

Aportes

Número 22 / Septiembre de 2020

Revista de la Fundación para el Debido Proceso



El derecho a la consulta previa, libre e informada
a 30 años de la adopción del **Convenio 169 de la OIT**

Contenido

2 Editorial

Un poco de historia

4 Felipe Gómez Isa

El derecho a la CPLI y el SIDH

6 Antonia Urrejola y Elsy Curihuinca

8 Cristina Blanco

CPLI, comunidades indígenas, estados y empresas

11 Emily Greenspan

13 Juan Carlos Ruiz

14 Humberto Cantú

Diversas miradas sobre un mismo derecho

16 César Gamboa

18 Felipe Agüero

20 Marco Mendoza

22 Mario Melo

23 Marjolaine Olwell

26 Naayeli Ramírez

28 Nathalia Sandoval

¿Y cuando la CPLI no se cumple?

Algunas iniciativas comunitarias exitosas

30 Lucía Inés Xiloj Cuin

32 Liana Amin Lima y Carlos Marés

Reflexiones finales

34 Daniel Cerqueira

37 Publicaciones recientes



Dirección General
Katya Salazar

Responsable de esta edición
Daniel Cerqueira

Coordinación general
Carlos Baquero

Edición
Tatiana Rincón

Diseño
Miki Fernández

Cubierta: Ventana al Valle Sagrado, Pisac, Perú.
Photo by Willian Justen de Vasconcellos on Unsplash

Derecha: Iquitos, Perú. *Photo by Debb Dowd on Unsplash*





DPLf

Editorial

> Desde que fue reconocida en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de junio de 1989, la consulta previa, libre e informada (CPLI) ha ocupado un lugar privilegiado en la agenda política de los Estados, organismos internacionales y en pronunciamientos de los operadores de justicia, en el mundo y particularmente en América Latina. Concebida como una herramienta de diálogo intercultural entre los pueblos indígenas y el Estado, el alcance del derecho a la CPLI ha ido ampliándose de forma constante a través de pronunciamientos de altas cortes y de órganos supranacionales de derechos humanos, siendo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) fuente de los más avanzados y numerosos precedentes en la materia.

Hace una década, cuando creamos el Programa de Derechos Humanos y Recursos Naturales de DPLF, nos pusimos como objetivo principal fortalecer la incorporación de los parámetros internacionales sobre CPLI por parte de los Estados de las Américas, y promover nuevos estándares que reflejaran los desafíos de la región. En colaboración con nuestros aliados, hemos incentivado una reflexión regional, producido análisis y conocimiento con el fin de acompañar las demandas de organizaciones indígenas y de la sociedad civil con las que compartimos iniciativas y estrategias. Pese a los logros alcanzados, la implementación del derecho a la CPLI sigue enfrentando una serie de retos que van más allá de lo estrictamente jurídico, pero que necesitamos entender para poder superarlos.

Es por ello que, con ocasión del 31° aniversario de la adopción del Convenio 169 de la OIT, dedicamos la edición 22 de nuestra revista AportesDPLF a una reflexión sobre los logros alcanzados y los desafíos aún pendientes para el respeto pleno de este derecho en el continente. Las y los autores invitados son personas con trayectorias distintas, como integrantes de comunidades indígenas, representantes de organismos internacionales, líderes sociales, abogados y activistas de derechos humanos,

académicos y personas vinculadas al sector de la filantropía. Esta visión plural nos brinda una mirada amplia de los impactos que ha tenido el Convenio 169 sobre los pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y demás sujetos colectivos que reivindican su derecho a ser escuchados por el Estado cuando éste adopta decisiones susceptibles de afectarles.

Para abrir este número de AportesDPLF, **Felipe Gómez Isa** reconstruye la historia detrás de la adopción del Convenio 169 y evalúa la importancia de dicho instrumento.

