Primero de Distrito dictó sentencia dentro del Juicio de Amparo 1131/2013. En ella, se otorgó el amparo y la protección de la Justicia de la Unión a la comunidad; no obstante, el Juez de Distrito no realizó un análisis de los argumentos vertidos sobre la inconstitucionalidad e inconveniencia de la Ley Minera, por lo que se solicitó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) reasumiera su competencia originaria para conocer del amparo en revisión.

Fue así que el 11 de febrero de 2015, la Primera Sala de la SCJN decidió reasumir su competencia originaria dando origen al expediente número 393/2015, mismo que fue remitido a la ponencia de la Ministra Olga Sánchez Cordero, señalando que el caso revestía trascendencia e interés al estar relacionado con la constitucionalidad de diversos artículos de la Ley Minera y sus posibles actos de aplicación que pudieran afectar los derechos de comunidades indígenas así como por ser un caso que podría sentar precedentes respecto a la debida interpretación del artículo 2º constitucional y al cúmulo de derechos diferenciados para los pueblos, comunidades y personas indígenas.

Tal decisión de la SCJN causaría gran preocupación en el gobierno mexicano y en la industria minera, pues ante una clara intención porque la SCJN no otorgara el amparo a San Miguel del Progreso ni entrara al estudio de la constitucionalidad e inconveniencia de la Ley Minera, primero, la Cámara Minera de México presentó un Amicus Curie¹ en el que solicitaba que se negara el amparo bajo el argumento que no había “susceptibilidad de afectación potencial o real de los derechos de los pueblos o comunidades indígenas”, señalando incluso que “en caso de que fuera necesaria la consulta, ello no conlleva a la inconstitucionalidad de la ley, ya que a través del efecto directo y útil de los tratados, el Estado Mexicano debe cumplir sus obligaciones internacionales con independencia que haya armonizado o adoptado medidas legislativas para replicar sus obligaciones internacional en la normativa interna.” Con el mismo objetivo, la Cámara equiparaba en su documento el derecho a la consulta previa, a un derecho de audiencia.

Posteriormente, el 9 de septiembre de 2015, la Secretaría de Economía (SE) informaría, a la Primera Sala de la SCJN que las concesiones mineras “Corazón de Tinieblas” y “Reducción Norte de Corazón de Tinieblas” habían sido canceladas a partir del 22 de julio de 2015 y 3 de septiembre de 2015, respectivamente, por lo que la SE solicitaba el sobreseimiento del amparo en revisión, al no existir ya el acto reclamado que había dado pie a la demanda de amparo.

En este marco, el 24 de noviembre de 2015, la SE publicó en el Diario Oficial de la Federación la declaratoria de libertad 02/2015, en el que se daba cuenta que las concesiones “Corazón de Tinieblas” y “Reducción Norte de Corazón de Tinieblas”

¹ Titulado como “Estudio sobre el Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos y Comunidades Indígenas y su problemática en torno a las concesiones mineras”

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

quedaban canceladas; sin embargo, en dicha declaratoria también se estableció que a los treinta días de la publicación de la misma los terrenos que amparaban las concesiones quedarían libres con el fin de que el terreno o parte de él pudiera ser solicitado por cualquier empresa interesada, ofertándose de nueva cuenta el territorio de la comunidad con plena vulneración a sus derechos.

Ante estos hechos, la comunidad solicitó a la SCJN que no sobreseyera el amparo en revisión y que entrara al estudio de la Ley Minera, ya que a pesar de que las concesiones hubieran sido canceladas, éstas continuaban generando afectaciones a la comunidad debido a que esta declaratoria se había derivado de dichas concesiones; por lo que en caso de no entrar en su estudio se les dejaría en un estado de total desprotección.

El 25 de mayo de 2016, la Primera Sala bajo la ponencia de la Ministra Norma Lucía Piña Hernández decidió sobreseer el amparo en revisión, a pesar de los argumentos vertidos por la comunidad. Esto, al considerar que al haberse cancelado las concesiones no había actos de los que se adoleciera la comunidad y que por lo tanto ya no existía materia de discusión; dejando pasar la oportunidad histórica de establecer criterios sobre la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y para discutir la constitucionalidad y convencionalidad de la Ley Minera, instrumento principal que legaliza el despojo y saqueo de los territorios indígenas.

Ante la inminente afectación a sus derechos colectivos a raíz de la Declaratoria de Libertad de Terreno 02/2015, la comunidad interpuso un amparo contra la misma, el cual fue admitido el 11 de diciembre del 2015 por el Juzgado Séptimo de Distrito del Estado de Guerrero, otorgándose en el mismo la suspensión de plano del acto reclamado a favor de la comunidad indígena; con lo cual se impedía que la Secretaria de Economía otorgara en concesión los lotes que amparaban las concesiones que habían sido cancelados, hasta en tanto no se resolviera el fondo del juicio.

Por conocimiento previo, se remitió el amparo al Juzgado Primero de Distrito quedando radicado bajo el número 429/2016, encontrándose hasta el momento en trámite. En la demanda de amparo, la comunidad señala que la emisión de la Declaratoria de Libertad de Terreno viola su derecho colectivo a la Consulta, así como su derecho a la propiedad territorial indígena y a la protección integral de las tierras indígenas, todos ellos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

Las autoridades señaladas como responsables han rendido sus informes justificados señalando que a la comunidad quejosa no le es aplicable la Parte III del Convenio 169 de la OIT, en tanto que no demuestran que su territorio y la vinculación que mantienen con éste se vea afectado con la expedición de la

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

Declaratoria de Libertad de Terreno, y argumentan que dicha acreditación es indispensable para que les sea aplicada la protección del tratado internacional. Asimismo, han sostenido que hasta el momento el territorio de la comunidad quejosa no ha sufrido alguna alteración o modificación.

Además argumentan que el derecho a la consulta no necesariamente trae aparejado el consentimiento; y que este puede hacerse exigible solamente en el caso de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio, situación que difiere de la actividad minera, por considerar a ésta una actividad de utilidad pública.

Del mismo modo, las autoridades responsables han señalado que el derecho a la tierra no abarca derecho alguno sobre los minerales, el cual sólo puede ser otorgado exclusivamente por el Estado a través de concesiones, refiriendo que la única propiedad que podría verse afectada es la del Estado y no así la propiedad de la comunidad.

En este contexto, el 8 de junio de 2016 la Jueza de Distrito encargada del amparo 429/2016 ordenó de oficio el desahogo de la pericial en materia de antropología, con el fin de contar con mayores elementos sobre la conformación, organización social, económica, cultural y política de la comunidad quejosa, y de la forma en que ocupa el territorio que abarca los lotes declarados libres, el vínculo espiritual con su territorio y las implicaciones que conlleva la Declaratoria de Terreno.

La Comunidad de San Miguel del Progreso ha aportado sus alegatos y se encuentra en espera de que la Jueza Primero de Distrito evalúe a detalle los antecedentes del amparo en cuestión.

Primera Parte
Los Estándares Internacionales de la Consulta Previa en el Sistema de Naciones Unidas y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

1. Introducción

El propósito del *amicus curiae* es contribuir al caso relacionado con el amparo interpuesto por la Comunidad de San Miguel del Progreso, ubicada en el Municipio de Malinaltepec, Guerrero, radicado bajo el expediente de 429/2016 ante el Juzgado Primero de Distrito del Vigésimo Primer Circuito en el Estado de Guerrero.

La Jueza Primero de Distrito deberá resolver sobre el contenido y la aplicación del derecho a la consulta previa, libre e informada en México. De esa forma, las instituciones firmantes remiten este amicus con el fin de dar luces sobre el tema, el cual es fundamental para el avance y desarrollo de los derechos humanos en México.

La decisión que el Juzgado Primero de Distrito adopte en este caso puede contribuir a que se mantengan los más altos estándares de protección de los derechos colectivos de la comunidad indígena quejosa. Sobre este particular, el Juzgado Primero de Distrito podrá determinar la nulidad de la emisión de la Declaratoria de Libertad de Terreno por el hecho de que la Secretaría de Economía no realizó una consulta previa con la comunidad de San Miguel del Progreso, derecho reconocidos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales de derechos humanos, especialmente el Convenio No. 169 de la OIT y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El amicus analizará en primer lugar los estándares internacionales establecidos por las Naciones Unidas y el Sistema Interamericano, para posteriormente presentar experiencias comparadas en Colombia, Perú, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y varios países africanos en torno a la protección de este derecho. Como se verá en el informe, independientemente de la región o de la tradición jurídica, existe un reconocimiento de la consulta previa como un derecho humano. Los Estados difieren en la forma cómo se hace efectivo el derecho pero se puede constatar la importancia del Poder Judicial en interpretar e incorporar estos estándares internacionales en su ámbito interno.

2. Los Estados Unidos Mexicanos y el Derecho Internacional de los Derechos de los Pueblos Indígenas

El primer aspecto que se debe tener en cuenta es que los Estados Unidos Mexicanos, como Estado Parte² del *Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* (en adelante, “Convenio 169 de la OIT”)³ y firmante de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*⁴, tiene la obligación de cumplir las obligaciones internacionales de buena fe, respetando el objeto y propósito del tratado⁵, de acuerdo a lo establecido en la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*⁶.

Considerando que estas normas de derechos humanos tienen un carácter auto-ejecutorio, la no existencia de un marco legislativo u administrativo no es una limitante para el goce, garantía y protección en su ejercicio. La principal norma con respecto a la consulta previa es el Art. 6 del Convenio 169 de la OIT, el cual establece lo siguiente⁷:

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

(a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

(b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

(c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

² México ratificó el Convenio 169 de la OIT el 5 septiembre 1990. Ver: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102764

³ *Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, adoptado en la 76ª sesión de la Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo el 27 de junio de 1989 (fecha de entrada en vigor: 5 de septiembre de 1991).

⁴ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas*, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas No. 61/295 del 13 de septiembre de 2007.

⁵ Ver: Oliver Örr & Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Berlin: Springer, 2011).

⁶ *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331 del 23 de mayo de 1969 (fecha de entrada en vigor: 27 de enero de 1980), Art. 31.

⁷ *Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Art. 6.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

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

Esta disposición ha sido reiterada por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, al establecer la aplicación de la consulta previa relativas a medidas legislativas y administrativas⁸, el uso de su territorio para medidas militares⁹ y actividades económicas¹⁰:

Artículo 32

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo

3. La Consulta Previa en el Sistema de las Naciones Unidas

En el caso de las Naciones Unidas (en adelante, “ONU”) la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es el instrumento que sistematiza una serie de prácticas y resoluciones de órganos especializados de la ONU. Los diversos Comités, así como el Foro Permanente de Asuntos Indígenas han establecido estándares para la protección y cumplimiento de la consulta previa. En este marco, la labor de la *Relatoría Especial de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*¹¹ ha sido importante para analizar el contenido de la consulta y las obligaciones de Estado, como actor responsable del cumplimiento de este derecho.

