



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Amicus Curiae

Caso Pueblo Indígena U'wa y sus miembros vs. Colombia

**“La consulta previa como manifestación de la libre
determinación indígena y lineamientos que
deberían orientar la regulación de los procesos de
consulta”**

**Washington, D.C.
10 de mayo de 2023**

Información de la institución firmante del Amicus Curiae

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

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

Sitio Web: www.dplf.org

Tabla de Contenidos

| Sección | Página |
|---|---------------|
| 1. Sobre el instituto del <i>amicus curiae</i> y el interés de la organización firmante de este escrito | 3 |
| 2. Resumen de la controversia jurídica y objeto del escrito de <i>amicus curiae</i> | 3 |
| 3. La CLPI como manifestación del derecho a la libre determinación indígena | 7 |
| 4. Marco constitucional y legal comparado sobre la CLPI | 17 |
| 5. Regulación de la CLPI en Colombia y oposición a los proyectos de ley general de consulta por parte de las organizaciones indígenas y afrocolombianas | 27 |
| 6. Conclusiones y recomendaciones | 31 |

1. Sobre el instituto del *amicus curiae* y el interés de la organización firmante del escrito

El presente escrito se enmarca en la tradición jurídica conocida como *amicus curiae*. Se trata de un instituto que remonta al Derecho Romano y cuyo significado literal (“amigo de la corte”) denota el propósito para el cual fue concebido: proporcionar subsidios de hechos o *de iure* a un tribunal, para la mejor solución de una controversia. Los *amici curiae* son, en resumen, personas o entidades ajenas a la causa, que buscan auxiliar a los y las integrantes de un tribunal, particularmente en cuestiones relevantes para una determinada comunidad jurídico-política¹.

Desde sus orígenes, el instituto del *amicus curiae* ha fungido como una herramienta ciudadana de maximización de principios y valores compartidos por una comunidad jurídica. Con la afirmación de los paradigmas constitucionales basados en Estados Democráticos de Derecho, y su inmersión en el proceso de universalización de los derechos humanos, los *amicus curiae* pasaron a trascender el ámbito doméstico de construcción doctrinal y jurisprudencial del Derecho.

Actualmente, se encuentran incorporados en la práctica jurisdiccional de la mayor parte de los altos tribunales latinoamericanos. La Corte Interamericana (Corte IDH), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte de Justicia de la Unión Europea, entre otros tribunales internacionales, consagran expresamente en sus reglamentos o estatutos, o a través de una práctica consolidada, la intervención de *amicus curiae*. También en el ámbito de los tribunales arbitrales con competencia para resolver controversias sobre tratados de inversión y libre comercio; así como los tribunales penales *ad hoc*, tales como los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda y la Corte Especial para Sierra Leona, es una práctica regular la intervención de los *amicus curiae*². Concretamente, el artículo 44.4 del Reglamento de la Corte IDH establece la posibilidad de presentarse escritos de *amicus curiae* “en cualquier momento del proceso pero no más allá de los 15 días posteriores a la celebración de la audiencia pública.”

Por la convergencia del conocimiento, producción doctrinaria y actuación especializada de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF por sus siglas en inglés) con relación a los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, confiamos en que la Honorable Corte IDH admitirá este escrito y tomará en cuenta los argumentos expuestos a continuación.

2. Resumen de la controversia jurídica y objeto del escrito de *amicus curiae*

El presente *amicus curiae* guarda relación con una petición presentada a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el 28 de abril de 1998 por parte de la Asociación de Cabildos Mayores del Pueblo U’wa, la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), y la *Coalition for Amazonian People and The Environment*.sumándose

1 Scourfield McLauchlan, Judithanne, Congressional Participation As Amicus Curiae Before the U.S. Supreme Court. LFB Scholarly Publishing (2005), p. 266.

2 Véase Pascual Vives, José Francisco, EL DESARROLLO DE LA INSTITUCIÓN DEL AMICUS CURIAE EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. Revista Electrónica de Estudios Internacionales (2011). Disponible en: www.reei.org/index.php/.../Estudio_PASCUAL_FcoJose.pdf

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

posteriormente a la causa en calidad de representantes la Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (CAJAR) y *EarthRights International* (los peticionarios), en la cual se alega la responsabilidad internacional de Colombia por la concesión de licencias de exploración y explotación de actividades petroleras, mineras, turísticas y de infraestructura en el territorio de la Nación U’wa, causando una serie de violaciones a sus derechos humanos.

Concretamente, el escrito de amicus curiae aborda uno de los aspectos del análisis jurídico efectuado por la CIDH en su informe de fondo, así como la recomendación para que Colombia adopte una ley general sobre consulta previa, libre e informada (CLPI). Tal como se explicará más adelante, el amicus aclara que dicha recomendación no debería ser recogida por la Honorable Corte IDH en su sentencia, en tanto se aparta de los estándares internacionales vigentes y de la práctica jurisprudencial constante del tribunal interamericano, además de colisionar con la experiencia comparada en los diversos países de la región en donde se dieron intentos frustrados de adopción de una ley uniforme sobre CLPI.

El Pueblo U’wa pertenece al tronco étnico Chibcha, y una parte de su población se encuentra asentado en el Resguardo Unido U’wa, en un área de 220.275 hectáreas que se extienden por los departamentos de Arauca, Norte de Santander, Santander y Boyacá, aunque el territorio ancestral es mucho más extenso que el reconocido en dicho Resguardo. El Resguardo Unido U’wa fue establecido en agosto de 1999, por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), abarcando, en este momento, los resguardos de Cobaría, Tegría, Bókota y Rinconada; así como la reserva indígena Tauretes – Aguablanca. Años después, se constituyó el resguardo Santa Marta (Kuitua). Es de mencionar que el territorio ancestral del Pueblo U’wa asciende aproximadamente a 1.400.000 hectáreas y una prueba de ellos es la existencia de los títulos coloniales, de ahí que representantes del Pueblo U’wa suscribieron acuerdos con el Gobierno Nacional para clarificar los títulos coloniales bajo su posesión; el saneamiento de su territorio; entre otros compromisos que hasta la fecha no se han cumplido³.

Los peticionarios alegaron que, desde 1992, su territorio ha sido objeto de varias licencias de actividades económicas, sin que el Estado haya cumplido la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del referido pueblo, por medio de sus autoridades ancestrales. Indicaron que en 1999 se amplió la demarcación del Resguardo Unido U’wa, pero en desconocimiento de los títulos coloniales otorgados antes de la creación de la República de Colombia y sin que se haya otorgado un título de propiedad colectiva. Lo anterior, con el fin de facilitar la continuidad de actividades petroleras al interior del territorio U’wa y en zonas aledañas.

Según los peticionarios, el territorio U’wa ha sido objeto de invasiones por parte de colonos y trabajadores de empresas extractivas; de daños ambientales de grandes proporciones; y de la destrucción de lugares sagrados. Afirmaron que, con el fin de resguardar las inversiones privadas, el gobierno colombiano instaló bases militares en la región, instaló minas antipersonales, realizó bombardeos y otras acciones armadas que dejaron un saldo de crisis humanitaria y de graves violaciones de derechos humanos. Lo anterior ha expuesto al Pueblo U’wa al riesgo de extinción física y cultural, situación que ha sido reconocida por la propia Corte Constitucional colombiana⁴.

³ CIDH, Informe No. 146/19, Caso 11.754. Fondo. Pueblo Indígena U’Wa y sus Miembros. Colombia. 28 de septiembre de 2019, párrs. 36 a 44.

⁴ Corte Constitucional de Colombia, auto 004 de 2009.

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

Los peticionarios indicaron que Colombia incumplió la obligación de consultar y de obtener el consentimiento libre, previo e informado del Pueblo U’wa. Manifestaron que el procedimiento de consulta previa ha sido regulado por medio de diversos decretos y directivas, los cuales no reúnen los estándares constitucionales y del Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH). Finalmente, destacaron que las autoridades judiciales actuaron de forma poco diligente, validando procesos de consulta manipulados por el gobierno e incumpliendo la garantía de un plazo razonable en las diversas acciones judiciales presentadas con el fin de anular las concesiones extractivas en el territorio U’wa⁵.

A su vez, el estado sostuvo que, bajo el marco constitucional colombiano, los recursos del subsuelo son de propiedad inalienable de la nación, pudiéndose realizar concesiones para actividades económicas, siempre que se cumplan con el derecho a la CLPI, cuando se trate de recursos ubicados en territorios indígenas. Destacó que la CLPI está reconocida en el ordenamiento interno y que no conlleva el derecho de pueblos indígenas a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afecten, sino a una oportunidad para que la Administración Pública considere sus posiciones sobre proyectos que se buscan concesionar. Afirmó que fueron realizados varios procesos de consulta previa respecto de las licencias cuestionadas por los peticionarios, subrayando que, en algunos, la Asociación de Autoridades Tradicionales y Cabildos U’wa se negaron a participar de reuniones informativas y de preconsulta, frustrando así la continuidad del proceso.

Colombia indicó que, bajo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la obligación de obtener el consentimiento indígena está supeditada a la posibilidad de que la actividad económica concesionada genere el exterminio físico y cultural del pueblo indígena en cuestión. Subrayó que las actividades extractivas llevadas a cabo en el territorio U’wa han sido licenciadas de conformidad con los estándares internacionales aplicables, habiéndose proporcionado la información pertinente al mencionado pueblo, durante cada proceso de consulta conducido.

Finalmente, manifestó que el derecho a la CLPI conforma el bloque de constitucionalidad y ha sido ampliamente reconocido a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional; de la Directiva Presidencial 10 de 2013, del Decreto 2613 de 2016, entre otras normas⁶.

Tras la tramitación del caso, la CIDH emitió un informe de fondo el 28 de septiembre de 2019. Con relación al derecho de propiedad colectiva del Pueblo U’wa sobre su territorio y la obligación estatal de titularlo y sanearlo, la CIDH concluyó que:

[...] el pueblo indígena U’wa no ha podido usar y gozar de sus tierras en forma pacífica. Además de los diversos proyectos que se han realizado en su territorio a través de los años como consecuencia de las concesiones otorgadas por el Estado [...] el saneamiento al que se comprometió el Estado en 1999 no ha culminado. El Estado ha alegado que el derecho al uso y goce de la propiedad colectiva no es absoluto y puede ser limitado, en tanto que el Estado sigue siendo propietario legítimo de los recursos del subsuelo. Asimismo, indicó que en 1995 se estableció en escritura

⁵ CIDH, Informe No. 146/19, Caso 11.754. Fondo. Pueblo Indígena U’Wa y sus Miembros. Colombia. 28 de septiembre de 2019, Sec. II Alegato de las Partes, A. Parte peticionaria, párrs. 3 a 13.

⁶ *Ibid*, Sec. II Alegato de las Partes, B. Estado, párrs. 14 a 24.