Antonia Urrejola y **Elsy Curihuinca** abordan diversos aspectos relacionados a los estándares producidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual ha tenido un rol fundamental en el desarrollo del contenido y alcance del derecho a la CPLI. En este mismo ámbito, **Cristina Blanco** destaca la necesidad de superar el abordaje tradicional bajo el cual los Estados están obligados a promover el desarrollo y al mismo tiempo promover procesos efectivos de consulta previa, y sugiere que los órganos del SIDH aborden la CPLI desde un marco más amplio, vinculado al derecho a la libre determinación.

Desde una mirada optimista sobre el impacto del Convenio 169, **Emily Greenspan** resalta el papel de la movilización colectiva como mecanismo de presión para que los gobiernos y las compañías consulten a los pueblos indígenas de acuerdo con sus procesos internos de toma de decisión y garantizando el derecho al consentimiento. Desde la experiencia peruana, **César Gamboa** evalúa la primera década del régimen jurídico que implementó la consulta previa en Perú, caracterizada por luces y sombras. También desde Perú, **Juan Carlos Ruiz** brinda una mirada crítica sobre los impactos de la consulta previa en ese país, donde habría generado cambios meramente retóricos. **Felipe Agüero** analiza la propuesta del gobierno de Sebastián Piñera de denunciar el Convenio 169 y la respuesta que generó en las organizaciones y movimientos sociales en Chile.

Humberto Cantú aborda los vínculos entre dos agendas íntimamente relacionadas pero que no siempre dialogan: la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y el debate sobre empresas y derechos humanos. Desde Bolivia, **Marco Mendoza** evalúa las regresiones en el goce de derechos por parte de los pueblos indígenas y aboga por la recuperación del autogobierno y la libre determinación de los pueblos indígenas en el país. Desde Ecuador, **Mario Melo** nos muestra cómo a pesar de la sentencia histórica a favor del pueblo Sarayaku dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el gobierno ecuatoriano sigue sin proteger a los pueblos indígenas.

Marjolaine Olwell realiza una valoración de la incorporación del derecho a la CPLI en el marco jurídico-institucional canadiense y los intentos recientes de una renovada relación entre el Estado y los pueblos indígenas, impulsados por el actual gobierno federal. Desde México, **Naayeli Ramírez** se concentra en la consulta indígena sobre la autorización para la siembra de soya genéticamente modificada en la península de Yucatán y los diversos desafíos para el cumplimiento de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México que ordena la realización de dicho proceso de consulta. **Nathalia Sandoval** revisa una de las últimas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia en materia de CPLI, aporte importante pero que necesita de los demás actores del Estado colombiano para que este derecho sea efectivamente protegido.

Frente a la falta de una adecuada garantía del derecho a la consulta por parte de los Estados, los pueblos indígenas en varios países de la región han creado herramientas propias para proteger sus tierras, territorio y recursos naturales. **Lucía Inés Xiloj Cuin** evalúa el impacto de las **consultas autónomas**

realizadas por las comunidades indígenas en Guatemala, donde a pesar del reconocimiento estatal limitado, se han generado efectos positivos sobre los pueblos, fortaleciendo el gobierno propio, la recuperación de territorios despojados y la protección colectiva de los recursos naturales. Desde Brasil, **Liana Amin Lima** y **Carlos Marés** comparten la experiencia de los **protocolos de consulta** desarrollados por pueblos indígenas, donde se establece la forma en que se deben realizar los procesos de consulta frente a decisiones que afecten los respectivos territorios de los pueblos indígenas y comunidades tradicionales.

Finalmente, **Daniel Cerqueira** comparte algunas reflexiones de DPLF sobre los logros y limitaciones de la CPLI, resaltando que pese al rol importante que sigue jugando, no debería ser el único instrumento de referencia en la relación entre Estados y pueblos indígenas. Recogiendo las más recientes reflexiones institucionales en esta materia, el autor cierra este número de la revista destacando que es fundamental avanzar hacia una renovada agenda de derechos enmarcada en la libre determinación de los pueblos indígenas.