El derecho a la consulta previa se deriva del derecho de los pueblos indígenas a la auto-determinación¹². Este derecho requiere que los Estados consulten con los pueblos indígenas las decisiones que pueden afectarlos. Esto incluye el desarrollo de actividades económicas en sus territorios y la consulta de medidas administrativas y legislativas.

⁸ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas*, Art. 19.

⁹ *Ibíd.*, Art. 30.

¹⁰ *Ibíd.*, Art. 32.

^p Página Oficial disponible en:

<http://www.ohchr.org/SP/Issues/PueblosIndigenas/SRIIndigenousPeoples/Paginas/SRIPeoplesIndex.aspx>

¹² Ver: Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo, “Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas” (Nueva York, Naciones Unidas: 2009), pg. 14.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

En el ámbito de la ONU, no existe una lista taxativa de medidas que pueden ser sometidos a consulta, pues tal como lo planteó el ex-Relator, James Anaya, “(...) el deber de celebrar consultas con [los pueblos indígenas] se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales”¹³.

Tanto la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas como el Art. 6 del Convenio 169 de la OIT, determinan que la consulta deber ser realizada por medios idóneos, de buena fe y con instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales. Esto significa que la consulta debe ser realizada de tal forma que permita una plena participación de las partes involucradas, con el fin de buscar una solución idónea para el tema en cuestión¹⁴. En este sentido, es un deber del Estado respetar y adecuarse a las formas que tienen los pueblos indígenas para realizar un proceso de consulta¹⁵. Adicionalmente, deben ser los pueblos indígenas los que libremente definan el nivel del impacto que la actividad tendrá sobre ellos. Para que una consulta sea efectiva, el pueblo indígena debe tener la oportunidad de influenciar la decisión a ser tomada, por lo que la consulta debe ser representativa y realizarse con el debido tiempo de antelación.

A su vez, los procesos de consulta deben llevar a decisiones libres e informadas. En la práctica, esto implica que es una obligación del Estado proveer toda la información necesaria sobre la actividad, medida administrativa o legislativa a ser consultada. En este caso, el Estado tiene que proveer la información de una forma que los pueblos indígenas puedan comprender la medida y tengan la posibilidad de formular preguntas durante el desarrollo de la consulta¹⁶. En el caso que existan cambios al proyecto o propuesta original, estos deben ser informados a los pueblos indígenas.

La consulta previa es un derecho humano de los pueblos indígenas reconocido por la ONU, cuyo contenido ha sido progresivamente desarrollado para incluir los elementos libres e informados, lo cual ha sido consolidado en el Art. 19 de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas. Su propósito es asegurar que los pueblos indígenas tengan todos los elementos que les permita adoptar la decisión que consideren mejor para sus intereses.

La ONU ha identificado los siguientes principios para que un proceso de consulta pueda realizarse con pleno respeto a los estándares internacionales de derechos

¹³ Anaya, James. “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas” (2009) Human Rights Council 12th Sess /HRC/12/34 at para. 44.

¹⁴ Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo, “Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas” pg. 33.

¹⁵ *Ibíd.*, pg. 30.

¹⁶ Anaya, “Report of the Special Rapporteur 2009”, *Ibíd.*, at 18.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

humanos: (i) universalidad, inalienabilidad e indivisibilidad; (ii) interdependencia e interrelación; (iii) no discriminación e igualdad; (iv) participación e inclusión; y (v) rendición de cuentas y estado de derecho¹⁷.

La consulta previa libre e informada puede ser definidos como “el derecho colectivo de los pueblos indígenas a participar en el proceso de toma de decisión para dar o no su consentimiento sobre actividades que afectan sus tierras, territorios, recursos o derechos en general”¹⁸. Esto implica que la consulta debe ser:

- Libre: sin coerción, intimidación o manipulación¹⁹;
- Previa: consentimiento deber ser conseguido con antelación a la actividad siendo objeto de la consulta²⁰.
- Buena fe: comprende no solo la consulta sino todo el proceso y el acceso a la información por parte del pueblo indígena consultado²¹.

En este contexto, uno de los elementos de debate es la determinación si es obligatorio obtener el consentimiento de los pueblos indígenas para que un proyecto o medida pueda ser implementado. Como regla general, la consulta no implica que los pueblos indígenas tengan un poder de veto pero establece el consentimiento como el objeto de las consultas²². Esto va en concordancia con el Convenio 169 de la OIT²³.

Sin embargo, cómo se verá más adelante, tanto la Relatoría de la ONU sobre Pueblos Indígenas como la Corte IDH²⁴, han identificado situaciones específicas en las que un proyecto o medida debe contar con el consentimiento de los pueblos indígenas. En el caso de la ONU, el ex-Relator James Anaya ha establecido que:

“47. (...) La Declaración reconoce dos situaciones en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que las consultas tengan por finalidad procurar el consentimiento. Esas situaciones incluyen el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras

¹⁷ Ver: Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo, “Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas” pp. 27-28.

¹⁸ IBIS Denmark, Guidelines for Implementing the Right of Indigenous Peoples to Free, Prior and Informed Consent (Bolivia, IBIS, 2013), p. 11.

¹⁹ *Ibid* at 30.

²⁰ *Ibid* at 35.

²¹ *Ibid* at 40.

²² Anaya, “Report of the Special Rapporteur 2009”, *Ibid* at 16.

²³ Hanna, Philippe & Frank Vanclay. “Human rights, Indigenous peoples and the concept of Free, Prior and Informed Consent” (2013) 31:2 Impact Assessment Project Appraisal 146 at 150 [Hanna].

²⁴ Ver: *Case of the Saramaka People v. Suriname*, Inter-American Court of Human Rights, Judgment of November 28, 2007 [*Saramaka*].

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas²⁵.

La Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas establece que en casos relativos con el traslado del pueblo indígena de su territorio ancestral²⁶, el almacenamiento o eliminación de desechos tóxicos en sus territorios²⁷ y la realización de actividades militares en su territorio²⁸, se debe obtener (y no procurar) el consentimiento.

3.1 Algunas referencias a la Consulta Previa por Comités de Derechos Humanos de la ONU

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial publicó en su informe final sobre México de 2012²⁹ que la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas no ha realizado procesos de consultas previas, libres e informadas, lo que ha llevado a conflictos por licencias de explotación de recursos naturales. En este sentido, el Comité recomendó a México que³⁰:

17. a) Se asegure de que se están llevando a cabo consultas efectivas en cada etapa del proceso con las comunidades que puedan verse afectadas por proyectos de desarrollo y explotación de recursos naturales con el objetivo de obtener su consentimiento libre, previo e informado, particularmente en los casos de explotación minera. Recomienda también que se haga lo posible por acelerar el proceso de adopción de una ley en la materia, recordándole al Estado parte que la ausencia de reglamentación del Convenio N.º 169 (...) no es impedimento para que se lleven a cabo procesos de consulta previa;
- b) Recomienda que se intensifiquen las mesas de diálogo donde representantes gubernamentales participen activamente en diferentes espacios de interlocución con los pueblos indígenas, garantizando que en las mismas se produzcan acuerdos concretos, viables y verificables, que sean efectivamente implementados (...);
- c) En los casos excepcionales en que se considere necesario el traslado y el reasentamiento de los pueblos indígenas, recomienda que el Estado parte vele por el respeto de las disposiciones recogidas en estándares internacionales para llevar a cabo dichos traslados. En este sentido, solicita al Estado parte que incluya información en su próximo informe periódico sobre pueblos indígenas y tenencia de la tierra, particularmente en los casos donde se busca explotar los recursos naturales en ellas.

²⁵ Anaya, “Report of the Special Rapporteur 2009”, para. 47.

²⁶ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas*, Art. 10.

²⁷ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas*, Art. 29(2).

²⁸ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas*, Art. 30(1).

²⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial- México*, CERD/C/MEX/CO/16-17 de 4 de abril de 2012, para. 17.

³⁰ *Ibíd.*

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

En el segundo Examen Periódico Universal organizado por el Consejo de Derechos Humanos³¹, los Estados participantes recomendaron a México³²:

148.166 Garantizar que se celebren consultas plenas y efectivas con los pueblos indígenas sobre las políticas y proyectos económicos y de desarrollo que les afecten;

148.169 Alentar una mayor participación de los pueblos indígenas mediante la formulación de una ley que regule el derecho a la consulta previa; y

148.171 Garantizar que se celebren consultas previas con las comunidades indígenas, de conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT.

Las diversas instituciones que conforman la ONU reconocen la consulta como un derecho humano de los pueblos indígenas. La interpretación progresiva de este derecho ha permitido establecer que la consulta, para cumplir con los estándares internacionales, debe ser efectuada de forma previa, libre e informada.

Adicionalmente, aunque el Estado debe adoptar las medidas administrativas para poder realizar la consulta, este no es un derecho procedimental y su vigencia, protección y goce no está supeditado a la implementación de estos mecanismos. Es un derecho humano reconocido internacionalmente y su protección debe estar acorde con estos principios.

Finalmente, si bien se reconoce como regla general que el Estado debe procurar el consentimiento, excepcionalmente este debe ser obtenido cuando haya situaciones que afecten la integridad del grupo, su territorio y su relación con este. Estos lineamientos han sido confirmados en el ámbito americano, el cual ha reconocido a la consulta previa como un derecho protegido por la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, “CADH”).

³¹ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal-México*, A/HRC/25/7 del 11 de diciembre de 2013.

³² *Ibíd.*, pág. 23.

4. La Consulta Previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La presente sección aborda las principales líneas jurisprudenciales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, “SIDH”) que determinan las obligaciones del Estado mexicano en materia de derechos de los pueblos indígenas³³.

4.1 La identificación de los pueblos indígenas y su condición de sujeto colectivo de derechos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CIDH”) ha concluido que no existe una definición precisa de “pueblos indígenas” en el derecho internacional, y la posición prevaleciente indica que dicha definición no es necesaria a efectos de proteger sus derechos humanos. Dada la inmensa diversidad de los pueblos indígenas en las Américas y el resto del mundo, una definición estricta afectaría al principal elemento para identificar la diversidad que es la auto-identificación³⁴. Es importante destacar que, independientemente de la denominación o definición que reciban, lo determinante es atender a los elementos que hacen que un grupo humano pueda ser considerado indígena³⁵.

En el derecho internacional, existen ciertas pautas para su identificación. Así, el Art. 1.b del Convenio 169 de la OIT dispone que dicho tratado se aplicará:

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

De otro lado, el Art. 1.2 del mismo Convenio establece que “[l]a conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para

³³ CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>.

³⁴ En América Latina, los pueblos indígenas reciben muy distintas denominaciones como “comunidades campesinas”, “comunidades nativas”, “pueblos originarios”, “pueblos aborígenes”, “pueblos andinos”, “pueblos amazónicos”, “minorías” u otros. Ver: CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párrs. 24-38.