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

pública, que el titular del derecho de dominio es el INCODER [Instituto Colombiano de Desarrollo Rural] y que la transferencia de dominio se haría en el marco del saneamiento.

[E]n el 2007 el Estado se comprometió a culminar con el saneamiento del territorio en 2010; sin embargo, ello tampoco ha ocurrido conforme a los estándares indicados anteriormente. Cabe destacar lo asentado en los acuerdos de mayo de 2014, en los que el Estado de nuevo se comprometió a sanear el Resguardo Unido U’wa con asignación presupuestal con un plazo de dos años. Han pasado así 20 años desde la Resolución No. 56 de 1999 y el Pueblo U’wa no solo no ha recibido el título de propiedad colectiva que desde entonces viene exigiendo, sino que colonos continúan viviendo en su territorio. Este tiempo irrazonable se suma a las décadas previas a 1999 en las que las tierras y territorios U’was permanecieron sin ser saneadas, situación que el Estado se comprometió a revertir recién en dicho año⁷.

La CIDH desconsideró el alegato del Estado, según el cual algunos hechos del caso habían ocurrido con anterioridad al desarrollo de ciertos estándares internacionales en materia de CLPI, por lo que estos no deberían ser aplicados de forma retroactiva. Al respecto, aseveró que la obligación de realizar la consulta previa se desprende de la propia Convención Americana, lo cual vincula al Estado colombiano desde la ratificación de dicho tratado, concluyendo que

[...] el Estado no cumplió con el derecho a la consulta previa, libre e informada, al otorgar permisos, licencias y concesiones para la realización de proyectos petroleros, mineros y de infraestructura en tierras del Pueblo U’wa o en zonas adyacentes a las mismas, que podían afectar sus tierras, territorios y su forma de vida. Mucho menos, el Estado colombiano procuró obtener el consentimiento del pueblo U’wa, no obstante varios de los proyectos pueden considerarse planes de desarrollo o de inversión a gran escala con un impacto muy severo en la supervivencia del pueblo⁸.

Al pronunciarse sobre el alegato del Estado de que algunas reuniones y convocatorias previo a la concesión de actividades petroleras y mineras significaban un cumplimiento de sus obligaciones en materia de CLPI, la CIDH manifestó que estas “incumplen a todas luces los múltiples estándares establecidos por el sistema interamericano”; y destacó que:

[...] el Estado tampoco realizó estudios de impacto ambiental y social, que permitieran determinar el modo en que los proyectos y actividades empresariales pudieran afectar la subsistencia e integridad cultural de las comunidades indígenas que habitan el territorio. Ello, aunado a que el Estado no cuenta con legislación que regule debidamente la consulta [...]⁹.

En similar sentido, el informe de fondo de la CIDH hizo énfasis en que pese a los diversos intentos de reglamentación y al hecho de que la Corte Constitucional de Colombia ha elevado

⁷ *Ibid*, párrs. 113 y 114.

⁸ *Ibid*, párr. 130.

⁹ *Ibid*, párr. 132, destacado añadido.

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

la CLPI al rango constitucional, “lo cierto es que Colombia no cuenta con una ley que regule la consulta previa¹⁰.”

Tras atribuir responsabilidad a Colombia por la violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1, 13, 21, 23, 25.1 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, la CIDH emitió recomendaciones en materia de reparación, la última de las cuales establece lo siguiente:

Adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para evitar que en el futuro se produzcan hechos similares; en particular, adoptar recursos sencillos, rápidos y efectivos que tutelen el derecho de los pueblos indígenas a reivindicar sus territorios ancestrales y a ejercer pacíficamente su propiedad colectiva, mediante la titulación, demarcación, delimitación y saneamiento. Asimismo, adoptar una ley de consulta previa acorde a los estándares señalados en el presente informe y en consulta con la comunidad indígena colombiana¹¹.

Al evaluar las obligaciones del Estado colombiano bajo el art. 2 de la CADH y al disponer de las medidas de reparación correspondientes, recomendamos que la Honorable Corte IDH se aparte de la recomendación del informe de fondo de la CIDH destacada *supra*. Asimismo, sugerimos que la Corte tome en consideración los lineamientos del DIDH que exigen el respeto a la posición de los pueblos y comunidades indígenas y tribales de un determinado país frente a la mejor manera de implementar el derecho a la CLPI, ya sea por medio de una ley de alcance general o por otra vía.

A continuación, se resumen algunos parámetros que conforman tales lineamientos y que, respetuosamente, instamos sean debidamente considerados por el tribunal interamericano en su sentencia¹².

3. La CLPI como manifestación del derecho a la libre determinación indígena

De los 24 Estados parte del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), principal tratado que consagra el derecho a la consulta previa, 14 son provenientes de la región. De los países latinoamericanos con población indígena, solo El Salvador, Panamá y Uruguay no han ratificado el referido convenio¹³. En el caso de Panamá, en la práctica, el Convenio 169 ha sido incorporado al ordenamiento interno, al tener varias de sus disposiciones reflejadas en el Título VII de la Ley General de Ambiente de 1988 (artículos 92

¹⁰ *Ibid*, párr. 117.

¹¹ *Ibid*, Sección V, Conclusiones y Recomendaciones, párr. 160, recomendación 5. Destacado añadido.

¹² Las consideraciones vertidas en las secciones siguientes son producto de informes y estudios especializados de DPLF sobre la manera como diversos países de la región han buscado implementar las obligaciones en materia de CLPI emanadas del DIDH. El análisis realizado en las secciones siguientes se basa en las reflexiones de DPLF en torno a la forma como México, Guatemala, Honduras, Costa Rica, Ecuador, Colombia, Ecuador, Brasil, Perú, Bolivia, Chile y Argentina han buscado reglamentar la consulta previa. Parte de estas reflexiones están descritas en el informe publicado en octubre de 2018 por DPLF y Oxfam-México bajo el título *Implementación de la consulta y consentimiento previo, libre e informado: Experiencias comparadas en América Latina y discusiones sobre una ley de consulta en México*, octubre de 2018. Disponible en: https://www.dplf.org/sites/default/files/informe_sobre_consulta_y_cpli_mexico_final_web.pdf

¹³ OIT, Ratificación del C169 - Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

al 100)¹⁴. Pese al gran número de adhesiones al Convenio 169, los países de la región siguen enfrentado una serie de limitaciones al momento de legislar e implementar dicho derecho.

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

En términos generales, los Estados de la región mantienen un marco constitucional y leyes secundarias enmarcadas en el paradigma multicultural, con algunas expresiones de interculturalidad, entendida como la horizontalidad entre las instituciones jurídicas, políticas y culturales de los pueblos indígenas vis-à-vis las instituciones estatales. Una de las premisas básicas de este paradigma es la participación diferenciada de los pueblos indígenas en las decisiones estatales que les afectan; y la autonomía para tomar decisiones esenciales a sus modos de vida, sin la necesidad de tutela o mediación estatal. Los países cuyas constituciones se adhieren a dicho paradigma suelen consagrar:

- el derecho a la autoidentificación adscripción, es decir, la potestad individual y colectiva para definirse como indígena;
- salvaguardias especiales de protección, demarcación y titulación del territorio indígena;
- la promoción del pluralismo jurídico en las decisiones estatales y controversias judiciales que involucran a comunidades, pueblos o personas indígenas;
- el reconocimiento de un grado mínimo de autogobierno, como el derecho a elegir sus propias autoridades locales por medio de sus usos y costumbres, y administración de controversias intracomunitarias bajo sus propios sistemas normativos;
- el incentivo a la salud y a la educación intercultural y el fomento a los idiomas originarios, entre otros; y
- la autonomía para definir sus prioridades de desarrollo político, económico y social.

Una de las principales herramientas legales emanadas del referido paradigma es la consulta y el consentimiento libre, previo e informado, el cual está plenamente reconocido en el Derecho y Jurisprudencia Comparados y en el DIDH¹⁵. En el ámbito internacional, además del Convenio 169 de la OIT, su protección encuentra anclaje en los principales tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, tales como el artículo 1 común al Pacto

¹⁴ Véase, https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/28131_A/GacetaNo_28131a_20161004.pdf

¹⁵ Cerqueira, Daniel, “La consulta previa, libre e informada en América Latina: un poco de historia y precisiones sobre sus fundamentos jurídico-políticos.”, en *Blog Justicia en las Américas*, 10 de agosto de 2015. Disponible en: <https://dplfblog.com/2015/08/10/la-consulta-previa-libre-e-informada-en-america-latina-un-poco-de-historia-y-precisiones-sobre-sus-fundamentos-juridico-politicos/>.

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Lo anterior, en virtud de la interpretación que los órganos del Sistema Universal de Derechos Humanos, la CIDH y la Corte IDH han realizado del alcance de disposiciones de los respectivos tratados¹⁶.

A excepción de Bolivia, Ecuador y Venezuela, cuyas constituciones consagran expresamente el derecho a la CLPI, los demás países de la región no cuentan con una disposición constitucional específica que ampare dicho derecho. Ante este escenario, la CLPI ha sido reconocida, sobre todo por la vía jurisprudencial, por extensión de otros derechos previstos en disposiciones constitucionales o en instrumentos internacionales, tales como los derechos de propiedad colectiva (art. 21 de la CADH), la autonomía cultural (art. 27 del PIDCP) o el derecho a la libre determinación (art. 1º común al PIDCP y al PIDESC). En la jurisprudencia constitucional comparada, la CLPI ha sido reconocida a través del derecho de participación, libre determinación o la aplicación directa del Convenio 169 de la OIT, entre otros¹⁷.

Pese al desarrollo normativo más pronunciado que el derecho a la CLPI ha tenido en el ámbito doméstico e internacional, no se debe perder de vista que la superación del modelo constitucional integracionista se fundamentó en una agenda mucho más amplia de derechos, fundada en la reivindicación del movimiento indígena por el abandono de las normas, instituciones y políticas asimilacionistas e integracionistas y, sobre todo, en el reconocimiento de la libre determinación indígena. En respuesta, varios Estados institucionalizaron el cometido de respetar la autonomía de los pueblos indígenas y tribales de tomar decisiones esenciales a sus modos de vida y para definir sus propias prioridades de desarrollo político, económico y cultural.

En América Latina, este ejercicio se tradujo en el reconocimiento de diferentes manifestaciones del aspecto interno de la libre determinación indígena, como es la autonomía y el autogobierno¹⁸, en los marcos constitucionales erigidos o reformados a partir de la segunda mitad de la década de 1980. A modo de ejemplo, podemos mencionar los siguientes extractos de disposiciones constitucionales de los países de la región, referidos a la autonomía y autogobierno indígenas.

¹⁶ Respecto de las fuentes internacionales de las cuales se deriva la obligación de consultar previamente a los pueblos indígenas, véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párrs. 273-288 y 302-328, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>.