Katya Salazar
Directora Ejecutiva

Daniel Cerqueira
Director del Programa Derechos Humanos
y Recursos Naturales



Un poco de historia

Grabado en cobre de Theodore de Bry

El Convenio 169 de la OIT: Origen y contenido



Felipe Gómez Isa

Profesor de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto e investigador del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe

El Derecho Internacional clásico que emerge de la Paz de Westfalia en Europa jugó un papel muy destacado en la dramática historia de conquista, usurpación de la soberanía de los pueblos indígenas y expropiación de sus tierras, territorios y recursos¹. Este sistema jurídico se convirtió en un poderoso instrumento en manos de los conquistadores para dominar y subyugar a los pueblos indígenas de las Américas². Esta situación ha llegado hasta bien entrado el siglo XX, cuando el Derecho Internacional se ha ido convirtiendo progresivamente en un aliado estratégico de los pueblos indígenas para avanzar sus luchas en favor del reconocimiento y la garantía de sus derechos humanos³. A pesar de sus limitaciones, el Convenio 169 de la OIT ha desempeñado un papel fundamental en este proceso.

La atención de la OIT a la situación de los pueblos indígenas llegó a través de la explotación laboral que sufrían en la mayor parte de los países en los que habitan. Ello hizo que el organismo internacional aprobara todo un conjunto de convenios y recomendaciones a partir de la década de 1930 para ocuparse de la situación laboral y social que enfrentaban los indígenas. Estas normas allanaron el camino para la adopción del primer tratado internacional en la historia que abordó de manera omnicompreensiva la situación de los pueblos indígenas, el Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales (1957). Este Convenio fue aprobado sin la participación de los propios pueblos indígenas y con un enfoque totalmente (ma)paternalista basado en la asimilación. El denominado “problema indígena” se tenía que resolver mediante políticas encaminadas a integrar a los pueblos indígenas en la vida nacional, siendo ésta la mejor manera de desarrollarse, entrando en el “mundo civilizado” y lograr el tan ansiado progreso.

La emergencia indígena que vivió el mundo, esencialmente, en América Latina en los años 70 del siglo XX⁴ sirvió para poner de manifiesto lo inadecuado del planteamiento del Convenio 107. Aquí radica el origen del Convenio 169 de la OIT, un tratado que pretende revisar el planteamiento de fondo del anterior

¹ Keal, P. (2003). *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society*. Nueva York: Cambridge University Press.

² Anaya, J. (2004). *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford: Oxford University Press.

³ Gómez Isa, F. (2018). International Law, Ethno-Cultural Diversity and Indigenous Peoples' Rights: A Postcolonial Approach. En Pentassuglia, G. (Ed), *Ethno-cultural Diversity and Human Rights. Challenges and Critiques* (168-187). Leiden-Boston: Brill-Nijhoff.

⁴ Bengoa, J. (2000). *La emergencia indígena en América Latina*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica.

Convenio y adoptar nuevas normas que reconozcan a los pueblos indígenas como sujetos de derechos humanos tanto individuales como colectivos. Como señala el propio Convenio 169 en su preámbulo la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores.

El proceso de negociación del Convenio fue extremadamente complicado, sobre todo por la voluntad de los pueblos indígenas de ser parte del proceso y participar activamente. La OIT no contó con una estrategia de participación global de tales pueblos en la elaboración del Convenio, lo que hizo que éstos lo miraran con mucho recelo y suspicacias desde el principio⁵. A pesar de algunos gestos por parte de la Conferencia General de la OIT, como elegir a algunas organizaciones indígenas para que participaran como observadoras en el proceso de negociación, dicha participación fue muy limitada, lo que generó un amplio sentimiento de frustración y exclusión⁶. De hecho, los asuntos más controvertidos como la incorporación del concepto de “pueblo”, los derechos a la tierra y al territorio o la cuestión del consentimiento indígena, fueron discutidos a puerta cerrada, sin la participación de los representantes de los pueblos indígenas. Ello explica en gran parte el por qué del rechazo al Convenio 169 de amplios sectores del movimiento indígena internacional al momento de su adopción.