³⁵ OIT. CEACR. Informe 2008/79ª reunión. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 2009, Perú.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

La CIDH ha seguido como aspecto fundamental la auto-identificación del pueblo o comunidad como indígena. En efecto, ha afirmado que el “criterio de auto-identificación es el principal para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente en tanto pueblos”³⁶. Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha establecido como elemento determinante la auto-identificación colectiva. Al respecto, en su sentencia del *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* afirmó que:

La identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía (...). Por tanto, la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique³⁷.

La concepción de la auto-identificación como aspecto fundamental se ve reforzada con la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Dicho instrumento expresa el consenso de los Estados sobre este aspecto al establecer en su Art. 33.1 que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”³⁸.

Debe enfatizarse que en el derecho internacional de los derechos humanos, los pueblos o comunidades indígenas no requieren estar registrados o reconocidos por el Estado, para ser titulares y ejercer sus derechos. En efecto, la Corte IDH en la sentencia del *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* determinó que³⁹:

³⁶ CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 216. CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 24-31.

³⁷ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 37. En sentido similar, en su sentencia recaída en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte IDH afirmó que: “la cuestión de si algunos miembros auto-identificados del pueblo Saramaka pueden afirmar ciertos derechos comunales en nombre de la personalidad jurídica de dicho pueblo es una cuestión que debe resolver sólo el pueblo Saramaka de conformidad con sus propias costumbres, y no el Estado o esta Corte en el presente caso”. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 164.

³⁸ La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007 con el voto a favor de 144 Estados miembros, entre ellos México.

³⁹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 82.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

82. (...) el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado.

Tanto la CIDH como la Corte IDH han establecido que los pueblos indígenas, son sujetos colectivos distintos a sus miembros individuales, y por tanto son titulares de derechos reconocidos por la CADH y en general, por el Derecho internacional⁴⁰. Al respecto, en su sentencia en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, la Corte IDH advirtió que “la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros”. Además, la Corte precisó que⁴¹:

231. (...) [p]uesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva, la Corte señala que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la presente Sentencia deben entenderse desde dicha perspectiva colectiva.

4.2 Derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales

La jurisprudencia del SIDH ha reconocido reiteradamente el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales, y el deber de protección que emana del Art. 21 de la CADH y del Art. XXIII de la Declaración Americana, interpretadas a la luz de las normas del Convenio 169 de la OIT, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y otras fuentes relevantes. Conforman estas normas un *corpus iuris* coherente que define

⁴⁰ Al respecto, véase CIDH, Demanda presentada ante la Corte IDH en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, 4 de junio de 1998; CIDH, Demanda presentada ante la Corte IDH en el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, 17 de marzo de 2003; CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo v. Belice, 12 de octubre de 2004.

⁴¹ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párr. 231.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

las obligaciones de los Estados Miembros de la OEA en relación con la protección de los derechos de propiedad indígenas⁴².

En este sentido, la Corte IDH ha establecido en el *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras* lo siguiente⁴³:

168. La jurisprudencia de esta Corte ha reconocido reiteradamente el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales, y el deber de protección que emana del artículo 21 de la Convención Americana a la luz de las normas del Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como los derechos reconocidos por los Estado en sus leyes internas o en otros instrumentos y decisiones internacionales, conformando así un corpus iuris que define las obligaciones de los Estados Partes de la Convención Americana, en relación con la protección de los derechos de propiedad indígenas. Por tanto, al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención en el presente caso, la Corte tomará en cuenta, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29.b de la misma y como lo ha hecho anteriormente, la referida interrelación especial de la propiedad comunal de las tierras y los pueblos indígenas, así como las alegadas gestiones que ha realizado el Estado para hacer plenamente efectivos estos derechos.

Los órganos del SIDH han reconocido que los pueblos indígenas tienen una relación especial con sus territorios ancestrales que no tienen las personas no indígenas. Según han afirmado la CIDH y la Corte IDH, la preservación de la conexión particular entre las comunidades indígenas y sus tierras y recursos naturales se vincula a la existencia misma de estos pueblos, y por lo mismo “amerita medidas especiales de protección”⁴⁴. El derecho a la propiedad de los

⁴² Véase *inter alia* CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 127; CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo v. Belice, 12 de octubre de 2004, párr. 87; CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre, 2009, párr. 6. Corte I.D.H. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 127-129.

⁴³ Corte I.D.H. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304, párr. 168.

⁴⁴ CIDH. Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann v. Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002, párr. 128. Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. párr. 149.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

pueblos indígenas y tribales protege la vinculación que guardan con sus territorios y con los recursos naturales ligados a su cultura que allí se encuentran⁴⁵.

La CIDH y la Corte IDH han adoptado una interpretación del Art. 21 del CADH, que se extiende más allá de la interpretación tradicional del derecho a la propiedad.. En efecto, el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, fue la oportunidad para que la Corte estableciera que⁴⁶:

148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el Art. 29.b de la Convención —que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos— , esta Corte considera que el Art. 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.

En esta sentencia, la Corte se refirió a la importancia para la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas el reconocimiento del derecho colectivo a la propiedad de la tierra, expresando que "para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras"⁴⁷. La consecuencia directa de esta interpretación derivó en la incorporación en el Art. 21 de la CADH de una dimensión colectiva de la propiedad indígena. Al respecto, la Corte precisó en el caso *Sawhoyamaxa* que⁴⁸:

120. (...) [L]os conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”. Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del Art. 21 de la Convención Americana.

⁴⁵ CIDH. *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 156. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 148. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 118, 121.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. párrafo 148.

⁴⁷ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149.

⁴⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. párrafo 120.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del Art. 21 de la Convención para millones de personas.

Los órganos del SIDH han establecido que la propiedad territorial indígena, es una forma de propiedad que no se fundamenta en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos; los territorios de los pueblos indígenas y tribales “les pertenecen por su uso u ocupación ancestral”⁴⁹. En efecto, el derecho de propiedad comunal indígena tiene su base en las culturas jurídicas indígenas, y en sus sistemas ancestrales de propiedad, con independencia del reconocimiento estatal.

El origen de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas y tribales se encuentra en el sistema consuetudinario de tenencia de la tierra que ha existido tradicionalmente entre las comunidades⁵⁰. En virtud a ello, la Corte IDH considera que “la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado”⁵¹ y que “[l]os indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios”⁵².

Igualmente, la Corte IDH expone que el Art. 21 de la CADH protege la estrecha vinculación de los pueblos indígenas tanto con las tierras tradicionales como con los recursos naturales que se encuentran en ellas⁵³. Como señaló en el caso *Saramaka*, “[...] el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no

⁴⁹ CIDH. *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 231.

⁵⁰ Véase *inter alia*, 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. 96; CIDH, Alegatos ante la Corte IDH de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(a); CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 115.

⁵¹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 151; Corte I.D.H. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 128. Corte I.D.H. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 109.

⁵² Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149.

⁵³ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. párr. 137.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio”⁵⁴.

Recientemente, en el *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá*, la Corte IDH estableció⁵⁵:

112. Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.

De este modo, el derecho al territorio comprende el uso y disfrute de sus recursos naturales, y tiene vinculación directa, incluso como pre-requisito, con los derechos a la existencia digna, a la alimentación, al agua, a la salud y a la vida⁵⁶. Por esta razón, la CIDH señaló que “la relación que cada comunidad indígena mantiene con sus tierras y recursos se encuentra protegida bajo otros derechos contemplados en la Convención Americana, tales como el derecho a la vida, la honra y la dignidad, la libertad de conciencia y de religión, la libertad de asociación, la protección a la familia, y el derecho de circulación y residencia”⁵⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, los órganos del sistema han dotado de contenido específico al derecho a la propiedad colectiva y han establecido obligaciones estatales correlativas. En particular, se encuentra la obligación de reconocimiento, delimitación, demarcación y protección efectiva del territorio indígena; el derecho a la restitución del territorio ancestral; y las garantías específicas frente a decisiones que afecten a los pueblos indígenas o sus territorios ancestrales. Dada

⁵⁴ 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. 122.

⁵⁵ Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284. párr. 121.

⁵⁶ CIDH. *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. 2009. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrs. 1076-1080.

⁵⁷ CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009. párr. 184.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

la relevancia para el presente asunto, desarrollamos este último punto a continuación.

4.3 Garantías específicas establecidas en el Sistema Interamericano frente a decisiones que afecten a los pueblos indígenas o sus territorios ancestrales

La CIDH y la Corte IDH han desarrollado estándares jurisprudenciales sobre el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas frente a medidas que afecten sus tierras, territorios y recursos naturales, a partir del Art. 21 de la Convención, interpretado de modo que permita el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por el Estado en otros tratados, como el Convenio 169 de la OIT⁵⁸.

A través de dicho convenio y de desarrollos normativos y jurisprudenciales, el derecho internacional ha dado un contenido específico al deber de realizar consultas previas con los pueblos indígenas en situaciones que afecten su territorio. Por tanto, hoy en día existe un deber positivo del Estado de disponer mecanismos idóneos y eficaces a fin de obtener el consentimiento previo, libre e informado de acuerdo a las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, antes de emprender actividades que impacten sus intereses o puedan afectar sus derechos sobre sus tierras, territorio o recursos naturales⁵⁹.

En particular, la Corte IDH, en los casos del *Pueblo Saramaka vs. Suriname* y del *Pueblo Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, estableció que en caso de restricciones o limitaciones al ejercicio del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, los Estados tienen el deber de cumplir ciertas garantías. Una primera exigencia consiste en que el otorgamiento de la concesión no afecte la supervivencia del pueblo indígena o tribal correspondiente de conformidad con sus modos ancestrales de vida. Conforme a los estándares del SIDH, los Estados deben asegurar que las restricciones al uso y goce de las tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas no impliquen una denegación de su supervivencia física y cultural como pueblo⁶⁰.

⁵⁸ El derecho a ser consultado se encuentra estipulado en el Convenio 169 de la OIT (Arts. 6 y 7), en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (Arts. 27 y 32), así como en el Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (Art. XXIV).

⁵⁹ Véase *inter alia* CIDH, Informe de Ecuador 1997 Conclusiones del Capítulo IX. asuntos de derechos humanos de especial relevancia para los habitantes indígenas del país y Conclusiones del Capítulo VIII; CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, Capítulo X, 1999. Recomendación No. 4; CIDH, Informe de fondo N° 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), Informe Anual de la CIDH 2002, párr. 140; CIDH, Informe de fondo No. 40/04, Caso 12.053. Comunidades indígenas mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 142.