¹⁷ Sobre la posición de las altas cortes de los países latinoamericano respecto del derecho constitucional que se subsume en la obligación de realizar la consulta previa, véase Organización Internacional del Trabajo, *Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina: una recopilación de casos*, 2009, disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_norm/—normes/documents/publication/wcms_116075.pdf.

¹⁸ Véase, Niezen, Ronald, "The Indigenous Claim for Recognition in the International Public Sphere" 17 Florida Journal of International Law, 2005, p. 583.

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia (2009)

| | |
|----------------|--|
| Art. 2 | Reconoce la libre determinación de los pueblos indígenas, consistente en “ <i>su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.</i> ” |
| Arts. 1º y 269 | Consagran cuatro tipos de unidades territoriales autónomas entre sí: los departamentos, las provincias, los municipios y los territorios indígenas originarios campesinos y regionales. Estas últimas son regidas por los estatutos autonómicos, los cuales definen los procedimientos a través de los cuales sus órganos desarrollan sus actividades y sus relaciones con el Estado ¹⁹ . |
| Art. 272 | Establece que autonomía de la que goza cada una de estas unidades implica: i) la elección directa de sus autoridades; ii) la administración de sus recursos económicos; y iii) el ejercicio de sus facultades legislativa, reglamentaria, fiscalizadora y ejecutiva, por sus órganos de gobierno. |
| Art. 403 | <i>Se reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye [...] la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza. Los territorios indígenas originarios campesinos podrán estar compuestos por comunidades.</i> |

Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

| | |
|----------|---|
| Art. 231 | <i>São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.</i> |
| Art. 232 | <i>Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.</i> |

Pese al texto acotado en materia de autonomía y autogobierno en la Constitución brasileña, la legislación ordinaria desarrolla una serie de derechos relacionados, como el derecho a administrar controversias intracomunitarias según sus propias normas y costumbres, la salud y educación intercultural, etc. En los últimos años, más de cincuenta comunidades y pueblos indígenas, quilombolas y tradicionales han elaborado los llamados protocolos autónomos de consulta, los cuales “contienen las reglas mínimas y fundamentales que los pueblos y comunidades establecen y dan a conocer al Estado, estableciendo cómo se debe respetar el derecho propio, sus jurisdicciones propias y formas de organización social en un proceso de consulta previa²⁰.” Algunos de estos protocolos han sido elaborados bajo la asesoría técnica del Ministerio Público Federal²¹ y, en algunas ocasiones, el Poder Judicial

¹⁹ Ley N° 031, de 19 de julio de 2010, Ley Marco de Autonomías del Estado Plurinacional de Bolivia, arts. 52 y 60.

²⁰ Véase Amin, Liana A. y Marés, Carlos, “Los protocolos autónomos de consulta previa desde la experiencia de Brasil: retos para la jusdiversidad” en: *Revista Aportes DPLF N° 22 – El Derecho a la consulta previa, libre e informada a 30 años de la adopción del Convenio 169 de la OIT*, septiembre de 2020. Disponible en: https://www.dplf.org/sites/default/files/aportes_22_final_web.pdf

²¹ Véase, Protocolo Mura. (2019). Trancheiras: Yandé Peara Mura. Protocolo de Consulta e Consentimento do Povo Indígena Mura de Autazes e Careiro da Várzea, Amazonas. Disponible en: http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/docs/copy5_of_ProtocolodeconsultaMura.pdf

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

brasileño reconoció su obligatoriedad, en tanto expresión de la libre determinación y autonomía indígenas²².

Constitución Política de Colombia (1991)

| | |
|----------|---|
| Art. 246 | <i>Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.</i> |
| Art. 286 | Consagra los resguardos indígenas como entidades territoriales con autonomía administrativa y presupuestal. |
| Art. 330 | <i>[...] los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:</i> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.</i> 2. <i>Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.</i> 3. <i>Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.</i> 4. <i>Percibir y distribuir sus recursos.</i> 5. <i>Velar por la preservación de los recursos naturales.</i> 6. <i>Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.</i> 7. <i>Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.</i> 8. <i>Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren.</i> 9. <i>Las que les señalen la Constitución y la ley.</i> |
| Art. 357 | <i>Los municipios participarán en los ingresos corrientes de la Nación. La ley, a iniciativa del Gobierno, determinará el porcentaje mínimo de esa participación y definirá las áreas prioritarias de inversión social que se financiarán con dichos recursos. Para los efectos de esta participación, <u>la ley determinará los resguardos indígenas que serán considerados como municipios.</u></i> |

En este marco, la Corte Constitucional ha emitido diversos fallos que protegen el derecho a la autonomía y a la libre determinación de los pueblos indígenas, particularmente en tres ámbitos: “(i) ámbito externo, conforme al cual se reconoce el derecho de las comunidades a participar en las decisiones que los afectan (consulta previa), (ii) participación política de las comunidades, en el Congreso y, (iii) ámbito de orden interno, el cual se relaciona con las formas de autogobierno y autodeterminación al interior de las comunidades indígenas²³.”

Según la Corte Constitucional, este último ámbito involucra el derecho a “(i) decidir su forma de gobierno (CP art. 330); (ii) el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su

²² Véase, por ejemplo, Justiça Federal. Tribunal Regional Federal da 1a Região. Apelação Cível n. 0002505-70.2013.4.01.3903/PA. Relator Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. Decisão de 06 dez. 2017.

²³ Corte Constitucional, sentencia T-650 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

ámbito territorial (C.P. art. 246) y, (iii) el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, con los límites que señale la Constitución y la ley²⁴. Como resultado de esos derechos, los pueblos y comunidades indígenas están facultados para (i) escoger la modalidad de gobierno que los rige; (ii) consolidar y determinar sus instituciones políticas y autoridades tradicionales; (iii) establecer las funciones que corresponden a dichas autoridades; (iv) determinar los procedimientos y requisitos de elección de sus autoridades, así como la modificación y actualización de tales normas; y (v) definir las instancias internas de resolución de sus conflictos electorales²⁵.

Constitución de la República del Ecuador (2008)

| | |
|----------|---|
| Art. 6 | [...] <i>La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador.</i> |
| Art. 57 | <p><i>Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas [...] los siguientes derechos colectivos:</i></p> <p><i>1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.</i> [...]</p> <p><i>9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.</i></p> <p><i>10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.</i></p> <p><i>15. Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización.</i></p> <p><i>16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado.</i> [...]</p> |
| Art. 60 | <i>Los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura. La ley regulará su conformación. Se reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra, como una forma ancestral de organización territorial.</i> |
| Art. 171 | <i>Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación</i> |

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-973 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-117 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

| | |
|----------|--|
| | <i>entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.</i> |
| Art. 242 | <i>El Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. [...] Los distritos metropolitanos autónomos, la provincia de Galápagos y <u>las circunscripciones territoriales indígenas y pluriculturales serán regímenes especiales.</u></i> |
| Art. 257 | <i>En el marco de la organización político administrativa <u>podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas, que ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente,</u> y se regirán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos. Las parroquias, cantones o provincias conformados mayoritariamente por comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, afroecuatorianos, montubios o ancestrales podrán adoptar este régimen de administración especial, luego de una consulta aprobada por al menos las dos terceras partes de los votos válidos. Dos o más circunscripciones administradas por gobiernos territoriales indígenas o pluriculturales podrán integrarse y conformar una nueva circunscripción. La ley establecerá las normas de conformación, funcionamiento y competencias de estas circunscripciones.</i> |

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917, texto citado incorporado tras las reformas de 1992 y 2001)

| | |
|------------------|---|
| Art.2, literal A | <p><i>Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:</i></p> <p><u>I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social,</u> económica, política y cultural.</p> <p><i>II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. [...]</i></p> <p><u>III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno</u> [...]. En ningún caso las prácticas comunitarias podrán limitar los derechos político-electorales de los y las ciudadanas en la elección de sus autoridades municipales.</p> <p>[...]</p> <p><i>VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos, observando el principio de paridad de género conforme a las normas aplicables. Las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas.</i></p> <p>[...]</p> <p><i>Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de</i></p> |
|------------------|---|

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

| | |
|---------------------|--|
| | <i>interés público.</i> |
| Art. 2 literal C | <i>Esta Constitución reconoce a los pueblos y comunidades afromexicanas, cualquiera que sea su autodenominación, como parte de la composición pluricultural de la Nación. Tendrán en lo conducente los derechos señalados en los apartados anteriores del presente artículo en los términos que establezcan las leyes, a fin de garantizar su libre determinación, autonomía, desarrollo e inclusión social.</i> |

Bajo el diseño constitucional mexicano, la Constitución Federal establece derechos y libertades a los pueblos indígenas y afromexicanos, sin perjuicio de las que las constituciones de las entidades federativas puedan reconocer²⁶. Varias de estas entidades establecen derechos más amplios o incluso inexistentes en la Carta Política Federal. Bajo la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, la libre determinación es un principio instrumental a los derechos de los pueblos indígenas, tal como estatuye el artículo 2º constitucional. En esta línea, la SCJN ha reconocido el derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades de desarrollo económico, social y cultural²⁷.

Constitución Política de la República de Panamá (1972)

| | |
|-------------|--|
| Art. 127 | <i>El Estado garantiza a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas para el logro de su bienestar económico y social. La Ley regulará los procedimientos que deban seguirse para lograr esta finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de tierras.</i> |
|-------------|--|

Esta disposición ha sido clave para la creación de las tierras colectivas y de las comarcas indígenas, incorporadas al art. 5º constitucional, relativo a la división territorial de Panamá²⁸. En base a las referidas normas, se han creado seis comarcas indígenas, mediante Leyes Comarcales reglamentadas y sus respectivos Decretos Ejecutivos. En virtud de la Ley Nº 72 de 2008, las tierras ancestrales indígenas se encuentran igualmente aseguradas en Panamá a través la figura de las Tierras Colectivas, con relación a las comunidades que no poseen la extensión territorial suficiente para constituirse como Comarcas.

Constitución Política del Perú (1993)

| | |
|-------------|--|
| Art. 89 | <i>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.</i> |
| Art. 149 | <i>Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de</i> |

²⁶ Véase SCJN, Tesis Aislada (Constitucional): 2a. CXL/2002, Novena Época, Segunda Sala, noviembre de 2002, p. 446, reg. 185565. Véase también SCJN, Tesis Aislada (Constitucional): 2a. CXXXIX/2002, Novena Época, Segunda Sala, noviembre de 2002, p. 446, reg. 185566.

²⁷ Véase, por ejemplo, SCJN, Sala Segunda, Amparo en Revisión 928/2019, 13 de enero de 2021, párr. 43.

²⁸ Dicho artículo establece que “[e]l territorio del Estado panameño se divide políticamente en Provincias, éstas a su vez en Distritos y los Distritos en Corregimientos. La ley podrá crear otras divisiones políticas, ya sea para sujetarlas a regímenes especiales o por razones de conveniencia administrativa o de servicio público.