A pesar de esta evidente limitación del Convenio, que hace que algunos lleguen a cuestionar su legitimidad de origen, sus contenidos fueron relevantes y han contribuido de una manera significativa a la evolución y el desarrollo progresivo de los derechos de los pueblos indígenas⁷. A este respecto, desde el punto de vista del contenido, debemos subrayar algunos de sus principales aportes.

En primer lugar, el Convenio 169 abandona definitivamente el término “poblaciones indígenas” del Convenio 107 y opta claramente por el reconocimiento de la categoría de “pueblo” a las comunidades indígenas, una de sus principales reivindicaciones históricas. Esto supone que los pueblos indígenas son mucho más que una mera agrupación de personas individuales, contando con características colectivas que son un elemento esencial de su identidad. De ahí que el Convenio 169 reconozca tanto derechos individuales como colectivos.

Otro aspecto novedoso es el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a la participación en la toma de decisiones en aquellas cuestiones que les conciernan. La articulación práctica de este derecho viene principalmente de la mano de la *consulta*, uno de los pilares básicos del Convenio 169. No se llegó tan lejos como pretendían los representantes indígenas, que aspiraban a la garantía del consentimiento previo, libre e informado⁸, pero la consulta ha jugado un papel importante en la defensa de la dignidad e identidad de los pueblos indígenas ante decisiones estatales que iban en su contra.

Finalmente, el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a la tierra y al territorio es otro de los avances producidos por el Convenio 169, enfatizando “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios..., y en particular los aspectos colectivos de dicha relación” (artículo 13.2).

Por lo tanto, siendo plenamente conscientes de algunas limitaciones más que evidentes del Convenio 169 de la OIT, se debe reconocer que ha jugado un rol fundamental y sigue siendo un punto de referencia clave cuando nos referimos a los derechos de los pueblos indígenas. Lamentablemente, el número de ratificaciones sigue siendo muy reducido⁹, con la mayor parte de los países de América Latina como partes del Convenio, pero solo un Estado africano y un Estado asiático.

⁵ Swepston, L. (2005). Indigenous Peoples' Voices: Indigenous Participation in ILO Convention 169. *Law & Anthropology: International Yearbook for Legal Anthropology*, 12, 114-126.

⁶ Rodríguez-Piñero, L. (2005). *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law. The ILO Regime (1919-1989)*. Oxford: Oxford University Press, pp. 312-319.

⁷ Salgado, JM. (2006). *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas (Comentado y Anotado)*. Neuquén: Universidad Nacional del Comahue.

⁸ Este es uno de los elementos que sí ha sido incluido en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada el 13 de septiembre de 2007 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Véase, al respecto, Gómez Isa, F. (2019). La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: un hito en el proceso de reconocimiento de los derechos indígenas. *Revista Española de Derecho Internacional*, 71(1), 119-138.

⁹ Hasta el 20 de agosto de 2020, tan solo 23 países habían ratificado el Convenio 169 de la OIT (Argentina, Estado Plurinacional de Bolivia, Brasil, República Centroafricana, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, República Dominicana, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, Luxemburgo, México, Nepal, Holanda, Nicaragua, Noruega, Paraguay, Perú, España y la República Bolivariana de Venezuela).