⁶⁰ En palabras de la Corte IDH, “otro factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname*.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

Cabe notar que, como señaló la Corte en la sentencia de interpretación del caso *Saramaka*, la “supervivencia” no se identifica con la mera subsistencia física, sino que “debe ser entendida como la capacidad de los [pueblos indígenas] de ‘preservar, proteger y garantizar la relación especial que tienen con su territorio’, de tal forma que puedan ‘continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas (...)’. Por tanto, el término ‘supervivencia’ significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física”⁶¹. En sentido similar, para la CIDH, “el término ‘supervivencia’ no se refiere solamente a la obligación del Estado de garantizar el derecho a la vida de las víctimas, sino también a la obligación de adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar la relación continua del pueblo [indígena] con su territorio y su cultura”⁶².

La Corte IDH ha establecido tres condiciones, orientadas a garantizar la supervivencia como pueblos indígenas y tribales, en los términos señalados, frente a decisiones que afecten a los pueblos indígenas o sus territorios ancestrales. Tales garantías específicas consisten en⁶³:

- a) asegurar la participación efectiva del pueblo y sus miembros en la toma de la decisión de conformidad con sus costumbres, tradiciones y derecho consuetudinario, y obtener su consentimiento cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tengan un mayor impacto dentro del territorio indígena;
- b) garantizar que el pueblo y sus miembros se beneficien razonablemente del plan o proyecto que se lleve a cabo dentro de su territorio; y
- c) garantizar que no se emita ninguna concesión dentro del territorio ancestral a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.

Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. párr. 128. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párr. 156.

⁶¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 37.

⁶² Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 29.

⁶³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párr. 157.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

Sobre este punto, la Corte IDH ha establecido en el *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, lo siguiente⁶⁴:

139. (...) para efectos de la delimitación, demarcación y titulación del territorio tradicional en el presente caso, la Corte estima que el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales contempla garantías plenas sobre los territorios que tradicionalmente han poseído, ocupado, y utilizado para ejercer su propia forma de vida, subsistencia, tradiciones, cultura y desarrollo como pueblos. Sin perjuicio de lo anterior, existirían otras áreas tradicionales complementarias o adicionales a las que hayan tenido acceso para sus actividades tradicionales o de subsistencia (que en su caso pueden compartir otros fines), respecto de las que se debe garantizar, al menos, su acceso y uso en la medida de lo que corresponda. Estas salvaguardas se dirigen a preservar la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales, de forma a garantizar su subsistencia como pueblo.

Estas salvaguardas se dirigen a preservar la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales, de forma a garantizar su subsistencia como pueblo.

4.4 El derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas

Para la Corte IDH, la consulta previa a los pueblos indígenas debe realizarse “de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción [...] que se lleve a cabo dentro del territorio [...]”⁶⁵. Además la Corte ha considerado que, “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [indígena], el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar al pueblo indígena, sino también debe obtener el consentimiento previo, libre e informado de éste, según sus costumbres y tradiciones”⁶⁶.

Los órganos del sistema han sido enfáticos en señalar que los procesos de consulta deben cumplir con determinados requisitos, como realizarse de modo **previo**, a saber, “desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e

⁶⁴ Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 139.

⁶⁵ Corte I.D.H., *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 127, 128. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párrs. 159-167.

⁶⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. párr. 134.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

influir en el proceso de adopción de decisiones”⁶⁷. Además, el proceso de consulta debe ser **culturalmente adecuado** y tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo correspondiente para la toma de decisiones, así como sus formas propias de representación⁶⁸. Adicionalmente, debe ser **informada**, requisito que supone la provisión de información plena y precisa de la naturaleza y consecuencias del proceso a las comunidades consultadas⁶⁹. Por último, debe realizarse de **buena fe** y con la **finalidad de llegar a un acuerdo**⁷⁰. El requisito de “buena fe” ha sido observado por la Corte frente a prácticas como la corrupción de líderes o autoridades indígenas, la creación de estructuras de autoridad paralelas o los intentos de desintegración comunitaria mediante el ofrecimiento a la venta individual de la tierra indígena⁷¹.

La Corte ha enfatizado que “la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional” y que “está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas”⁷². Dicho tribunal ha precisado que “es deber del Estado –y no de los pueblos indígenas– demostrar efectivamente, en el caso concreto, que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas”⁷³.

⁶⁷ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párr. 167 y párr. 180-182. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133.

⁶⁸ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 27, 131, 133, 154. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párrs. 201-202.

⁶⁹ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 142. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133. CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997. CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997. CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 248.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párrs. 185-187.

⁷¹ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párr. 186.

⁷² Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párrs, 164 y 165.

⁷³ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párr. 179.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

a) Participación razonable en los beneficios

Además del requisito de participación, se encuentra el establecimiento de mecanismos de participación en los beneficios del proyecto a favor de las comunidades o pueblos afectados por la extracción de recursos naturales o los planes o proyectos de inversión o desarrollo⁷⁴. En opinión de la Corte, “[...]el concepto de compartir los beneficios[...] es inherente al derecho de indemnización reconocido en el Art. 21.2 de la Convención” y “se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad”⁷⁵.

b) Estudios previos de impacto socioambiental

La tercera garantía es la realización de un estudio previo de impacto social y ambiental, llevado a cabo por “entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado”⁷⁶. Los estudios de impacto social y ambiental responden a la finalidad última de “preservar, proteger y garantizar la relación especial” de los pueblos indígenas con sus territorios y garantizar su subsistencia como pueblos⁷⁷. Para la Corte IDH, se viola el Art. 21 de la CADH cuando el Estado no lleva a cabo o supervisa estudios ambientales y sociales previos al otorgamiento de las concesiones⁷⁸.

⁷⁴ CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, 2009. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, Recomendaciones 5 y 6; CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 248 y 297, Recomendaciones 5 y 6.

⁷⁵ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 138-139. Según advierte la Corte en dicha sentencia, en este mismo sentido se han pronunciado distintos órganos internacionales de derechos humanos. Véase *inter alia* ONU, Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador*, párr. 16. ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas*, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión (quincuagésimo novena sesión), ONU Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, párr. 66.

⁷⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párr. 205.

⁷⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 40. CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 254.

⁷⁸ 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. 154.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

Asimismo, ha determinado que los estudios de impacto social y ambiental deben realizarse con carácter previo a la aprobación de los planes respectivos⁷⁹, y exige que los Estados permitan a los pueblos indígenas participar en la realización de los estudios previos de impacto social y ambiental⁸⁰. En términos generales, los estudios de impacto socioambiental “deben respetar las tradiciones y cultura del pueblo [indígena o tribal correspondiente]”⁸¹, y sus resultados deben ser compartidos con las comunidades a fin de que puedan tomar una decisión informada.

Frente a medidas que afectan a un pueblo o comunidad indígena sin cumplir con las garantías anteriormente señaladas, la Corte IDH ha atribuido responsabilidad internacional al Estado por la violación del Art. 21 de la CADH y ha ordenado “[r]especto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional [indígena]” que “el Estado debe revisarlas, a la luz de la presente Sentencia [refiriéndose al *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*] y la jurisprudencia de este Tribunal, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo [indígena]”⁸².

Cabe recordar, además, que en atención a la obligación de adecuación del ordenamiento interno, contenido en el Art. 2 de la CADH, cada Estado Parte debe hacer compatible su derecho interno con las disposiciones de la Convención para garantizar los derechos en ella reconocidos⁸³. Como ha afirmado la Corte IDH, este deber exige, de un lado, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención y, de otro, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías⁸⁴.

⁷⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 41. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párr. 205-206.

⁸⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 133; Corte IDH, *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No. 185, párr. 16.

⁸¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 41.

⁸² 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. 194.a).

⁸³ Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 87; y *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 179.

⁸⁴ Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260. párr. 293.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

En atención a ello, en casos referidos al derecho a la consulta y consentimiento, la Corte ha ordenado a los Estados “adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo [indígena] a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio [...]”⁸⁵.

En suma, estas garantías se complementan entre sí y apuntan a que las decisiones en torno al territorio sean tomadas por el propio pueblo o comunidad indígena, de modo que se garantice su supervivencia física y cultural, su propia concepción de desarrollo y la continuidad de su cosmovisión, modo de vida tradicional, identidad cultural, estructura social y sistema económico.

⁸⁵ 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. 194.d).

Segunda Parte

Experiencias Nacionales en el Reconocimiento y Aplicación del Derecho a la Consulta Previa

La primera parte del *amicus curiae* se centró en los estándares internacionales de la ONU y del SIDH sobre el derecho a una consulta previa, libre e informada. La segunda parte de este informe presentará diferentes experiencias nacionales relativas al derecho a la consulta.

En todos los países analizados el derecho a la consulta se reconoce como un derecho de los pueblos indígenas y tribales. De ahí que los Estados tienen la obligación de hacer efectivo este derecho, de acuerdo a los principios y núcleo esencial establecidos en el Convenio No. 169 y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas.

5. Colombia y la Consulta Previa: desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional

Para conocer los estándares desarrollados jurisprudencialmente en Colombia, esta sección se dividió en dos partes. En la primera se presentará cómo la Corte Constitucional desarrolló el derecho a la consulta previa, libre e informada (CPLI) con relación a la obligación de consultar tanto medidas legislativas como las administrativas. En la segunda parte, se abordarán los estándares que conforman el derecho a la CPLI.

El derecho a la CPLI en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que la CPLI es un derecho fundamental tanto de los pueblos indígenas como de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales, palenqueras y rom, por ejemplo en la sentencia SU 039 de 1997. Por tanto, para garantizar dicho derecho, el Estado tiene la obligación de consultar a los pueblos las decisiones que va a tomar que son susceptibles de afectarlos directamente. En palabras de la Corte:

“el derecho de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones”⁸⁶.

⁸⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU – 039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

Una de las formas por las cuales se garantiza su derecho a la participación, es por medio de la realización de procesos de consulta con los pueblos indígenas y tribales. De acuerdo al Auto 004 de 2009, los pueblos indígenas en Colombia se encuentran en riesgo por amenazas sobre su vida en dos sentidos⁸⁷. En primer lugar, los pueblos tienen vida física, es decir la vida que está determinada por las condiciones materiales y biológicas en las que viven. Por el otro lado, la vida cultural se refiere a las prácticas que realizan las personas y pueblos y que son sustento de su identidad, lo cual incluye la relación que tienen los pueblos con la tierra, las formas de toma de decisión y las visiones espirituales que tienen sobre el mundo. Así, uno de los objetivos principales en la realización de los procesos de consulta es garantizar la supervivencia física y cultural de los pueblos étnicos.

La violación del derecho a la CPLI de los pueblos étnicos significa tanto la vulneración de un derecho fundamental como la creación de un riesgo. Así, la violación de este derecho tiene efectos sobre los pueblos al, por ejemplo, afectar los territorios en los que viven, el agua que utilizan para la producción de alimentos o las prácticas culturales con las que impulsan sus propias formas de vida.