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

| |
|---|
| <i>coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.</i> |
|---|

De forma complementaria, el Decreto Ley N°22175²⁹, de 1978, y su Reglamento³⁰ versan sobre la autonomía política y territorial de las comunidades nativas en Perú.

Aunque el Convenio 169 de la OIT no llega a ser explícito con relación al reconocimiento de la libre determinación y autonomía indígenas, los desarrollos jurídicos posteriores fueron sistematizados en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de 2007, en los siguientes términos:

Artículo 3

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 4

Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

La Declaración consagra, de forma inequívoca, la autonomía territorial y el autogobierno indígenas. Entre los principales derechos consagrados bajo este rubro podemos mencionar los siguientes:

- conservar y reforzar sus instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo su derecho a participar plenamente en la vida política, económica, social y cultural del Estado (art. 5);
- no ser sometidos a una asimilación o integración forzada ni a la destrucción de su cultura y desposesión de sus territorios (art. 8);
- consentimiento frente a actos que puedan provocar su desplazamiento forzado y ante el almacenamiento de materiales peligrosos en sus tierras y territorios (arts. 10 y 29.2);
- establecer sus propios medios de información en sus idiomas y a acceder a los demás medios de información no indígenas, sin discriminación (art. 16);
- participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener sus propias instituciones representativas (arts. 18 y 34);
- la consulta libre e informada antes de adoptarse medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento (arts. 19 y 32);

²⁹ Decreto Ley N° 22175, “Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de la Selva y Ceja de Selva”, 10 de mayo de 1978. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/0D41EC1170BDE30A052578F70059D913/\\$FILE/\(1\)leydecomunidadesnativasley22175.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/0D41EC1170BDE30A052578F70059D913/$FILE/(1)leydecomunidadesnativasley22175.pdf)

³⁰ Reglamento de la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva aprobado por Decreto Supremo N°003-79-AA. Disponible en: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/81059A4C0FF0B15B052578F700633B94/\\$FILE/%282%29reg_comunidadesnativasdecreto003.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/81059A4C0FF0B15B052578F700633B94/$FILE/%282%29reg_comunidadesnativasdecreto003.pdf)

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

- determinar y elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo (arts. 23 y 32.1);
- utilizar sus propias leyes, tradiciones y sistemas de justicia para adjudicar derechos en relación con sus tierras y recursos (art. 27), y para solucionar controversias intracomunitarias (arts. 34 y 35).

En el ámbito interamericano, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016 reproduce la esencia de varias de las disposiciones de la Declaración de la ONU. Su artículo XXI, literal 1, reconoce expresamente el autogobierno y autonomía en términos bastante similares.

En su informe “Esfuerzos destinados a aplicar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU subrayó el carácter instrumental de la libre determinación para el ejercicio de los demás derechos de los pueblos indígenas y tribales³¹. El informe aclara las condiciones en las que el consentimiento debe ser observado, para que sea una manifestación genuina de la libre determinación indígena y no una imposición vertical de un proyecto de inversión por parte del Estado.

El consentimiento libre, previo e informado es un componente básico del ejercicio del derecho a la libre determinación y puede brindar oportunidades para que los Estados, las terceras partes y los pueblos indígenas logren un cierto equilibrio de poder y refuercen sus asociaciones. Sin embargo, algunos pueblos indígenas desconfían de la frecuente confusión entre el consentimiento libre, previo e informado —cuando está gestionado a través del Estado— y el derecho a la libre determinación, que ha tenido consecuencias no deseadas para algunos pueblos indígenas. Por ese motivo, el Mecanismo de Expertos alienta a los Estados y al sector privado a promover y respetar los protocolos de los pueblos indígenas como medio esencial de preparar al Estado, a terceros y a los pueblos indígenas para entablar consultas y cooperar. El consentimiento libre, previo e informado es solo un elemento de la promoción del derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación plena y no debe utilizarse para desviar la atención del derecho más amplio de los pueblos indígenas a determinar libremente su futuro en su totalidad³².

En similar sentido, el informe de la CIDH “Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales” resalta la legitimidad de los protocolos y procesos autónomos de consulta, mediante los cuales los propios pueblos o comunidades detallan sus normas, instancias representativas y procedimientos de toma de decisión, informando a los Estados sobre la forma en la que deben dialogar con ellos respecto a decisiones que afectan sus derechos. Al respecto, el documento subraya que

[...] corresponde a los Estados el deber de respetar y garantizar, sin discriminación, la consulta y consentimiento ejercidas por los pueblos indígenas y tribales, basadas en su autodeterminación. Lo contrario puede conducir a que la consulta con los pueblos

³¹ Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, “Esfuerzos destinados a aplicar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, 3 de mayo de 2021, párr. 39.

³² *Ibid*, párr. 47

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

indígenas y tribales resulte en un mecanismo homogeneizante, que no refleje la diversidad cultural propia de cada realidad. No debe aspirarse a generar procesos estandarizados, ya sea basados en medidas legislativas o no, porque pueden tender a uniformizar a todos los pueblos sobre un patrón. Se trata, en cambio, de un diálogo intercultural constante entre los sistemas normativos y de derecho indígena y tribal, el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos³³.

A la luz de los estándares previamente mencionados, el punto de partida en la manera como un determinado Estado pretende regular los procesos de consulta previa debe ser la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales. Ello implica, entre otras cosas, abstenerse de imponer un determinado modelo de implementación normativa y respetar la posición de los referidos pueblos.

4. Marco constitucional y legal comparado sobre la CLPI

Con relación al reconocimiento constitucional de la CLPI, es posible identificar al menos tres niveles distintos en América Latina. En un primer peldaño -el más garantista- se encuentran las Constituciones de Bolivia³⁴, Ecuador³⁵ y Venezuela³⁶, que consagran expresamente el derecho a la consulta, en términos similares a los establecidos en instrumentos internacionales.

En un segundo escalón se encuentran aquellos cuyas Cartas que, si bien no recogen de modo explícito el derecho a la consulta, contienen otros derechos conexos. Es en este ámbito donde están la mayoría de los países de la región, aunque entre ellos se presentan diferencias en cuanto al grado de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Tenemos así la Constitución colombiana de 1991, que contiene numerosas disposiciones sobre derechos de los pueblos indígenas que guardan una estrecha relación con el derecho a la consulta previa y le sirven de fundamento³⁷. Igualmente, la Constitución de Perú de 1993 no posee una disposición expresa sobre el derecho a la consulta³⁸, pero sí artículos referidos a derechos de

³³ CIDH, Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 413, 28 de diciembre de 2021, párr. 180.

³⁴ La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia contiene el reconocimiento de la consulta previa como parte de un sistema de gobierno democrático (artículo 11.II.1), la consulta para conformación de autonomías indígena originario campesinas (artículo 290, 293, 294 y 295), la consulta sobre decisiones relacionadas con el medio ambiente (artículo 342), y la consulta relacionada con la explotación de recursos naturales y territorios indígenas (artículo 352 y 403).

³⁵ El artículo 398 de la Constitución de Ecuador establece que “toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad.” Asimismo, señala que “la ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta.”

³⁶ Artículo 120. El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a esta Constitución y a la ley.

³⁷ Véase, entre otros, los artículos 1, 7, 63, 287, 329 y 330 de la Constitución colombiana de 1991. En relación a la incorporación explícita del derecho a la consulta previa, libre e informada dentro de la Constitución colombiana, es necesario ver la Ley 21 de 1991 que ratificó el Convenio 169 de la OIT y hace parte del bloque de constitucionalidad.

³⁸ La Constitución peruana, además del derecho a la participación política, reconoce las “consultas populares” en los artículos 176, 178, 181, 182, 184 y 185, como una forma de participación de los ciudadanos en general, pero no como derechos específicos de los pueblos indígenas.

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

los pueblos indígenas que le sirven de fundamento³⁹. La Constitución de Brasil de 1988 reconoce un catálogo corto de derechos a los pueblos indígenas, quilombolas y comunidades tradicionales⁴⁰.

La Constitución de Guatemala de 1985 tampoco cuenta con disposiciones sobre la consulta previa, aunque recoge ciertos derechos conexos de los pueblos indígenas⁴¹. Desde la reforma constitucional de 1994, la Constitución de Argentina consagra, en su artículo 75, literal 17, la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas⁴². Dicha disposición ha servido para interpretar las normas infraconstitucionales que disponen sobre la consulta.

Finalmente, en un último escalón, se encuentran las pocas Constituciones que carecen de normas específicas sobre derechos de los pueblos indígenas. La Constitución de Honduras, de 1982, es bastante escueta en la materia, dedicando solamente un artículo a tales pueblos, en el capítulo relacionado a la reforma agraria⁴³. La Constitución de Chile de 1980 es la única en América Latina -junto con la de Costa Rica- que no cuenta con artículos que reconocen derechos indígenas.

Cabe destacar que la mayoría de los países de América Latina otorga rango constitucional a los tratados de derechos humanos en sus ordenamientos nacionales. En algunos casos, es la misma Carta Política que lo hace, mientras en otros, son las altas cortes las que han reconocido rango constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Entre las constituciones con previsiones expresas sobre el bloque de constitucionalidad, se encuentran las de Argentina⁴⁴, Bolivia⁴⁵, Colombia⁴⁶, Ecuador⁴⁷ y Guatemala⁴⁸.

Un número cada vez más pronunciado de tribunales constitucionales ha afirmado que los instrumentos internacionales sobre el derecho a la consulta previa forman parte del bloque de constitucionalidad interno⁴⁹. Ello pasa, muchas veces, por una adhesión expresa a las

³⁹ Entre las disposiciones relevantes de la Constitución peruana se encuentran los artículos 2.19, 88, 89, 149 y 191.

⁴⁰ Véase, en particular, el capítulo titulado “De los Indígenas” (*Dos Indios*) y el artículo 68 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias referido a los derechos territoriales de las comunidades afrobrasileñas.

⁴¹ Véase, Constitución Política de la República de Guatemala, artículos 58, 60, 62, 66, 67 y 68.

⁴² El artículo 75 de la Constitución argentina detalla las atribuciones del Congreso de la República y establece, en el literal 17, las siguientes:

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

⁴³ Artículo 346.- Es deber del Estado dictar medidas de protección de los derechos e intereses de las comunidades indígenas existentes en el país, especialmente de las tierras y bosques donde estuvieren asentadas.

⁴⁴ Constitución de la Nación Argentina, art. 75 inc. 22.

⁴⁵ Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, artículos 410 y 13.IV.

⁴⁶ Constitución Política de la República de Colombia, artículo 93.

⁴⁷ Constitución de la República del Ecuador, artículos 11.3, 417 y 426.

⁴⁸ Constitución Política de la República de Guatemala, artículos 44 y 46.