El derecho a la CPLI y el SIDH

Bolivia. Foto: Amy Rollo on Unsplash

Avances y desafíos del derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*



Antonia Urrejola Noguera

Primera Vicepresidenta y Relatora sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la CIDH

Elsy Curihuinca Neira

Ex-Abogada Especialista de la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la CIDH



Los avances alcanzados por el Sistema Interamericano de Derechos (SIDH) con relación a los derechos de los pueblos indígenas están vinculados con la aparición¹⁰ de estos pueblos como actores políticos y sociales en América Latina que, a partir de los ochenta del siglo XX, propiciaron una serie de reformas legales y constitucionales en la región. Pese a que los instrumentos jurídicos del SIDH no hacían referencia explícita

a los derechos humanos de los pueblos indígenas, a lo largo de las últimas tres décadas, los órganos del SIDH han emitido importantes pronunciamientos que reconocen a tales pueblos como sujetos colectivos de derechos.

La inclusión del Convenio 169 de la OIT como herramienta interpretativa ha sido fundamental para ampliar el alcance de los estándares del SIDH en la materia. Pese a que los órganos del SIDH no tienen competencia para declarar la violación del mencionado Convenio, tanto la Corte como la Comisión Interamericana han interpretado la Convención Americana sobre Derechos humanos a la luz de lo establecido en ese y otros tratados internacionales, efectuando una interpretación integral de los derechos de los pueblos indígenas.

Entre estos derechos, se encuentran los de consulta y consentimiento previo, libre e informado que, a su vez, se relacionan con los derechos de supervivencia física y cultural y la libre determinación. Los pueblos indígenas como sociedades preexistentes al establecimiento de los Estados, tienen el derecho a definir libremente sus prioridades de desarrollo

* Las opiniones expresadas en este documento son de exclusiva responsabilidad de las autoras y no representan necesariamente la posición de los organismos que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

¹⁰ Stavenhagen, R. (1997). Las organizaciones indígenas en América Latina. En *Revista de la Cepal*, 62, 61-73.

económico, social y cultural para asegurar su existencia y bienestar como grupos diferenciados¹¹. Debido a la especial relación que estos pueblos tienen con su territorio, la degradación del medio ambiente y los impactos adversos en su entorno pueden comprometer sus modos de vida tradicionales, y las prácticas económicas que ahí realizan afectando, en definitiva, su supervivencia¹².

Por lo anterior, el ejercicio de los derechos a la CPLI no son un fin mismo, sino más bien un medio para garantizar el ejercicio de otros derechos en el contexto de un diálogo intercultural. Cuando se viola el derecho a la CPLI de los pueblos indígenas se vulneran las condiciones necesarias para su proyección como conglomerado político y se pone en riesgo su supervivencia como pueblo.

En este contexto, los principales problemas identificados para la protección de los derechos a la participación de los pueblos indígenas son: i) las prácticas orientadas a evadir el inicio de estos procesos o llevarlos a cabo como un excesivo formalismo, ii) la utilización de mecanismos disociadores con el propósito de dividir la voluntad de los pueblos indígenas para que determinados dirigentes acepten proyectos de inversión a cambio de beneficios individuales, iii) la falta de aplicación del proceso de consulta en escenarios de creación de áreas naturales protegidas, y la ampliación de los proyectos extractivos. En muchos casos, la ausencia de consulta ha propiciado acciones de protesta por parte de los pueblos indígenas que defienden sus derechos. Estas movilizaciones han provocado represalias en su contra por parte de actores privados, o incluso la criminalización de sus demandas por parte de los Estados¹³.

Por otra parte, es importante considerar el contexto histórico, cultural y político en que se llevan a cabo los procesos de consulta y consentimiento indígena, el cual está marcado por un modelo económico que no se articula, necesariamente, con las prioridades de desarrollo de los pueblos indígenas.

¿La consulta y el consentimiento previo, libre e informado están siendo utilizados como herramientas de legitimización de nuevas prácticas colonizadoras o hegemónicas? La pregunta es particularmente importante si se tiene en cuenta que las voces, lenguas y saberes ancestrales no siempre están

“Los Estados deberán tener en cuenta cómo vincular los derechos de consulta y consentimiento con los otros mecanismos de participación que existan a nivel interno y, especialmente, con las demás políticas públicas dirigidas a los pueblos indígenas”.

presentes al momento de diseñar el instrumento que se usará para realizar las consultas. Esto ha derivado en la imposición de metodologías ajenas y poco comprensivas de las epistemes de los pueblos indígenas.