Por último, la Corte Constitucional ha establecido que la violación del derecho a la CPLI significa una violación a los derechos a la autodeterminación y el autogobierno. La CPLI es un derecho que garantiza que sean los mismos pueblos étnicos los que toman decisiones sobre su vida. De esa forma, si no son consultados se reproducen prácticas históricas de discriminación en las que los pueblos no son tenidos en cuenta al momento de decidir qué hacer con sus vidas. Por tanto, se debe proteger el derecho a la CPLI pues, es el derecho que garantiza que sean los pueblos los que decidan qué quieren que pase.

En la sentencia C-196 de 2012, la Corte Constitucional determinó que una de las manifestaciones del derecho a tomar las decisiones sobre sus vidas y territorios se da cuando:

“se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la misma deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, radicando en el Gobierno la obligación de propiciar la participación de los representantes de la respectiva comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación”⁸⁸.

De manera general, en Colombia se ha definido que el derecho a la CPLI es fundamental para los pueblos étnicos que protege su vida física y cultural. A su vez, es un instrumento central para garantizar la participación política de los pueblos indígenas y tribales, especialmente en las decisiones que los afectan directamente.

⁸⁷ Corte Constitucional de Colombia, auto 004 de 2009. M.P. Manuel José Cepeda.

⁸⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C - 196 de 2012. M.P. María Victoria Calle.

5.1 Los estándares del derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Al igual que varias cortes nacionales y regionales, la Corte Constitucional de Colombia ha precisado los elementos que constituyen el derecho a la CPLI. De hecho, la corte de Colombia es uno de los tribunales constitucionales que más ha avanzado en esta labor y se ha convertido en un referente para los demás jueces de la región.

Para la Corte Constitucional de Colombia el derecho a la consulta se constituye principalmente por 6 elementos: (i) previa, (ii) libre, (iii) informada, (iv) culturalmente adecuada, (v) con el fin de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento y (vi) buena fe.

En primer lugar, todos **los procesos de consulta deben ser previos**. Es decir, deben realizarse antes de que el Estado tome cualquier decisión que es susceptible de afectar a los pueblos étnicos. Por tal motivo, cualquier proceso de consulta que se realice después de que el Estado tomó la decisión, es un proceso que violó el derecho de los pueblos indígenas y tribales. En la sentencia C-196 de 2012⁸⁹, la Corte Constitucional estableció que la consulta se tiene que realizar de manera oportuna⁹⁰, lo que significa “con anterioridad a la adopción de la medida, pues una vez adoptada, la participación de las comunidades étnicas no tendría ninguna utilidad en la medida en que no podrían influir en el proceso decisorio”⁹¹.

Si los procesos no se realizan de manera previa, se elimina la posibilidad para que los pueblos étnicos tomen una decisión sobre la medida que los afectará. De esa forma, el proceso se convierte en la notificación de la decisión que tomó el Estado pero, no un diálogo intercultural en el que se tengan en cuenta las posiciones y decisiones de los pueblos étnicos. La evaluación del cumplimiento del estándar de lo previo de los procesos de consulta se debe realizar según el tipo de medida que es consultada. En el caso de las medidas administrativas, se entiende que el proceso debe realizarse antes de que el Estado tome cualquier decisión. Por ejemplo, en los casos de proyectos de explotación, la consulta se debe hacer antes de que el Estado otorgue el permiso de explotación⁹².

Por el lado de las medidas legislativas el estándar de evaluación del carácter de previo de los procesos cambia. Con relación a las leyes, la Corte Constitucional ha precisado que se cumple con el estándar de previo de los procesos de consulta siempre que se lleve a cabo antes de que el proyecto de ley sea presentado ante el

⁸⁹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-196 de 2012. M.P. María Victoria Calle.

⁹⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-461 de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa y sentencia C-615 de 2009. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁹¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-196 de 2012. M.P. María Victoria Calle.

⁹² Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-769 de 2009. M.P.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

Congreso⁹³. En ese sentido, antes de que el gobierno o el actor interesado en la ley la presente al Congreso, debe someter el proyecto respectivo a consulta de los pueblos indígenas y tribales para que formulen sus propuestas.

En segundo lugar, **los procesos de consulta deben realizarse de manera libre**. Es decir, los pueblos y personas que participan dentro del proceso deben hacerlo sin ningún tipo de presión por parte de actores legales e ilegales. En ese sentido, todas las decisiones que se toman deben ser producto de la decisión independiente que surge del debate que tienen las partes.

La Corte Constitucional ha evaluado el requisito de buena fe ligado con el de libre. La misma Corte ha precisado que por el requisito de libre se entiende que los pueblos deben tener la capacidad de “deliberar libremente sobre las ventajas y desventajas del proyecto, de modo que participe efectivamente en la definición del mismo, procurándose la concertación de las medidas correspondientes”⁹⁴. Por esa razón, los pueblos no podrán ser amenazados o afectados de ninguna manera por la decisión que ellos tomen durante el proceso de consulta. Lo anterior lleva a que el Estado esté obligado a garantizar que la participación de los pueblos se dé de manera adecuada.

En tercer lugar, **los procesos de consulta deben ser informados**. Es decir, se tiene que contar con la información necesaria para que la decisión que toman los pueblos incluya todos los datos sobre efectos, beneficios y cargas que genera la aplicación de la medida. Para la Corte Constitucional, hay un vínculo entre el derecho a la información y el derecho a la participación. En la sentencia C-891 de 2002, la Corte encontró que la participación de las personas depende del grado de información que tengan sobre el proceso. De esa forma, entre más información tengan las partes, más protección se genera del derecho a la participación⁹⁵.

La obligación de que el proceso sea informado incluye varios requisitos para los Estados. Por ejemplo, la información debe explicar de manera detallada la medida que va a ser consultada, los actores que van a participar, sus funciones y los efectos que generará sobre su vida. Esta información además de ser suficiente debe ser entendida por las partes que hacen parte del proceso.

De esa forma, la información debe ser interpretada y traducida en dos vías. En la primera vía, si las personas que participan de los procesos de consulta no hablan de manera adecuada el idioma que se utiliza, el Estado tiene la obligación de proveer intérpretes suficientes y de confianza para que las personas puedan participar dentro del proceso. En la segunda vía, la traducción de la información se debe dar en el sentido que toda la información que se da en el proceso sea entendida por todas las partes. Dado que, tanto los pueblos étnicos como los

⁹³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-030 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁹⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-366/11. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-891 de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

funcionarios del Estado parten de cosmovisiones diferentes, en el proceso se debe garantizar la interpretación necesaria para que las partes sepan y entiendan cuáles son las posiciones de todos y sobre todo las que se encuentran con relación a la medida que está siendo consultada.

En el caso de la valoración de la violación del derecho a la CPLI para la construcción de un puerto en el norte de Colombia, la Corte definió que todos los procesos, siguiendo lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, deben ser informados. Por lo anterior, en todos los procesos el Estado y las partes deben “proveer información precisa, completa y significativa a los pueblos afectados sobre los proyectos que se pretende desarrollar en sus territorios, y que el objetivo fundamental del proceso participativo sea llegar a un acuerdo con tales pueblos, para proceder con el proyecto con respeto por sus derechos colectivos fundamentales”⁹⁶.

En cuarto lugar, los **procesos de consulta deben ser culturalmente adecuados**. Como en todas las consultas se encuentran diferentes culturas con posturas distintas, es necesario que el proceso de consulta no reproduzca las prácticas culturales de discriminación y exclusión hacia los pueblos indígenas. Por esa razón es que, los procesos de consulta deben adaptarse a las prácticas y significados culturales de los pueblos étnicos. De esa forma es que la Corte Constitucional ha ordenado que los procesos de consulta no pueden ser actos informativos y deben reconocer las prácticas tradicionales de los pueblos étnicos⁹⁷.

Frente a este estándar, aunque en las reuniones de consulta los pueblos pueden estar representados por sus líderes tradicionales, el derecho es del pueblo. Por eso, todas las decisiones a las que se lleguen durante el proceso tienen que ser consultas previamente con el pueblo que está siendo consultado. A su vez, todos los diseños institucionales de los procesos de consulta tienen que ser respetuosos de las prácticas culturales de los pueblos y por tanto deben tomarse de manera concertada entre el Estado y los pueblos étnicos. En ese sentido, con una valoración caso por caso, el juez podrá determinar si el proceso de consulta que está siendo valorado cumplió o no con los estándares internacionales de protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

En quinto lugar, **el derecho a la CPLI se tiene que entenderse junto al derecho al consentimiento previo, libre e informado**. Como se estableció desde el Convenio 169 y ha sido reiterado por la jurisprudencia de la Corte IDH y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, los pueblos étnicos tienen derecho al consentimiento previo, libre e informado. Es decir, a que la decisión a la que se llegó durante el proceso de consulta sea la que es implementada por los Estados.

⁹⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T – 547 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

⁹⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-175 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

La Corte Constitucional de Colombia, siguiendo la tendencia del Derecho Internacional, ha definido que en algunos casos no es suficiente con que el Estado garantice el derecho a la consulta sino que se hace necesario que también proteja el derecho al consentimiento. En la sentencia T-129 de 2011, la Corte Constitucional precisó los casos en los que los pueblos étnicos tienen derecho a que se les proteja el consentimiento. Específicamente la Corte ordenó lo siguiente:

“(…) como manifestación de la protección especial que la Constitución otorga a las minorías étnicas en aquellos proyectos cuya magnitud tiene la potencialidad de desfigurar o desaparecer sus modos de vida, motivo por el que la Corte encuentra necesario que la consulta previa y el consentimiento informado de las comunidades étnicas en general pueda determinar la alternativa menos lesiva en aquellos eventos que: (i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros”⁹⁸.

Por último, el elemento de buena fe se refiere al artículo 6 del Convenio 169 de la OIT que reconoció el derecho a la CPLI. De acuerdo a la OIT los “Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados”. En ese sentido, la Corte Constitucional precisó cuáles son los elementos que se deben dar para que se considere que un proceso de CPLI se realizó de buena fe.

En la sentencia C-175 de 2009⁹⁹, el principio de buena fe se evaluó en dos obligaciones: (i) el Estado debe definir, junto a los pueblos étnicos, las condiciones en las que se debe desarrollar el proceso de consulta y (ii) el proceso debe hacerse de una forma que esta termine siendo efectiva y conducente.

En la práctica se entiende que los procesos serán de buena fe siempre que el proceso no se realice con engaños o presiones por parte de ningún actor a las personas que participan dentro de los procesos de consulta. Esto hace que esté prohibido el otorgamiento de prebendas a los sujetos. Las prebendas, que van en contra del principio de buena fe, son todas aquellas que se otorgan para que las personas que están siendo consultados modifiquen su parecer. Por eso, está prohibido desde la entrega de dinero hasta la entrega de servicios a favor del pueblo o los líderes representativos que hacen parte del proceso.