⁴⁹ Véase, al respecto, Bolivia. Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia N° 2003/2010-R del Expediente N° 2008-17547-36-RAC. 25 de octubre de 2010; Chile. Corte Suprema, Caso Agua Mineral Chusmiza con Comunidad Aymara Chusmiza - Usmagama, Rol N° Rol 2480-2008; Colombia. Corte Constitucional. Sentencia U-039 de 1997, Sentencia U-383 de 2003, Sentencia T-704 de 2006, Sentencia C-030 de 2008, Sentencia C-461 de 2008, Sentencia C-175 de 2009 y Sentencia T-514 de 2009; Guatemala. Corte de Constitucionalidad. Expediente N° 199-95.

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

decisiones emanadas de tribunales internacionales con competencia para interpretar el contenido del tratado en cuestión. Al respecto, cabe subrayar los fallos del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia que interpretan las disposiciones sobre derechos indígenas a la luz de la jurisprudencia interamericana⁵⁰.

En similar sentido, los tribunales superiores de Chile han aplicado los instrumentos internacionales de derechos humanos conforme a la interpretación que de los mismos hacen los respectivos órganos supranacionales⁵¹. La Corte Constitucional de Colombia ha recogido también la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia⁵² y el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de los pronunciamientos de la OIT⁵³.

En los países de América Latina se pueden diferenciar tres escenarios en la implementación legal del derecho a la consulta y consentimiento: (i) los que cuentan con un cuerpo jurídico específico, como es el caso de Perú y Chile, (ii) los que llevan varios años deliberando anteproyectos de una ley específica sobre la materia, y (iii) los que no cuentan con una ley o que han hecho intentos fallidos por adoptarla⁵⁴. Se comenta, a continuación, la experiencia en torno a los intentos de reglamentación de la consulta en diez países de la región.

Perú

A pesar de opiniones que ubican a Perú en la vanguardia de la implementación de la consulta y CPLI, al ser el primer país de la región en adoptar una ley específica sobre la materia, ésta no estuvo exenta de críticas⁵⁵. Un contexto político favorable, sumado al trabajo de varias organizaciones indígenas y de la sociedad civil realizado durante varios años, condujo a que en el año 2011 fuera aprobada la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, Ley N° 29785, publicada en setiembre de 2011 (en adelante, “Ley de Consulta

Opinión Consultiva de 18 de mayo de 1995; Perú. Tribunal Constitucional. Expediente N.º 03343-2007-PA/TC. Lima. Jaime Hans Bustamante Johnson. Sentencia de 19 de febrero de 2009, y Expediente N.º 06316-2008-PA/TC. Loreto. Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP). Sentencia de 11 de noviembre de 2009.

⁵⁰ Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia N° 2003/2010-R del Expediente N° 2008-17547-36-RAC. 25 de octubre de 2010, Considerando III.5.

⁵¹ Corte de Apelaciones de Santiago. Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez. Rol 11.821-2003, Cons. 49 y 50.

⁵² Véase, entre otros, Corte Constitucional. Sentencia T-376, párr. 18.

⁵³ Tribunal Constitucional. EXP. N° 725-96-AA/TC, f.j. 1; EXP. N° 632-2001-AA/TC, f.j. 3; EXP. N° 1396-2001-AA, f.j. 7; EXP. N° 008-2005-PI/TC, f.j. 17; EXP. N° 008-2005-PI/TC, f.j. 52. Especial mención merece la sentencia del Tribunal Constitucional en el “Caso Panamericana” recaída en el expediente No 04617-2012-PA/TC, de manera particular, los fundamentos jurídicos 5, 13, 14, donde se desarrolla incluso el control de convencionalidad. Conviene mencionar que el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley No 28237, reconoce el carácter vinculante de las decisiones de la Corte IDH. En un no muy reciente Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema en material Constitucional y Contencioso Administrativo, publicado el 2 de febrero del año 2016, la Corte Suprema del Perú estableció la obligación de los jueces de todo el país, de realizar el control de convencionalidad cuando realicen el control difuso. Esto significa que, al momento de aplicar las normas legales y reglamentarias, los jueces deben evaluar si son compatibles con los tratados internacionales y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁵⁴ Para un examen más detallado de la experiencia comparada regional en torno a los intentos de regular los procesos de CLPI, véase DPLF y Oxfam-México, *op. cit.*, págs. 10 a 46.

⁵⁵ Para un análisis de la implementación de la consulta previa en Perú, véase, Ruiz Molleda, J. C. (2011). *La implementación del Derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas. Una mirada constitucional*. Lima: IDL/Justicia Viva. Disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo20122011-150924.pdf>.

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

Previa”). La Ley, junto con su Reglamento aprobado a través del Decreto Supremo N° 001-2012-MC de abril de 2012, constituyen en la actualidad los dos cuerpos normativos más relevantes de este derecho en Perú.

La propuesta de una ley de consulta nació de una las Mesas de Trabajo conformadas a raíz de los lamentables sucesos ocurridos en Bagua el 5 de junio de 2009⁵⁶, en la que participaron organizaciones indígenas y representantes del Estado.

A diferencia de lo que se ha visto en otros países, la ley y el reglamento sobre CLPI en Perú fue una demanda de las propias organizaciones indígenas, y fue en este proceso donde surgieron algunos sobresaltos. Por momentos, algunas organizaciones se retiraron de la mesa de diálogo, al no sentirse en igualdad de condiciones para negociar con el gobierno.

Se han identificado deficiencias puntuales en la ley, entre las que destacan que no recoge fuentes de derecho más allá del Convenio 169 de la OIT, como la Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, o que no hay mención específica a la obligación de consultar decisiones emanadas del Poder Legislativo, y la exclusión de la consulta para servicios públicos. Algunos de estos problemas fueron abordados en el Reglamento, el cual incluso incorpora un enfoque de género en la implementación de los procesos de consulta. No obstante, el Reglamento también contiene algunas disposiciones incompatibles con estándares internacionales, por ejemplo, las que disponen cuándo se debe realizar la consulta y las que crean excepciones a dicha obligación⁵⁷.

A partir del análisis comparado, Perú es el único país en donde la adopción de una ley fue impulsada desde las mismas organizaciones indígenas. En los demás países donde se han adoptado decretos generales, como es el caso de Chile, o en donde se han hecho intentos de aprobación de un proyecto de Ley, como en Honduras, Guatemala y Colombia, la iniciativa de ley ha provenido esencialmente del gobierno, casi siempre en respuesta a demandas del sector privado por una mayor seguridad jurídica frente a proyectos de inversión.

Costa Rica

En Costa Rica, la regulación de la CLPI partió de esfuerzos de varias instituciones del gobierno por realizar procesos de consulta con comunidades y pueblos indígenas, complementados por sentencias judiciales que tutelaban dicho derecho. Estos esfuerzos contaron con el apoyo casi unánime de los pueblos indígenas en el país, y dieron lugar a dos directrices que vinculan el Poder Ejecutivo. La Directriz 042-MP vertió sobre la organización interna de las instituciones de gobierno que llevan a cabo los procesos de consulta, normas mínimas en

⁵⁶ Este episodio, uno de los más lamentables de la historia peruana reciente, ocurrió el 5 de junio de 2009 cuando un grupo importante de efectivos policiales intentó desalojar a manifestantes indígenas que venían realizando protestas por la aprobación inconsulta de una serie de decretos legislativos. El resultado de dicha intervención fue la muerte de 23 policías y 5 personas indígenas y otros 5 pobladores de la zona intervenida, así como la desaparición de un mayor de la policía. Para más información sobre los hechos de violencia acaecidos el 5 de junio de 2009 y las investigaciones en curso, véase comunicado de prensa sobre un *Amicus Curiae* presentado el 18 de septiembre de 2014 por DPLF, De Justicia y el Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica de Ecuador, disponible en <http://www.dplf.org/es/news/dplf-presenta-amicus-curiae-en-juicio-de-caso-bagua-peru>

⁵⁷ Para una descripción detallada de la implementación de la consulta previa en Perú, véase, Ruiz Molleda, J. C. (2011). *La implementación del Derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas. Una mirada constitucional*. Lima: IDL/ Justicia Viva. Disponible en <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo20122011-150924.pdf>

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

materia de derechos de pueblos indígenas, y convocatorias a un primer encuentro territorial. La segunda directriz, Decreto Ejecutivo 40932-MP-MJP, fue creada entre el gobierno, los pueblos y organizaciones indígenas, y reglamenta los aspectos libre, previo, informado y culturalmente adecuado de la consulta frente a medidas legislativas, administrativas o privadas susceptibles de afectar derechos de los pueblos y comunidades⁵⁸.

Pese al relativo apoyo y amplia participación de las organizaciones indígenas, el modelo regulatorio costarricense no está exento de críticas. Por ejemplo, se ha mencionado que hace falta mayor coordinación entre los poderes ejecutivo y legislativo para que se consulten proyectos de ley y no está claro qué institución del Estado sufragará el presupuesto para los procesos de consulta, entre otras lagunas normativas.

Los casos de Perú y Costa Rica reflejan un principio fundamental en todo esfuerzo por legislar o reglamentar en torno el derecho a la consulta: es de suma importancia consultar realmente y desde un inicio con los pueblos indígenas e incorporar sus insumos al proyecto de ley, reglamento, o decreto — la llamada “consulta sobre la consulta”. Si no se cuenta con la aceptación y credibilidad de parte de los pueblos indígenas, es difícil que el proceso produzca una ley o reglamento bien recibido por los mismos pueblos cuyo derecho se busca salvaguardar.

Chile

Chile fue el país que más tardó en ratificar el Convenio 169 de la OIT entre los diez países examinados. Su primer intento por reglamentar el derecho a la consulta mediante un decreto supremo fue ampliamente criticado, al punto que organizaciones indígenas y de la sociedad civil lograron detener el proceso. Posteriormente, en 2014, el Congreso aprobó dos decretos supremos: el Decreto Supremo 66 (Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena) y el Decreto Supremo 40 (Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental), los cuales fueron igualmente cuestionados por organizaciones indígenas y de la sociedad civil, por no haber contado en su diseño con la participación de un amplio sector de tales pueblos⁵⁹. En temas de fondo, el Reglamento chileno agrega requisitos no contenidos en el Convenio 169 y recorta el alcance de la consulta, entre otras, por no contemplar situaciones en las que es necesario obtener el consentimiento.

Ambos decretos supremos disponen que se tratará de llegar al consenso y consentimiento, pero en caso de que no sea posible, eso no significará que no se cumplió con el derecho a la consulta. Algunas organizaciones indígenas han pedido la derogación de estos decretos, al no cumplir con los estándares del Convenio 169. El Estado chileno ha aplicado ambos Reglamentos en una serie de procesos de consulta, procesos que han sido cuestionados por los representantes indígenas, quienes han expresado su disconformidad y rechazo a ambos instrumentos.