En este escenario de asimetrías de poder, los desafíos varían de acuerdo a los actores y al diálogo intercultural que entre ellos se pueda alcanzar. En el caso de los pueblos indígenas, el éxito de las consultas dependerá en gran medida de la fortaleza técnica, organizacional, política y económica que posean para generar o posicionar mecanismos autónomos de participación basados en sus cosmovisiones. En el caso de los Estados, el desafío está marcado por la efectiva adecuación e implementación de los estándares internacionales de derechos humanos. Asimismo, los Estados deberán tener en cuenta cómo vincular los derechos de consulta y consentimiento con los otros mecanismos de participación que existan a nivel interno y, especialmente, con las demás políticas públicas dirigidas a los pueblos indígenas.

Otros actores, como la sociedad civil y los organismos internacionales de derechos humanos, también son llamados a remover las asimetrías y los obstáculos que generan la desigualdad que enfrentan los pueblos indígenas. En esta labor, los estándares interamericanos pueden constituir dispositivos eficaces y contrahegemónicos para transformar la situación que viven los pueblos indígenas en las Américas.

¹¹ CIDH. *Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía*. OAS/SER.L/V/II, Doc. 176, 29 de septiembre de 2019, párr. 240.

¹² Idem, párr. 277.

¹³ Idem, párrs. 194 y 239.

Tres retos para el Sistema Interamericano y el derecho a la consulta previa, libre e informada



Cristina Blanco

Profesora de la Pontificia Universidad Católica del Perú e investigadora doctoral de la Universidad de Essex

En América Latina pocos derechos de los pueblos indígenas han recibido tanta atención como el derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado (CPLI). En una región caracterizada por su enorme diversidad cultural y altos niveles de conflictividad social asociada a proyectos extractivos y de inversión, los pueblos indígenas han usado la CPLI como una herramienta para resistir los impactos de dichos proyectos sobre sus territorios. Igualmente, autoridades estatales, sector privado, entidades financieras, entre otros actores, han visto en la consulta previa una herramienta clave para la prevención de conflictos sociales.

Los principales debates sobre cómo efectivizar este derecho han tenido lugar en gran medida en América Latina, considerando que catorce de los 23 Estados parte del Convenio 169 de la OIT son de la región. A ello se suma la influencia de los estándares creados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). De este modo, la experiencia latinoamericana es fundamental para evaluar la implementación de la CPLI.

Varios estudios sobre la implementación de la CPLI coinciden en reconocer avances importantes, pero advierten la existencia de nuevos desafíos. En la última década se han adoptado normas, creado instituciones, emitido fallos y se han realizado auto consultas que evidencian los logros de este derecho. No obstante, como se evidencia en diferentes publicaciones, hay también coincidencia en los retos, principalmente asociados a la tendencia a caer en formalismos en su implementación o

en su posible efecto homogeneizante. Más allá de los distintos matices en la identificación de los desafíos, puede decirse que se ha pasado de un momento en el que la CPLI era vista como la panacea para lograr la vigencia de los derechos indígenas, a otro caracterizado por miradas más matizadas y en algunos casos, críticas sobre el potencial de este derecho.

Lo que se mantiene como constante es el rol protagónico de los mecanismos del SIDH. Desde los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), pasando por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la historia de este derecho está marcada por pronunciamientos de ambos órganos del SIDH. Ahora bien, en este contexto puede ser útil que los órganos del SIDH miren críticamente su papel. En otras palabras, ¿cuáles son aquellos aspectos sobre los que hay que reflexionar?