⁹⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-129 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio.

⁹⁹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-175 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

6. El Perú y la Consulta Previa: Desarrollo legislativo y jurisprudencial

El Estado peruano ha reconocido oficialmente que las comunidades campesinas y nativas constituyen pueblos indígenas. Así lo informó el Estado peruano a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR).

“La Comisión toma nota que el Gobierno informa que el reglamento de la ley número 28945, Ley del Instituto Nacional de Pueblos Andinos, señala en su artículo 2 las definiciones que abarcarían a los pueblos andinos, pueblos amazónicos y pueblos afroperuanos. La Comisión toma nota que según el Gobierno las comunidades campesinas y las comunidades nativas están incluidas en el reconocimiento de sus derechos étnicos y culturales como colectividades similares a los pueblos indígenas, enfatizando los aspectos sociales, políticos y culturales. Esta afirmación parece ser positiva en el sentido de que confirma anteriores memorias del Gobierno y comentarios de la Comisión en el sentido de que las comunidades indígenas están cubiertas por el Convenio independientemente de su denominación”¹⁰⁰.

En todo caso, la propia CEACR ha reiterado que las comunidades campesinas y nativas reúnen los requisitos previstos en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, y en consecuencia que se les aplica el referido Convenio¹⁰¹. Sobre este punto, la CEACR ha establecido que:

“(…) el concepto de pueblo es más amplio que el de comunidad y las engloba y que, cualquiera sea su denominación, no debe haber ninguna diferencia a efectos de la aplicación del Convenio, en la medida en que las comunidades denominadas nativas, campesinas u otras estén comprendidas en el artículo 1, párrafo 1, a) o b), del Convenio, en cuyo caso corresponde aplicarles por igual todas las disposiciones del Convenio”¹⁰².

6.1 Reconocimiento de las comunidades campesinas y nativas como pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico peruano

El ordenamiento jurídico peruano reconoce en forma tácita que las comunidades campesinas y nativas constituyen pueblos indígenas. En efecto, el artículo 2 de la Ley General de Comunidades Campesinas (Ley N° 24656) señala que:

“Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y

¹⁰⁰ CEACR, Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Perú (ratificación: 1994) Publicación: 2009, párr. tercero.

¹⁰¹ *Ibidem*, párr. tercero.

¹⁰² *Ibidem*, párr. cuarto.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.”

Asimismo, de conformidad con el artículo 8 de la Ley de comunidades nativas y de desarrollo agrario de las regiones de selva y ceja de selva (Decreto Ley N° 22175):

“Las Comunidades Nativas tienen origen en los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso”.

Estas normas deberán ser interpretadas de conformidad con el artículo 89 de la Constitución Política según el cual:

“Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”.

El artículo 2 del Decreto Supremo N° 065-2005-PCM que precisa que los pueblos andinos:

“Son pueblos originarios con identidad y organización propia, que mantienen todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Incluye a las comunidades campesinas de la Sierra y de la Costa”.

Asimismo, los pueblos amazónicos son definidos de la siguiente forma: “Son pueblos originarios con identidad y organización propia, que mantienen todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. Incluye a las comunidades nativas y pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial”.

Finalmente, la referida disposición señala que *“a los pueblos andinos y pueblos amazónicos, se les podrá denominar pueblos indígenas”*. En esa misma línea existe el artículo 2(a) de la Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (Ley No. 28736). Según esta norma, se consideran pueblos indígenas a:

“Aquellos que se autorreconocen como tales, mantienen una cultura propia, se encuentran en posesión de un área de tierra, forman parte

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

del Estado peruano conforme a la Constitución. En éstos se incluye a los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial”.

6.2 El desarrollo normativo del derecho a la Consulta Previa en el Perú

El desarrollo normativo de la consulta previa ha tenido varias y diferentes fuentes de derecho, en unos casos por desarrollo de normas de rango constitucional, otras de rango legal y hasta por normas reglamentarias. En otras ocasiones el desarrollo en la materia se ha dado a partir de la jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales.

Las reglas generales de la consulta previa están compuestas fundamentalmente por tres cuerpos normativos: 1) la Ley No 29785, denominada “*Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*”, publicada el 7 de setiembre de 2011; 2) el Reglamento de la ley de consulta, aprobado a través del Decreto Supremo No 001-2012-MC, norma publicada el 3 de abril de 2012, y 3) 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, publicado el 12 de diciembre de 2013.

La Ley de consulta establece las reglas generales de la consulta previa. Para eso definió el contenido y la finalidad del derecho a la consulta, los actores de la consulta, quienes son pueblos indígenas y los responsables del Estado, los principios, las etapas del proceso de consulta y otras reglas indispensables. El reglamento por su parte, aterrizó en reglas más concretas para la realización de los procesos de consulta. El otro instrumento es la Guía Metodológica de la Ley de consulta previa, la cual brinda las pautas metodológicas, al momento de implementar la ley de consulta previa.

Estas normas regulan la consulta de actos administrativos del Gobierno nacional y de manera más general de los gobiernos regionales y locales. También reglamenta los actos normativos del Gobierno.

A su vez, existen normas que han intentado reglamentar el derecho a la consulta pero para sectores específicos del Estado. En primer lugar está la Resolución Ministerial No 350-2012-MEM, norma que aprueba los procedimientos administrativos del sector Energía y Minas en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa. De igual manera, está el Reglamento de consulta y de participación ciudadana en la evaluación ambiental y social en el subsector de transportes -MTC, aprobado por Resolución Directoral No 006-2004-MTC. Por último, la Resolución Ministerial No 596-2002-EM/DM que aprobó el Reglamento

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas.

En el Perú también se ha desarrollado un conjunto de normas que sin estar referidas específicamente a la consulta, contiene disposiciones que regulan y/o hacen mención al derecho a la consulta. En primer lugar la *“Directiva para promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas”*, aprobada por Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Humano. Esta norma reconoció el derecho a la consulta como parte del contenido del derecho a la identidad cultural.

En el ámbito peruano, se debe destacar que la pluralidad de normas, actos administrativos y directivas no ha permitido contar con una legislación uniforme que asegure el ejercicio del derecho a la consulta previa, libre e informada. De ahí la importancia de contar con tribunales que analicen estas disposiciones frente a las obligaciones internacionales. En efecto, gracias a la interpretación del Tribunal Constitucional¹⁰³ (en adelante también “TC”) la consulta previa ha pasado a formar parte del bloque constitucional en el ordenamiento peruano.

Finalmente, frente al universo de normas nacionales sobre el derecho a la consulta, el Tribunal Constitucional en la sentencia 05427-2009-AC estableció que:

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

¹⁰³ La norma anteriormente presentada y su tesis fue acogida y asumida por el TC en dos sentencias vinculantes.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

6.3 El desarrollo jurisprudencial de la consulta previa en el Perú¹⁰⁴

Desde la sentencia dictada en el caso Cordilla Escalera (TC 03343-2007-AA), el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el Convenio 169 de la OIT es un tratado de rango constitucional. Posteriormente, en la sentencia TC 00022-2009-PI, la cual recae en uno de los procesos de inconstitucionalidad presentados por el pueblo indígena Awajun de la Región San Martín, establece los principios, las etapas y demás reglas indispensables para la implementación del proceso de consulta, incluso más desarrollados que la ley vigente.

Entre los aportes de esta última sentencia está el haber precisado el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa. Según el TC este derecho importa “i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta” (f.j. 37). Añade que no forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.

En la sentencia 00022-2009-PI el Tribunal Constitucional establece que la omisión de ley de consulta no es pretexto para dejar de hacer consultas, toda vez que las normas del Convenio 169 de la OIT y los derechos de rango constitucional que ella contiene despliegan efectos normativos sin necesidad de disposiciones legislativas o reglamentarias. En otras palabras, la exigibilidad y la vigencia de la consulta previa no pueden estar condicionadas a la existencia de una ley de consulta (intermediación legislativa).

La segunda sentencia relevante es la 05427-2009-AC, relacionada a un caso de omisión normativa. En su decisión el TC concluyó que las normas demandadas constituyen un desarrollo parcial, y que en el mejor de los casos desarrollan los denominados talleres informativos y no procesos de consulta reales.

Sin embargo, la importancia de esta sentencia descansa en el hecho que en el fundamento jurídico 60, el TC hace una síntesis de las reglas desarrolladas en la STC 00022-2009PI, y que, según estima, condensa las obligaciones que se derivan directamente del Convenio 169 en lo relativo a la regulación normativa del derecho a la consulta:

- a. “La observancia del principio de buena fe. Al respecto, este Tribunal ha señalado que a través de este principio se busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado o interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte. En tal sentido, ha precisado que

¹⁰⁴ Para una visión panorámica de la jurisprudencia del TC se puede consultar nuestro artículo “Balance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derecho a la Consulta Previa”, Documento de Trabajo N° 56, publicado en el portal de Justicia Viva del Instituto de Defensa Legal el 06 de octubre del 2011.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

dicho principio debe ser observado en las tres etapas del proceso de consulta, a saber: i) la determinación de la afectación directa; ii) la consulta en sentido estricto; y iii) la implementación de la medida **(STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 27)**

- b. La flexibilidad. Es decir, la consulta debe ser llevada a cabo de manera “apropiada a las circunstancias”, razón por la cual debe tomarse en cuenta la diversidad de los pueblos indígenas y sus costumbres **(STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 31)**
- c. El objetivo de alcanzar un acuerdo. Debiendo entenderse que la finalidad de la consulta no se circunscribe o limita a obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas, sino que también debe prestarse atención al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria correspondiente **(STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 33)**
- d. La transparencia. En tal sentido, es importante que se ponga a disposición de los pueblos indígenas toda la información concerniente a las consecuencias de las medidas que vayan a adoptarse, sean éstas positivas o negativas. De igual forma, deberá informarse acerca de la metodología que se empleará para llevar a cabo la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. Finalmente, será necesario evaluar la necesidad de traducir la documentación relevante a efectos de garantizar su debida comprensión por parte de la población involucrada **(STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 35)**
- e. La implementación previa del proceso de consulta. Con ello, se busca garantizar la expectativa de influencia de los pueblos indígenas sobre la elaboración de las medidas que puedan afectarlos, si bien esto puede admitir ciertas excepciones a la luz de los hechos concretos **(STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 36)**
- f. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta importa: i) el acceso a la consulta; ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. En tal sentido, no forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa, ni la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta **(STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 37)**
- g. Por último, cabe señalar que este Tribunal ha brindado ya algunas pautas en relación a las etapas en que debe estructurarse la consulta para cumplir con las finalidades propuestas, y en ese sentido, ha sugerido la conformación de la siguiente secuencia fáctica:

- En primer lugar, el inicio del proceso debe ser la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede afectar directamente a un

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

pueblo indígena, tarea que debe ser realizada por la entidad que está desarrollando la medida

- En segundo lugar, se deben determinar todos los pueblos indígenas que pueden ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.
 - En tercer lugar, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto a la medida a implementar, tras lo cual se pasará a la etapa de negociación propiamente dicha.
 - En cuarto lugar, si el pueblo indígena involucrado se encuentra de acuerdo con la medida consultada, entonces concluye la etapa de negociación.
- h. De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta, precluye la primera etapa de negociación, con lo cual se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe desacuerdo. En este punto, la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, sólo entonces el Estado podrá implementar la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo afectado **(STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 41)**”.