A pesar de no contar con una ley o reglamento sobre consulta, otros países de la región han creado una institucionalidad estatal a tal efecto, a partir de normas sectoriales, reglas y

⁵⁸ El Decreto Ejecutivo 40932-MP-MJP está disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=86192&nValor3=111716&strTipM=TC.

⁵⁹ El Decreto Supremo 66 se puede consultar en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1059961>.

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

principios emanados de sentencias de altas cortes. Es el caso de Ecuador y Colombia, por ejemplo. Con relación a este último país, se harán consideraciones más ampliadas sobre los diferentes decretos adoptados por el Poder Ejecutivo en las últimas dos décadas y a los intentos recientes de impulsar una ley de alcance general.

Ecuador

En Ecuador no existe una ley general sobre la materia, pero existen leyes y reglamentos sectoriales que mencionan el derecho a la consulta y el consentimiento; por ejemplo, las leyes que regulan las industrias hídricas y de hidrocarburos, así como la Ley de Gestión Ambiental. Para las actividades de hidrocarburos, el Decreto 1247, aprobado en julio de 2012, establece el “Reglamento de la Consulta Previa, Libre e Informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos.” Para los proyectos de desarrollo de otros sectores de la economía, se aplica el Decreto 1040, el cual hace referencia al reglamento de participación previsto en la Ley de Gestión Ambiental y a los reglamentos del Ministerio del Ambiente⁶⁰.

En adición a las mencionadas normas sectoriales, la Corte Constitucional de Ecuador ha establecido, desde marzo de 2010, algunos criterios que deben ser considerados en los procesos de consulta⁶¹. Tales criterios incluyen: el carácter público e informado de la consulta; la definición de la consulta como un proceso sistemático de diálogo entre los representantes legítimos de las partes; la obligación de definir previamente quienes son los sujetos del proceso de consulta; y el respeto a los sistemas de autoridad y representación del pueblo consultado. Uno de los criterios de actuación estatal más controvertidos, emanados de la jurisprudencia de la Corte Constitucional desarrollada en marzo de 2010, tiene que ver con los efectos del proceso de consulta. Según dicha jurisprudencia, el resultado de la consulta tiene una connotación jurídica especial y establece una guía programática a la actuación estatal, sin que sea vinculante sin embargo para el Estado.

Los procesos de consulta en Ecuador han sido criticados por no ceñirse a los estándares internacionales en la materia. El Decreto 1247, por ejemplo, excluye la consulta previa para las medidas legislativas, limita el derecho a la consulta a un “instrumento de participación e información”, y establece expresamente que uno de los objetos de la consulta es brindar certeza jurídica a las políticas de aprovechamiento de hidrocarburos en el país⁶².

Guatemala

En Guatemala, la implementación de mecanismos de consulta previa remonta a los acuerdos de paz de 1996⁶³. En esta lógica, la ratificación del Convenio 169 de la OIT, en junio de 1997,

⁶⁰ *Buenas prácticas de las defensorías del pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú en procesos de consulta previa*, Lima, julio de 2017, pp. 69 y 70.

⁶¹ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 001-10-SIN-CC, 18 de marzo de 2010.

⁶² El Decreto 1247 y un análisis más detallado de la incompatibilidad del mismo con los estándares internacionales y la realización de procesos de consulta de lotes petroleros, se pueden consultar en: <http://amazonwatch.org/assets/files/2013-07-consulta-previa-en-la-11a-ronda.pdf>.

⁶³ En particular, en el Acuerdo de Paz sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, elevado a compromiso de Estado por Decreto 52-2005, se estipuló la necesidad de “obtener la opinión favorable de las comunidades indígenas previa la realización de explotación de recursos naturales que puedan afectar la subsistencia y modo de vida de las comunidades (...)” [artículo 6.c.]. Incorporó también el objetivo de “promover las reformas legales e

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

fue concertada como un componente del proceso de transición hacia la paz en el país. Como parte del proceso de implementación de los Acuerdos de Paz, se adoptaron leyes de descentralización que contienen ciertas disposiciones sobre el derecho a la consulta. El Código Municipal, adoptado mediante Decreto 12-2002 del Congreso de la República, regula la consulta a vecinos (artículo 63), la consulta a solicitud de los vecinos (artículo 64), consultas a las comunidades o autoridades indígenas del municipio (artículo 65) y las modalidades de esas consultas (artículo 66)⁶⁴. Estos artículos han sido utilizados por los propios pueblos indígenas para manifestar su posición respecto a proyectos que se venían desarrollando en sus territorios ancestrales, a través de las denominadas consultas comunitarias de buena fe o autoconvocadas⁶⁵. Derivado de estas modalidades de consultas municipales, se han desarrollado “reglamentos municipales para el desarrollo de consultas municipales a solicitud de vecinos” especialmente para tomar la voluntad de los municipios sobre la instalación de proyectos mineros.

Algunas leyes nacionales versan sobre el tema, pero sin regularlo directamente. Entre 2010 y 2011 hubo un proyecto de reglamento sobre consulta previa⁶⁶ que se consultó con el entonces Relator de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, quién recaló que debía ser sometido a un proceso de consulta con los pueblos indígenas del país⁶⁷. Ese proyecto fue ampliamente rechazado e incluso hubo una acción de inconstitucionalidad en su contra, la cual fue concedida por la Corte de Constitucionalidad el 24 de noviembre de 2011⁶⁸.

En junio de 2017, el Ministerio del Trabajo elaboró una “Guía Operativa” para la implementación de la consulta a pueblos indígenas⁶⁹. Esto resultó inusual, ya que las guías operativas o de implementación habitualmente se publican después de aprobada una ley general. La guía establece seis “principios” de todo proceso de consulta (previa, informada, de buena fe, culturalmente adecuada, flexible, y libre), así como una descripción de ocho etapas del procedimiento consultivo. No obstante, al no haber sido consultada, la guía presenta algunos problemas de fondo: se desarrolla únicamente con representantes y no con las

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

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

⁶⁵ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Adición. Observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales. A/HRC/16/XX, 4 de marzo de 2011, párr. 28. Disponible en <http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/rapporteur/docs/GuatemalaIP16th AUV.pdf>

⁶⁶ Contenido del proyecto del Reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. 23 de febrero de 2011.

⁶⁷ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Adición. Observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales. A/HRC/16/XX, 4 de marzo de 2011, párr. 10

⁶⁸ Corte de Constitucionalidad. Exp. 1072-2011 de 24 de noviembre 2011. Sentencia de Amparo en Única Instancia. Antecedentes y parte resolutive.

⁶⁹ El texto completo de la Guía Operativa se puede consultar en: <http://www.mintrabajo.gob.gt/images/organizacion/cs/Publicaciones/GUIAoperativa169.pdf>

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

comunidades mismas; se enfoca sólo en el Convenio 169 de la OIT y excluye jurisprudencia interamericana; y el procedimiento consultivo omite el carácter vinculante de los acuerdos alcanzados. A pesar de estas deficiencias, en mayo de 2018 la guía fue convertida en iniciativa de ley, la cual fue objeto de una acción de amparo. La acción plantea la inconstitucionalidad de la iniciativa de ley, debido a que no fue previamente consultada con los pueblos indígenas y a que varias de sus disposiciones son contrarias a los estándares internacionales aplicables.

Bolivia

El Convenio 169 de la OIT fue incorporado al ordenamiento interno de Bolivia con la Ley 1257 de 1991. Bolivia cuenta además con la Ley 3760 de 2007 que “[e]leva a rango de Ley de la República los 46 artículos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los pueblos Indígenas”. Existen también en el ordenamiento interno boliviano otras normas específicas relativas al derecho a la consulta, principalmente en los ámbitos hidrocarburífero⁷⁰ y electoral⁷¹. En el ámbito de la minería, la Ley N° 535 de 2014 contempla el derecho a la consulta previa a los pueblos indígena, originarios campesinos, comunidades interculturales y pueblo afroboliviano. A su vez, el Reglamento de Otorgación y Extinción de Derechos Mineros subraya, en su artículo 28, el deber de realizar la consulta previa en las solicitudes de suscripción de contratos administrativo-minero.

En el 2012, el Ministerio de Gobierno y la Comisión Nacional para la elaboración de la Ley Marco de Consulta elaboraron una propuesta de Anteproyecto de Ley Marco del Derecho a la Consulta. En el 2013, el Estado realizó una serie de encuentros con las organizaciones y pueblos indígenas para consensuar el anteproyecto. Según algunos actores, dicho proceso fue caracterizado por la amplia participación de sectores sociales y del Estado; mientras, para otros, no fue lo suficientemente participativo, al no estar presentes algunas organizaciones indígenas representativas. Algunos de los cuestionamientos se refieren a la participación en la Comisión Nacional de actores distintos a los pueblos indígenas organizados, como las cooperativas mineras, con lo cual se mermaron las posibilidades de incidencia de las organizaciones indígenas y se les condicionó a generar acuerdos con actores no relevantes sobre legislación que será aplicada en sus territorios⁷².

Paralelamente, los pueblos organizados han elaborado sus propios proyectos de ley marco. Por ejemplo, en el 2011 el Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ) presentó una propuesta; y en 2012, lo hicieron en conjunto CONAMAQ y la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB)⁷³. Estas propuestas no se reflejan del todo en el anteproyecto que sigue bajo deliberación de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Al mismo tiempo, ha ganado terreno entre las organizaciones indígenas y de la sociedad civil la posición de aplicar directamente el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, al amparo de derechos reconocidos en la Constitución

⁷⁰ Bolivia cuenta con una Ley de Hidrocarburos (Ley N° 3058 de 2005), el Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarburíferas (Decreto Supremo N° 29033, modificado por los Decretos Supremos N° 29574 y 2298) y el Reglamento de monitoreo socio-ambiental en actividades hidrocarburíferas dentro del territorio de los Pueblos Indígenas Originarios y Comunidades Campesinas (Decreto Supremo N° 29103 de 2007).

⁷¹ Ley del Régimen Electoral (Ley N° 26 de 2010), cuyo capítulo IV se refiere al “Proceso de Consulta Previa”.

⁷² *Buenas prácticas de las defensorías del pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú en procesos de consulta previa*, Lima, julio de 2017, p. 39.

⁷³ Texto disponible en: http://www.cedib.org/post_type/leyes/anteproyecto-de-ley-de-consulta-previa-libre-e-informada-19-8-13/

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

boliviana. Ello en tanto hay una percepción creciente en cuanto a la consolidación de una estructura jurídica con mecanismos de consulta débiles para promover actividades extractivas, sin tomar debidamente en cuenta los derechos de los pueblos indígenas.