Libre determinación

Una de las cuestiones clave es la necesidad de colocar (o recolocar) al centro de la CPLI el derecho a la libre determinación. Este derecho es una de las premisas fundamentales del Convenio 169 de la OIT¹⁴, y puede decirse que es la expresión más concreta de la superación de la lógica integracionista del Convenio 107. En 2007 se reconoció expresamente este derecho en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículo 3), y en 2016 los Estados del hemisferio reiteraron dicho reconocimiento explícito en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículo 3).

A pesar de ello, se trata de un derecho que ha sido esquivo en la jurisprudencia interamericana. Una mirada a las sentencias de la Corte IDH sobre propiedad colectiva, permite notar una mayor mención a “libre determinación” o “autodeterminación” en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Se trata, sin embargo, de la referencia a pronunciamientos de otras entidades, más que de la incorporación en la construcción

¹⁴ Ello se expresa, por ejemplo, en que dicho tratado reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas y tribales de “asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico” (preamble), mientras que en su artículo 7.1 se establece que “los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”.

“Hay expectativa de que los órganos del SIDH hagan un mayor eco y desarrollo del reconocimiento internacional de la libre determinación y su rol en el ejercicio de la CPLI, en equilibrio con la idea de un Estado intercultural”.

Surinam. Foto: BartCo.

propia de la Corte. Es paradójico notar que el origen de la afirmación jurisprudencial del derecho a la consulta está vinculado al artículo 1 común a los Pactos Internacionales que reconoce precisamente “el derecho a la libre determinación de los pueblos”. Ciertamente, al encontrarse ante un Estado, como Surinam, que no es parte del Convenio 169 de la OIT, la Corte Interamericana basó su fallo sobre consulta en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, entre otros, en la interpretación realizada de dicha disposición por los órganos de control de los Pactos. En particular, citando al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señaló que del artículo 1 común se deriva que “los pueblos podrán ‘proveer[r] a su desarrollo económico, social y cultural’ y pueden ‘disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales’ para que no se los prive de ‘sus propios medios de subsistencia’”.

En la CIDH el derecho a la libre determinación parece estar cobrando mayor relevancia. Quizás la primera referencia —o la más clara— se encuentra en su informe temático sobre *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial*

*en las Américas: recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos*¹⁵. Los informes temáticos que le siguieron afirman que los derechos indígenas “tienen como premisa fundamental el derecho a la libre determinación”, como puede verse en el informe sobre *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes e industrias extractivas: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*¹⁶. Aunque es positivo, los desafíos parecen relacionarse con su concreción práctica, especialmente en ámbitos específicos de autonomía, distintos a contextos de consulta o consentimiento.

Hay expectativa de que los órganos del SIDH hagan un mayor eco y desarrollo del reconocimiento internacional de la libre determinación y su rol en el ejercicio de la CPLI, en equilibrio con la idea de un Estado intercultural. La autodeterminación puede dar luz, por ejemplo, para resolver situaciones de violaciones más complejas del derecho a la consulta o donde lo que se requiere es proteger experiencias de auto consulta.

¹⁵ Véase, CIDH. *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 47/13, 30 de diciembre 2013.

¹⁶ Véase, CIDH. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes e industrias extractivas: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 47/15, 31 de diciembre 2015.

Desarrollo y consulta

El segundo punto tiene que ver con narrativas y concepciones sobre desarrollo. Las referencias al “desarrollo” o la idea de “progreso” son muy recurrentes en los discursos para promover proyectos de inversión, lo que ha llevado en ocasiones a la (falsa) dicotomía “derechos indígenas versus desarrollo”. Este dilema puede implicar varias premisas reñidas con principios de un Estado intercultural, y conducir a legitimar, por ejemplo, que el Estado asuma la autoridad para alterar por la fuerza tierras indígenas y sus formas de vida. En otros casos, supone ignorar el hecho de que, para algunas comunidades, el “desarrollo” puede ser sinónimo de mayor empobrecimiento y profundización de inequidad por la afectación a la tierra y territorio.