6.4 El desarrollo normativo de la obligación del Estado de obtener el consentimiento en determinados casos

En el Perú, el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT en la parte que reconoce la obligación de obtener el consentimiento, debe ser interpretado de conformidad con los artículos 7, 8 y 9 de la Ley N° 28223, más conocida como Ley sobre los desplazamientos internos. Según el artículo 7, inciso 1, *“Todo ser humano tiene derecho a la protección contra desplazamientos arbitrarios que le alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual”*. En el inciso 2 letra “c” del mismo se precisa que la prohibición de los desplazamientos arbitrarios incluye los desplazamientos: *“En casos de proyectos de desarrollo en gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial”*.

El artículo 8 inciso 1 de la norma mencionada, exige la realización del test de ponderación a través del principio de proporcionalidad. Según este *“antes de decidir el desplazamiento de personas, las autoridades competentes se asegurarán que se han estudiado todas las alternativas viables para evitarlo. Cuando no quede ninguna alternativa, se tomarán todas las medidas necesarias para minimizar el desplazamiento y sus efectos adversos”*.

En el caso de pueblos indígenas, el artículo 9 estableció la obligación especial del Estado de proteger a los pueblos indígenas contra los desplazamientos forzados.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

Según esta norma *“el Estado tiene la obligación de tomar medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas andinos, nativos de etnias en la Amazonía, minorías campesinas y otros grupos que tengan una dependencia especial con su tierra o un apego particular a la misma”*.

Un segundo supuesto de consentimiento en normas de rango constitucional es cuando el Estado prevé adoptar “medidas especiales”, el cual está establecido en el artículo 4 del Convenio 169 de la OIT. Aunque no existe una mención literal del derecho, la interpretación holística del texto permite afirmar que en ese caso hay un supuesto de consentimiento también.

a) Nivel legislativo

Un supuesto de desarrollo legislativo es el contenido en el artículo 23 de la Ley N° 26839. Esta norma reconoció la importancia y el valor de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas, para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. A continuación señala que *“se reconoce la necesidad de proteger estos conocimientos y establecer mecanismos para promover su utilización con el consentimiento informado de dichas comunidades, garantizando la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización”*¹⁰⁵.

b) Nivel reglamentario

A nivel reglamentario en Perú se estableció la obligación de consentimiento en los casos de creación de Áreas Nacionales Protegidas, en el artículo 43.2 del Reglamento de la Ley de áreas Naturales Protegidas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 038-2001-AG. Esta norma define que:

“[...] 2. Se pueden establecer Áreas Naturales Protegidas o categorizarlas definitivamente sobre predios de propiedad comunal, si es que se cuenta con el consentimiento previo dado libremente y con pleno conocimiento de causa de los propietarios de los mismos, cuyos derechos fundamentales se reconocen explícitamente en el dispositivo de creación. En todo caso es aplicable lo establecido en el Artículo II del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales - Decreto Legislativo N° 613”.

Esta norma ha tenido un desarrollo más específico en los “Lineamientos para la evaluación de expedientes para el establecimiento de ACR”, aprobado mediante R. P. N° 205-2010-SERNANP. Esta norma contempla dos disposiciones, que desarrollan el derecho al consentimiento para el caso de Áreas de Conservación Regional (ítems 7.2.d. y 7.5.b).

El segundo supuesto desarrollado reglamentariamente donde se exige consentimiento, es ante proyectos que impliquen el almacenamiento o eliminación

¹⁰⁵ Resaltado por fuera del texto original.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

de materiales peligrosos en sus territorios. El primer fundamento normativo de esta exigencia fue el artículo 29.2 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas¹⁰⁶. Esta obligación se volvió vinculante¹⁰⁷ en Perú con la séptima disposición final del Decreto Supremo 001-20012-MC. Según esta norma

“El Estado brinda las garantías establecidas por Ley y por la Constitución Política del Perú a la propiedad comunal. El Estado, en el marco de su obligación de proteger el derecho de los pueblos indígenas a la tierra, establecido en la Parte II del Convenio 169 de la OIT, así como al uso de los recursos naturales que les corresponden conforme a Ley, adopta las siguientes medidas:

[...] b) No se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas, debiendo asegurarse que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos”.

La jurisprudencia nacional también ha jugado un papel fundamental en el reconocimiento del derecho al consentimiento. La sentencia del TC 03343-2007-AA desarrolló la obligación del Estado de obtener el consentimiento, siguiendo la tendencia marcada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El segundo pronunciamiento de reconocimiento del derecho a la consulta fue realizado por la Corte Suprema¹⁰⁸. En el expediente N° 2232-2012¹⁰⁹, la sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, estableció que *“Por otro aspecto, la finalidad de la consulta es obtener un acuerdo, consenso, y en casos específicos obtener el consentimiento (La Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene señalado que en algunos casos la consulta previa no es suficiente, además se requiere la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos en toda decisión que les pueda afectar, modificar, perjudicar los derechos de propiedad indígenas).”*

Ambas sentencias, tanto la expedida por el TC como la expedida por la Corte Suprema, incluyen en sede nacional lo precisado por la Corte IDH en el caso

¹⁰⁶ María Clara Galvis, Amicus Curiae presentado en el Caso Majes Siguan II por la Fundación del Debido Proceso.

¹⁰⁷ El TC ha señalado en la sentencia 00022-2009-PI que la DNUDPI no es vinculante en sentido estricto.

¹⁰⁸ Ver artículo 82 del Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley 28237.

¹⁰⁹

Ver

sentencia:

<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3281fc0040b6a3268819c9726e1ea793/Sentencia+A.P.N%C2%B0+2232-2012+LIMA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3281fc0040b6a3268819c9726e1ea793>

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

Saramaka. Lo que hacen en buena cuenta es reiterar y recordarle al Estado peruano, la existencia de la consulta previa, implementado en el derecho nacional el derecho internacional de los derechos humanos.

7. La Consulta Previa en Canadá: el deber de consulta y la negociación entre el Gobierno con los pueblos Aborígenes de Canadá

Como tercer ejemplo de experiencias en torno a la consulta previa, el caso de Canadá es importante pues su enfoque es el deber de consulta con el fin de incorporar y acomodar las necesidades especiales de los Pueblos Aborígenes. El proceso de decisión es complejo e involucra la participación de distintas entidades del gobierno federal y provincial, así como del sector privado¹¹⁰.

La decisión más relevante sobre el deber de consulta es el *caso Haida Nation*¹¹¹, decidido por la Corte Suprema de Justicia de Canadá en el 2004. En este caso, la Corte Suprema determinó que la Corona¹¹² tiene un deber de consultar con los Pueblos Aborígenes, incluso en los casos que estos no hayan sido reconocidos por ley, por tratados o por los tribunales. En este sentido, la Corte concluyó que el Gobierno no puede determinar de forma independiente cuáles son las necesidades y aspiraciones de estos pueblos. El Gobierno tiene una relación fiduciaria (*fiduciary relationship*) con los Pueblos Aborígenes de Canadá, basada en la historia y pasado colonialista del país.

La Corte Suprema de Justicia, coincidiendo con estándares aplicables por otros tribunales, precisa que la obligación de consulta no puede limitarse a meramente informar sobre la medida al Pueblo Aborigen afectado. En este sentido, la obligación de consulta implica sostener discusiones abiertas para que la voz del Pueblo Aborigen sea escuchada pero, más importante, para que este proceso sea llevado a cabo con una mente abierta. Esta predisposición es importante para poder acomodar las necesidades particulares del Pueblo Aborigen, así como un medio para poder concretar los medios para hacerlos efectivos¹¹³.

En estas decisiones, la Corte Suprema ha determinado que el deber de consulta se basa en el honor de la Corona y de la relación especial que el Gobierno Federal

¹¹⁰ Sébastien Grammond, *Terms of Coexistence : Indigenous Peoples and Canadian Law*, (Toronto : Carswells for Thomson Reuters Canada, 2013) at p 321-322.

¹¹¹ *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73.

¹¹² Dado que Canadá es parte del Commonwealth el término Corona (Crown) es utilizado para identificar los deberes y potestades del Estado, de acuerdo a la Constitución de 1982. La traducción funcional del término Corona sería “Estado”.

¹¹³ *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, and *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] 3 S.C.R. 550, 2004 SCC 74.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

tiene con los Pueblos Aborígenes, de acuerdo a lo señalado en la sección 35 de la Constitución de 1982¹¹⁴, estableciendo una protección constitucional mediante su jurisprudencia.

Este deber de consulta no tiene como fin remediar los errores cometidos en el pasado colonial canadiense, sino que es vista como un medio para evitar que esto vuelva a ocurrir. Mediante el proceso de consulta, se espera que un proyecto determinado no proceda por la voluntad unilateral de una de las partes pero que sea realizada por consentimiento mutuo. Es importante notar que el deber de consulta no le concede a los Pueblos Aborígenes un derecho a veto sobre un proyecto, sino que constituye en una oportunidad para negociar sus términos con el Gobierno Federal, de forma abierta y sin restricciones, con el fin de alcanzar un acuerdo satisfactorio entre las partes.

Con respecto a las materias que deben ser consultados, el Gobierno Federal y los gobiernos provinciales están obligados a consultar casos en que obligaciones legales o contractuales puedan afectar a los Pueblos Aborígenes, así como políticas públicas que los puedan afectar y aquellas materias en las que el *Common Law* exige una consulta, tales como proyectos extractivos en territorios que tienen una significancia histórica o religiosa para los Pueblos¹¹⁵.

8. El caso africano: una mirada a las experiencias de consulta previa

El caso africano es relevante para el estudio sobre la consulta previa pues, si bien únicamente la República Centroafricana ha ratificado el Convenio 169 de la OIT¹¹⁶ y la República del Congo es el único país en tener una ley específica sobre la consulta previa¹¹⁷, esto no ha impedido el desarrollo de experiencias nacionales en torno a esta materia. Como se estableció al inicio de *amicus*, esto demuestra el distinto ámbito de aplicación y respeto de los derechos de los pueblos indígenas. Cabe destacar que todos los países africanos votaron a favor de la adopción de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

¹¹⁴ Department of Aboriginal Affairs and Northern Development Canada, *Aboriginal Consultation and Accommodation - Updated Guidelines for Federal Officials to Fulfill the Duty to Consult* (Ottawa: Minister of the Department of Aboriginal Affairs and Northern Development Canada, 2011, March 2011).