Honduras

El Convenio 169 de la OIT fue ratificado por Honduras en 1995. Desde hace algunos años, han existido objeciones por parte de algunas organizaciones indígenas y afrohondureñas a los intentos de reglamentación del derecho a la consulta previa en el país. En el 2007, por ejemplo, la Organización Fraternal Negra de Honduras (OFRANEH) y el Consejo Cívico de Organizaciones Populares e Indígenas de Honduras (COPINH) emitieron un pronunciamiento criticando el anteproyecto de la denominada “Ley Indígena”, entonces bajo discusión en el Congreso. Un punto importante de controversia radicaba en que la referida iniciativa de ley habría sido elaborada en el marco de un consorcio entre el Programa de Apoyo a los Pueblos Indígenas de Honduras y el Banco Interamericano de Desarrollo, sin la participación de todos los pueblos indígenas y afrodescendientes del país⁷⁴.

A raíz de la crisis de 2009, las organizaciones indígenas perdieron la ya de por sí poca confianza que tenían en las instituciones del Estado, aunado al contexto de violencia en contra de defensores de derechos de los pueblos indígenas y ambientales. No obstante, en el 2015 el gobierno hondureño⁷⁵ y algunas organizaciones indigenistas elaboraron nuevos borradores. El borrador elaborado por el gobierno fue difundido con apoyo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), mediante talleres dirigidos a integrantes de comunidades indígenas. Fruto de esos talleres surgió una matriz formulada por PNUD⁷⁶, con el apoyo de expertos contratados, en donde se sugerían cambios al borrador y que serían discutidos posteriormente con las organizaciones indígenas del país.

El borrador fue sometido a la Relatora de Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas para sus comentarios, quien recomendó crear condiciones de confianza para un verdadero proceso de diálogo entre las organizaciones y el gobierno, la suspensión de la aprobación y operación de proyectos de desarrollo que pudieran afectar derechos de los pueblos indígenas, entre otras cosas⁷⁷. Luego de estas recomendaciones, y tras más de dos años de negociaciones mediadas por el PNUD, el proyecto de ley sufrió cambios significativos, pero siguió conteniendo una serie de disposiciones contrarias a los estándares internacionales.

Como saldo general, se puede afirmar que el intento de reglamentación de la consulta previa en Honduras ha sido perjudicado por un contexto de profunda desconfianza por parte de confederaciones indígenas y afrohondureñas, producto de un alto nivel de violencia y criminalización de líderes y comunidades indígenas que se oponen a proyectos de inversión en sus territorios. Por otro lado, las organizaciones indígenas más numerosas como

⁷⁴ Véase http://www.ecoport.net/Eco-Noticias/Honduras_rechazo_total_al_borrador_de_la_Ley_Indigena_PAPIN-BID

⁷⁵ Véase <http://dinafroh.sedis.gob.hn/clpi>

⁷⁶ Véase http://www.hn.undp.org/content/dam/honduras/docs/ddhh/pnud_hn_nuevas%20propuestas%20del%20articulo%20-%20version%20completa.pdf?download

⁷⁷ Véase <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/special/2017-06-09-honduras-unsr-additional-observations.pdf>

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

OFRANEH, COPINH y la Mesa Lenca han desconocido la representación de los Pueblos Indígenas con el que el gobierno y PNUD mantuvo un constante diálogo durante la etapa informativa y han denunciado un presunto intento crear organizaciones sin el debido reconocimiento por parte de la mayoría de las comunidades indígenas y negras del país.

Brasil

El Convenio 169 de la OIT fue ratificado por Brasil a través del Decreto Legislativo 143, de 20 de junio de 2002, promulgado a través del Decreto 5.051 de 19 de abril de 2004. Si bien no existe en Brasil legislación federal que reglamente la consulta, algunos decretos establecen obligaciones conexas con las previstas en el Convenio 169 de la OIT⁷⁸. Por su parte, algunos estados brasileños han buscado regular ciertos aspectos de la consulta previa⁷⁹.

En 2012 hubo un esfuerzo por dialogar sobre un posible decreto presidencial, entre el gobierno y organizaciones indígenas y quilombolas, pero en 2013 se fracturó el diálogo a causa de decisiones vinculadas a la demarcación de territorios indígenas por parte de entidades federales que minaron la confianza de las organizaciones indígenas. A raíz de las dificultades para la regulación centralizada de la consulta previa, más de cincuenta pueblos y comunidades indígenas, quilombolas y tradicionales han elaborado sus propios protocolos de consulta. Dichos protocolos se han consolidado como una de las principales herramientas de ejercicio de la libre determinación de las comunidades indígenas en el país.

México

México fue el segundo país a ratificar el Convenio 169 de la OIT, el 5 de septiembre de 1990. Desde 1992 su Constitución Federal reconoce el carácter pluricultural del país, pero no fue hasta la reforma constitucional de 2001 que se incluyó expresamente el derecho a “la libre determinación” de los pueblos indígenas, así como una mención de diseñar ciertas políticas educativas “en consulta con los pueblos indígenas”. A partir de 2011, ante un nuevo marco constitucional, los derechos de los pueblos originarios pasaron a ocupar el más alto rango jerárquico en el país, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación confirió jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, incluido el Convenio 169 de la OIT y la CADH.

En los últimos años, y desde las bancadas de distintos partidos políticos, han surgido propuestas de ley de consulta, sin que ninguna haya sido aprobada. Un común denominador de estas propuestas ha sido que conciben de la consulta como un proceso de participación, y no tanto de toma de decisión autónoma, es decir, de obtención del consentimiento y de ejercicio de la libre determinación. En febrero de 2013 la entonces Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas desarrolló el Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del Convenio

⁷⁸ Véase, al respecto, Decreto 4.887 de 20 de noviembre de 2003, que reglamenta los derechos territoriales quilombolas; Decreto 6.040 de 7 de febrero de 2007, que dispone sobre la Política Nacional de Desarrollo Sostenible de los Pueblos y Comunidades Tradicionales; y Decreto 7.747 de 5 de junio de 2012 relativo a la Política Nacional de Gestión Territorial y Ambiental de Tierras Indígenas.

⁷⁹ A modo de ejemplo, el Decreto 261 de 22 de noviembre de 2011, complementado por la Instrucción Normativa IDESP 001 del 6 de agosto de 2013, ambos del Estado de Pará, establece la competencia del Instituto de Desarrollo Económico, Social y Ambiental de Pará para realizar el proceso de consulta del “Plan de Utilización y de Desarrollo Socioeconómico, Ambiental y Sostenible”. IDESP-PARÁ. Acta de consulta previa de 6 de agosto de 2013.

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

169 de la OIT⁸⁰. Además, se han creado protocolos específicos de consulta, a raíz de sentencias judiciales que ordenan su realización.

El 10 de junio de 2020 la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ordenó al Congreso Federal emitir una ley que reglamente el derecho a la CLPI, en el marco de una acción de amparo. Dicha sentencia comparte los parámetros de una sentencia emitida por la judicatura federal con sede en el estado de Oaxaca, que ordenaba al congreso local adoptar una ley sobre CLPI. El 22 de febrero de 2020 el Congreso de Oaxaca dio cumplimiento a esta sentencia y publicó la Ley de Consulta Previa Libre e Informada de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas⁸¹. Los estados de Durango y San Luis Potosí han adoptado asimismo leyes reglamentando la consulta previa.

El 21 de abril de 2021 la Cámara de Diputados aprobó la minuta de “Ley general de consulta de pueblos y comunidades indígenas y afromexicanos” y la remitió para análisis y aprobación del Senado⁸². En el caso mexicano, fueron realizados 10 foros de consulta y un parlamento abierto, en donde participaron representantes de varias comunidades originarias, especialistas y organizaciones civiles. En aras de incidir frente esta y a otras iniciativas de ley y de reforma constitucional atinentes a los derechos de los pueblos indígenas y afromexicanos, se conformó una alianza entre varias comunidades indígenas y organizaciones sociales, denominada Alianza para la Libre Determinación y la Autonomía (ALDEA), la cual se ha consolidado como un espacio de articulación y diálogo entre comunidades y organizaciones indígenas con la institucionalidad estatal en el ámbito federal y de varios estados en donde se han presentado reformas legislativas en materia indígena. ALDEA ha participado activamente de los espacios de consulta sobre la ley aprobada en la Cámara de Diputados en abril de 2021 y ha demandado la reforma de diversas leyes cuyo contenido impide el pleno ejercicio de la libre determinación indígena en el país⁸³.

5. Regulación de la CLPI en Colombia y oposición a los proyectos de ley general de consulta por parte de las organizaciones indígenas y afrocolombianas

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

⁸⁰ CDI, *Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. Consultable en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/252234/CDI_Protocolo_Consulta_Pueblos_Indigenas_2014.pdf

⁸¹ Véase [https://docs64.congresooaxaca.gob.mx/documents/legislacion_estatales/Ley_Consulta_previa_libre_inf_pueblos_y_comun_indig_afromex_edo_Oax_\(txt_orig_dto_1291_LXIV_22_ene_2020_PO_8_4a_secc_22_feb_2020\).pdf](https://docs64.congresooaxaca.gob.mx/documents/legislacion_estatales/Ley_Consulta_previa_libre_inf_pueblos_y_comun_indig_afromex_edo_Oax_(txt_orig_dto_1291_LXIV_22_ene_2020_PO_8_4a_secc_22_feb_2020).pdf)

⁸² Véase <https://piedepagina.mx/diputados-aprueban-ley-de-consulta-a-pueblos-y-comunidades-indigenas-y-afromexicanas/>

⁸³ Véase, por ejemplo, <https://fundar.org.mx/aldea-ante-al-senado-pide-que-reforma-indigena-sea-una-realidad/>

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

(...) como un mecanismo de protección de la identidad cultural, [que] las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley⁸⁴.

Igualmente, el Decreto N° 1397 de 1996, por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación (MPC) con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones, dispone que una de las funciones de la MPC será convenir el procedimiento transitorio y lo demás que se requiera para la participación, consulta y concertación con pueblos o comunidades indígenas específicos, mientras se expide el decreto reglamentario⁸⁵. Además, precisa que en los procesos de consulta y concertación de cualquier medida legislativa o administrativa susceptible de afectar a comunidades o pueblos indígenas podrán participar los indígenas integrantes de la MPC o sus delegados⁸⁶.

En 1998 fue adoptado el Decreto N° 1320 por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio. Sin embargo, la OIT, a través de su Consejo de Administración y la CEACR, ha señalado que este Decreto (...) no es compatible con el Convenio 169 de la OIT, ni en lo que respecta a su elaboración, por cuanto no fue elaborado en consulta y con la participación de los pueblos indígenas⁸⁷. En esa misma línea, la Corte Constitucional de Colombia ha advertido, en numerosos pronunciamientos, su incompatibilidad con el Convenio 169 y la Constitución Política⁸⁸.

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

⁸⁴ Ley 70 de 1993, artículo 44.

⁸⁵ Decreto N° 1397 de 1996, artículo 12.9.

⁸⁶ Decreto N° 1397 de 1996, artículo 16.