¹¹⁵ Canadian Environmental Assessment Agency *Aboriginal Consultation in Federal Environmental Assessment*, online: Canadian Environmental Assessment Agency <https://www.ceaa-acee.gc.ca/default.asp?lang=en&n=ED06FC83-1>.

¹¹⁶ La República Centroafricana ratificó el Convenio 169 de la OIT en agosto de 2010, entrando en vigor el 11 de agosto de 2011. Desde esa fecha, se ha venido trabajando en una ley de implementación del tratado pero el conflicto interno en dicho país ha demorado el proceso de debate.

¹¹⁷ Ver: Law No. 5-2011 of 25 February 2011 on the promotion and protection of the rights of the indigenous populations of the Republic of Congo

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

En el caso de la **República del Congo**, la Ley No. 05-2011 establece que se debe consultar las medidas legales y administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas del país. Un aspecto interesante de la ley es que incorpora gran parte de los principios de una consulta previa, libre e informada en la Declaración de la ONU y establece específicamente en su Art. 3 que se debe asegurar la participación de hombres y mujeres. Este es un elemento importante y que no ha sido objeto de un mayor desarrollo jurisprudencial en aspectos de consulta, que es lo relativo a la equidad de género.

Otro aspecto positivo en esta ley es el Art. 15, el cual establece la participación de los pueblos indígenas en los beneficios resultantes del uso y explotación de su conocimiento tradicional y herencia cultural. Finalmente, el Art. 33 de la ley establece el derecho de los pueblos indígenas de definir las estrategias y prioridades para su desarrollo. Cabe destacar que hasta la fecha no se ha realizado ninguna consulta en este país, pero el marco jurídico existe para que las comunidades beneficiadas por la ley puedan realizar consultas¹¹⁸.

Si bien no hay en el continente africano ejemplos variados de leyes sobre pueblos indígenas, existe una serie de disposiciones que reconocen la consulta previa como un requerimiento, especialmente frente a proyectos extractivos. En el caso de **Camerón**, la ley forestal de 1994 establece la obligación de consultar con las comunidades locales, indígenas o no, sobre el uso y explotación de los recursos naturales¹¹⁹. En el caso de la **República Democrática del Congo**, la normativa nacional establece a las empresas del sector extractivo la obligación de consultar previamente con las comunidades y hacerlas partícipes de los beneficios de dicha actividad económica¹²⁰. Además, en el Código Forestal de 2002, se establece que las comunidades locales (término usado para identificar los grupos que puedan ser afectados por la actividad económica), deben participar en todo el proceso, incluyendo los planes de mitigación forestal¹²¹.

En **Mozambique**¹²², de forma similar a los otros ejemplos demostrados, la legislación se centra en la concesión o aprobación de actividades extractivas en el territorio de comunidades locales. Se destaca el reconocimiento a la participación de la mujer en estos procesos y que estas comunidades deben ser consultadas previamente antes del uso de su tierra por terceros. Si bien las consultas son obligatorias y procura obtener un acuerdo mutuo, la decisión de la comunidad no constituye un veto. En el caso de **África del Sur**, la ausencia de una legislación

¹¹⁸ Ver : International Work Group for Indian Affairs. *The Indigenous World 2012* (Copenhague: IWG, 2012) p. 469.

¹¹⁹ Ver: Camerón: Loi N° 94/01 du 20 janvier 1994: portant régime des forêts, de la faune et de la pêche, section 8.

¹²⁰ Ver: <http://www.forestpeoples.org/topics/redd-and-related-initiatives/news/2012/07/drc-reaffirms-its-commitment-free-prior-and-informe>

¹²¹ Ver: http://theredddesk.org/sites/default/files/resources/pdf/2012/drc_field_dialogue.pdf

¹²² Ver: <http://www.fao.org/docrep/013/i1945e/i1945e02.pdf>

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

específica no ha impedido que la Corte Constitucional establezca que el territorio tradicional ocupado y utilizado por los pueblos indígenas comprende los minerales en el subsuelo y están regulados por su derecho tradicional¹²³.

9. Australia y Nueva Zelanda: Legislación sobre consulta y reconocimiento del derecho al veto para casos excepcionales

El caso de **Australia** es importante pues desde la adopción del *Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act* de 1976 reconoce a los pueblos aborígenes del *Northern Territory* derechos comunales para el control de su tierra. El *Northern Land Council* aplica el principio de consulta previa, libre e informada al negociar en representación de los pueblos aborígenes con compañías interesadas en desarrollar proyectos de explotación de dichos territorios, de acuerdo a lo establecido en el *Native Title Act* de 1993 y la ley ya mencionada de 1976¹²⁴. Esta normativa permite, excepcionalmente, la aplicación y el derecho de veto sobre un proyecto específico. Sin embargo, este es únicamente aplicable a los Pueblos Aborígenes del *Northern Territory* y en circunstancias especiales¹²⁵.

En este contexto, el principal elemento de la consulta previa en Australia es la negociación de buena fe. El caso *Mabo v. Queensland (No. 2)*¹²⁶, fue el primer caso en reconocer títulos de pueblos nativos en Australia, basándose en su uso tradicional e histórico. En este caso, la Corte rechazó caracterizar la relación entre la Corona y los aborígenes australianos como fiduciaria. En el caso *Brownley v. Western Australia*¹²⁷, la Corte Federal determinó que negociar de buena fe implica tener una mente abierta, disposición para escuchar y disposición para llegar a un acuerdo que permita la aceptación por parte de los titulares del territorio aborígen.

Sobre esta base, el *Native Title Act* de 1993¹²⁸ concede el derecho a los Pueblos Aborígenes, con títulos sobre sus territorios, a negociar directamente con empresas mineras que pretendan desarrollar actividades económicas en su

¹²³ Corte Constitucional de África del Sur, *Alexkor Ltd and the Republic of South Africa v. The Richtersveld Community and Others* CCT 19/03, para. 64.

¹²⁴ Ver: Howard David Smith. NorthernLand Council. “Informed consent in Australia’s Northern Territory” (2012), presented at the IAIA 12 Conference Proceedings, online: <https://www.iaia.org/conferences/iaia12/uploadpapers/Final%20papers%20review%20process/Smith,%20Howard.%20%20Informed%20consent%20in%20Australia's%20Northern%20Territory.pdf?AspxAutoDetectCookieSupport=1>

¹²⁵ Ver: Philip Oxhorn, Susan Dodsworth, “The Challenge of Sustainable Resource Development in Indigenous Communities” Institute for the Study of Intentional Development, (2013). Online: https://www.mcgill.ca/isid/files/isid/pb_2013_01_oxhorn.pdf

¹²⁶ Ver: High Court of Australia, *Mabo v Queensland (No 2)* (1992) 175 CLR 1.

¹²⁷ Ver: Federal Court of Australia, *Brownley v Western Australia* [1999] FCA 1139 (19 August 1999).

¹²⁸ Ver: Act No. 110 of 1993 received assent on 24 December 1993.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

territorio. En el caso que no haya ningún acuerdo luego de 6 meses de negociación, el caso puede ser remitido para un arbitraje ante el *National Native Title Tribunal*. De acuerdo con la Comisión Australiana de Derechos Humanos, la consulta establecida en la ley de 1993 y sus posteriores modificaciones, debe ser realizada de forma libre, previa e informada¹²⁹.

En el caso de **Nueva Zelanda**, el aspecto más relevante de su marco normativo es que el *Crown Mineral Acts* de 1991 reconoce al pueblo Maori un veto absoluto sobre las actividades extractivas en su territorio, excepto aquellas que tengan un impacto mínimo. Sin embargo, cabe destacar que esta relación especial del Gobierno de Nueva Zelanda con el pueblo Maori data de 1840, fecha de adopción del Tratado de Waitangi que reconoce derechos y medios de protección a este pueblo. Este tratado, al no ser reconocido por el derecho interno, no constituye una fuente de derechos¹³⁰. Sin embargo, la política de desarrollo económico Maori¹³¹ se basa en algunos principios establecidos en aquél tratado: el principio de protección activa, el derecho a la auto-regulación, el derecho a compensación por violaciones pasadas y el deber de consulta¹³².

¹²⁹ Australian Human Rights Commission. *Native Title Report 2010*. (2010) online: <https://www.humanrights.gov.au/publications/native---title---report---2010---chapter---3---consultation---cooperation---and---free---prior---and---informed>

¹³⁰ Ver: Fleur Adcock. *Regarding Rights: Relationship Matters: Constitutional Protection of Indigenous Rights in Aotearoa New Zealand*. May 31, 2013, online: http://asiapacific.anu.edu.au/regarding---rights/2013/05/31/relationship---matters---constitutional---protection---of---indigenous---rights---in---aotearoa---new---zealand/#_ftnref3

¹³¹ Ver: Maori Economic Development Panel. “Action Plan 2012 – 2017” (2012). Online: <http://maoriparty.org/wp---content/uploads/2013/12/MEDP---ActionPlan.pdf>

¹³² Ver: Ver: Philip Oxhorn, Susan Dodsworth, “The Challenge of Sustainable Resource Development in Indigenous Communities” Institute for the Study of Intentional Development, (2013), p. 20.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
Caso San Miguel del Progreso - Amparo Indirecto 429/2016

10. Conclusiones

Teniendo en cuenta lo expuesto en el amicus curiae, respetuosamente hacemos un llamado para que el honorable Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Guerrero tenga en cuenta el desarrollo internacional que se ha dado al derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas.

Con respecto a la controversia suscitada sobre la concesión del territorio de la comunidad San Miguel del Progreso por parte de la Secretaría de Economía, sin haber realizado un proceso de consulta, la Clínica de Derechos Humanos del Human Rights Research and Education Centre de la Universidad de Ottawa de Canadá, la Fundación para el Debido Proceso y el Centro para el Derecho Internacional Ambiental solicitamos al honorable Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Guerrero lo siguiente:

- Declare la nulidad del acto administrativo que en sí misma conlleva la inminente admisión de nuevas solicitudes de concesión y la ulterior emisión de concesiones, para explorar y explotar los recursos naturales sobre el territorio de la comunidad San Miguel del Progreso;
- Exhortar a la Secretaría de Economía y demás instituciones estatales competentes que cualquier exploración o explotación de territorios indígenas debe ser previamente consultado con éstos, como legítimos titulares de su territorio;
- Desarrolle en su jurisprudencia los estándares internacionales para la protección, ejercicio y goce de la consulta previa, libre e informada en beneficio de los pueblos indígenas.

En representación de las organizaciones suscribientes

Daniel Cerqueira
Due Process of Law Foundation (DPLF)