⁸⁷ CEACR. Informe General y observaciones referidas a ciertos países. Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, 2010, pp. 877-881; Consejo de Administración de la OIT. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio 169 de la OIT, presentada por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), 2001; Consejo de Administración de la OIT. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio 169 de la OIT, presentada por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS), 2001.

⁸⁸ Por ejemplo, en la Sentencia T-652 en que suspendió la aplicación de dicho Decreto en relación con el caso específico del pueblo indígena Embera Katío del Alto Sinú por no ser conforme a la Constitución ni al Convenio 169 de la OIT. Véase, Corte Constitucional. Sentencia T- 652 de 1998. Véase, *inter alia*, Corte Constitucional. Sentencia T-880 de 2006 y Sentencia T-745 de 2010.

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

por medio de circulares, resoluciones, directivas y otras vías de regulación de alcance nacional.

En resumen, Colombia cuenta con dos leyes, un decreto-ley y 11 decretos que regulan el derecho a la consulta con diferentes alcances⁸⁹. En los últimos cinco años se han presentado proyectos de ley estatutaria, trabajados desde el gobierno con distintas instancias, pero no con las organizaciones indígenas. En este contexto, se ha dado un debate sobre la conveniencia de adoptar una ley general sobre el derecho a la consulta y CPLI en el país, particularmente en el movimiento indígena y afrocolombiano.

Puede decirse que son tres los argumentos principales de las organizaciones indígenas para oponerse a la adopción de una ley estatutaria general. El primero es que se ve como un mecanismo innecesario, pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clave para la regulación y creación de reglas en materia de CLPI. Uno de los principales problemas para el goce efectivo de la CLPI en Colombia es la falta de cumplimiento de varias de estas reglas, el desacato a sentencias que amparan el referido derecho y la debilidad de los mecanismos de ejecución. En segundo lugar, se considera que la fuerza política de las organizaciones indígenas tiene límites frente al de las empresas, sobre todo porque se requiere pasar la reglamentación general por el Congreso, y no existe garantía de que el instrumento recopile los avances alcanzados. Una tercera razón responde a una mirada a los países que cuentan con leyes generales en materia de consulta, las cuales han sido criticadas al establecer estándares más restrictivos que los internacionales.

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

Al igual que otros países de la región, desde el 2012 el gobierno colombiano viene promoviendo la adopción de un marco legal general sobre la consulta y CPLI. En octubre de 2015, el gobierno nacional y la MPC llegaron a un acuerdo sobre la hoja de ruta⁹⁰ que llevaría a discutir a los pueblos indígenas y el gobierno la pertinencia de crear una medida que reglamentara la aplicación de la consulta. En el acta de los acuerdos quedó consignado que la ruta de acercamiento incluiría realizar: (i) un foro internacional sobre el derecho a la consulta; (ii) un espacio autónomo de los delegados indígenas de la MPC y (iii) una reunión de los presidentes de las organizaciones de la MPC y el gobierno nacional para analizar cuál es el instrumento más idóneo para establecer la reglamentación del derecho a la consulta. Una vez llegaron a estos acuerdos, el gobierno no adelantó ningún paso para cumplirlos.

⁸⁹ *Buenas prácticas de las defensorías del pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú en procesos de consulta previa*, Lima, julio de 2017, p. 41.

⁹⁰ Acta 15 y 16 de octubre de 2015, Mesa Permanente de Concertación.

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

En octubre de 2016, el gobierno nacional radicó en la MPC un proyecto de ley sobre consulta previa que nunca fue consultado con los pueblos indígenas ni afrodescendientes. Esta actuación, sin duda, terminó afectando las relaciones entre las dos partes dado que violaba los acuerdos a los que habían llegado un año antes en la MPC. Frente a esta situación, los pueblos indígenas solicitaron que se cumpliera la hoja de ruta y, en febrero de 2017, realizaron el Foro Internacional que se había acordado más de un año antes, para conocer experiencias internacionales de regulación del derecho a la consulta. En ese espacio la MPC argumentó que

el Derecho Fundamental a la Consulta y al Consentimiento Previo, Libre e informado se pretenda reglamentar mediante Ley Estatutaria, por lo cual exigimos el retiro inmediato del anteproyecto de ley radicado ante la Secretaría Técnica de la Mesa Permanente de Concertación (MPC). Así mismo, denunciarnos que es inconstitucional, inconveniente y desleal, tramitar esta reglamentación a través del mecanismo abreviado del Fast Track, por lo tanto no aceptamos esta ruta⁹¹.

Tras la oposición del movimiento indígena, el gobierno retiró el proyecto de la MPC en marzo de 2017. Este proyecto fue altamente criticado⁹² porque, una vez más, reducía el espectro de protección del derecho internacional y transformaba de manera radical los procedimientos por los cuales se han tomado las decisiones en las consultas en Colombia.

Después de este intento, en agosto de 2017 el gobierno presentó un segundo proyecto de reglamentación pero volvió a repetir algunos errores de la ocasión anterior, pues construyó el texto⁹³ sin consultarlo con el movimiento étnico. El 18 de agosto de 2017, el gobierno llevó este texto a la MPC que -como sus antecesores- reduce el derecho a la CPLI de los pueblos étnicos. A mediados de septiembre de 2017, no se ha dado una discusión sobre el proyecto y por tanto no se sabe cuál va a ser el trámite que se le va a dar y las instancias nacionales de representación de los pueblos indígenas y afrodescendientes no han dado una respuesta unificada sobre cuál es su posición frente a este texto. Lo que sí es claro hasta el momento es que la publicación del borrador se hizo incumpliendo los acuerdos⁹⁴ pactados en octubre de 2015 con la MPC pues no se han cumplido los pasos de la hoja de ruta.

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

⁹¹ “Posicionamiento político de los pueblos, organizaciones y autoridades indígenas de Colombia, participantes en el foro internacional sobre el derecho fundamental a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado” Mesa Permanente de Concertación, 27 de febrero de 2017.

⁹² Para conocer algunas de las principales críticas al proyecto, ver: <http://lasillavacia.com/historia/asi-quiere-el-gobierno-que-sea-la-consulta-previa-58693>

⁹³ Texto disponible en: <http://www.mininterior.gov.co/node/16789>

⁹⁴ Para conocer el análisis hecho por la MPC sobre el proceso de evaluación de la reglamentación del derecho a la consulta, ver: http://www.consultaprevia.org/files/biblioteca/fi_name_archivo.675.pdf

Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

En segundo lugar, para asegurar la titularidad del derecho a la consulta, el proyecto exige que las comunidades estén reconocidas y registradas⁹⁵ ante la autoridad competente. Como se ha demostrado en la jurisprudencia interamericana y se estipuló en el Convenio 169 de la OIT, no se les puede exigir a los pueblos étnicos que estén registrados por parte del Estado para que se garanticen sus derechos fundamentales. Si bien el registro podría cumplir veces de anuncio hacia terceros, en ningún momento se puede incluir como un elemento fundamental para reconocer el derecho a la consulta y CPLI.

Por último, el derecho al consentimiento se ve afectado con la propuesta de este proyecto de ley. Según los estándares internacionales, sí existe una regulación explícita del derecho que tienen los pueblos étnicos de oponerse a las medidas presentadas por los Estados y en esos casos su decisión debe ser aplicada por las autoridades. Sin embargo, la regulación⁹⁶ del derecho al consentimiento en el actual proyecto presentado por el gobierno es contraria a estos estándares pues establece que la decisión final recae sobre el Estado.

6. Conclusiones y recomendaciones

En base a lo sucedido en diversos países de la región, se puede concluir que la adopción de una Ley general o reglamento sobre consulta previa, como tal, no es indispensable y tampoco resuelve el problema de fondo, que es el respeto y garantía de la consulta y consentimiento, entendidos como una manifestación de la libre determinación indígena. Ante el gran número de intereses políticos que incidirían en la redacción, negociación, y aprobación de una ley de consulta en Colombia, insistir en una ley como la única vía para implementar el derecho puede resultar contraproducente, especialmente si resulta en una ley más restrictiva que los estándares internacionales aplicables, tal como ha sucedido en otros países.

A partir de las consideraciones anteriores, la elección de la mejor ruta para implementar el derecho a la CLPI debería basarse en los siguientes elementos:

- (1) Bajo los estándares del DIDH, la consulta y el consentimiento libre, previo e informado son un derecho auto ejecutable y, por lo tanto, no requieren reglamentación específica para ser reconocido e implementado.
- (2) A diferencia de otros ámbitos de los derechos humanos, en el caso de la consulta y el consentimiento indígena es imposible generalizar la forma de actuación estatal. No es posible imponer los mismos tiempos, condiciones y procedimientos a todas las comunidades y pueblos indígenas y tribales, en tanto no comparten las mismas formas de toma de decisión, cosmovisión, e instituciones jurídico-políticas.
- (3) Algunos aspectos de proyectos de ley en otros países ya han sido resueltos por tratados o tribunales supranacionales, y por lo tanto no es indispensable la reglamentación interna por medio de normas de alcance general.

⁹⁵ Ver, por ejemplo, artículos 3, 4, 6 y 23 del proyecto de ley.

⁹⁶ Ver, por ejemplo, artículo 28: “la imposibilidad de alcanzare una cuerdo total o parcial, o de obtener el consentimiento de las comunidades consultadas no implica que no pueda adelantarse el POA, o expedirse el acto administrativo respectivo, siempre que el interesado actúa conforme al principio de proporcionalidad, sin arbitrariedades consultado con valores, derechos, intereses e inquietudes de las comunidades que eventualmente puedan verse afectada”

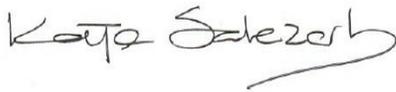
Amicus Curiae “La consulta previa como manifestación de la libre determinación indígena y lineamientos que deberían orientar la regulación de los procesos de consulta”

(4) Varios pueblos y organizaciones representativas de las comunidades indígenas y afrocolombianas han expresado su preferencia por mecanismos de implementación como protocolos comunitarios y de auto-consulta, por encima de normas de alcance general.

(5) Toda iniciativa o propuesta de ley debe partir de los verdaderos titulares del derecho: los pueblos y las comunidades indígenas y afrocolombianas. Si una ley o reglamento es impuesto verticalmente desde el Estado, carecerá de legitimidad entre tales pueblos, y habrá un alto riesgo de ser rechazado, agravando así las distenciones y la desconfianza entre los pueblos étnicos y el Estado.

Por todo lo expuesto, la Fundación para el Debido Proceso solicita respetuosamente a la Honorable Corte Interamericana que admita el presente escrito de *amicus curiae* y tome en consideración los elementos de hecho y de derecho aquí referidos.

Muy atentamente,



Katya Salazar
Directora Ejecutiva
Fundación para el Debido Proceso



Daniel Cerqueira
Director del Programa Derechos
Humanos y Recursos Naturales
Fundación para el Debido Proceso