El abordaje del SIDH sobre el particular ha sido tangencial. Si bien en la jurisprudencia interamericana el derecho a la consulta está estrechamente vinculado a la determinación libre “de sus prioridades de desarrollo”, en la práctica ha sido un mecanismo de defensa o resistencia, que no ha dejado espacio a la protección de visiones propias sobre el futuro. Además, hay una tendencia a que los Estados se comprometan en los procesos de consulta a brindar servicios de salud o educación, que son parte de sus obligaciones y no cuestiones negociables.

En el Sistema Interamericano este desafío se puede contestar desarrollando estándares específicos sobre derechos económicos y sociales para pueblos y comunidades indígenas. Más allá de algunos pronunciamientos puntuales, sobre todo en informes de país, a la fecha son escasos los estándares en este ámbito. Esto también puede contribuir a la atención a problemas estructurales, como la discriminación histórica y su impacto en la exclusión de sus propias concepciones sobre el futuro.

Mecanismos del SIDH

La renovación de los retos sobre la CPLI puede llevar a reflexionar sobre los principales mecanismos del SIDH. Puede pasarse de escenarios donde no hubo intento alguno de consulta (como en el caso del Pueblo Saramaka) o acciones de “socialización” claramente alejadas de este derecho (en el caso del Pueblo Sarayaku); a contextos donde hay intentos serios de procesos de consulta o donde las acciones estatales que se denominan “consulta” y/o “consentimiento” generan en sí mismas afectación a la identidad o integridad cultural, provocando división o desintegración comunitaria. Es decir, es probable que los órganos del SIDH conozcan formas más sofisticadas de vulneración de este derecho. Ello puede requerir no un análisis superficial de si hubo o no consulta (que es lo que se ha requerido hasta ahora), sino de una evaluación específica y con un estándar probatorio sobre cómo se llevó a cabo el proceso y su impacto en el pueblo o comunidad. Uno de los riesgos en ese escenario es perderse en los formalismos si no se tiene un asidero sólido en el derecho de libre determinación.

El otro mecanismo sobre el que se debe reflexionar son las medidas cautelares y provisionales. Por ejemplo, la CIDH durante varios años otorgó medidas cautelares para proteger tierras y territorios indígenas, atendiendo a la estrecha relación que tienen con su vida e integridad. En años más recientes, especialmente desde la modificación de los otorgamientos de medidas de la represa Belo Monte en Brasil y el proyecto minero Mina Marlin en Guatemala, es mucho menos frecuente –por no decir inexistente– el otorgamiento de solicitudes de medidas cautelares para estos casos. La implementación de proyectos que pueden suponer la desaparición de pueblos, junto a los impactos medioambientales en el contexto de la crisis climática, hacen que la CIDH deba reflexionar sobre nuevas aproximaciones a este mecanismo que fue creado justamente para brindar protección urgente.



CPLI, comunidades indígenas, Estados y empresas

Foto: Simonkr

Algunos impactos positivos producidos por la asimilación del derecho a la consulta y al consentimiento



Emily Greenspan

Directora Asociada del Área de Industrias
Extractivas de Oxfam América

Hace quince años viajé a un bloque petrolero –ahora llamado bloque 192– en la Amazonía peruana, para documentar los impactos de derrames de petróleo en la salud de las personas y apoyar a las comunidades indígenas que debatían los posibles riesgos y beneficios de futuros proyectos hidrocarburíferos en

sus territorios. Aunque la extracción de petróleo amenazaba los recursos naturales fundamentales para sus vidas y medios de subsistencia, las leyes de Perú en este momento no les permitían tener una voz relevante sobre si y como el gobierno debería llevar a cabo proyectos extractivos que les afectaban. Durante una entrevista de investigación, un funcionario del gobierno argumentó que la “consulta” simplemente requiere “informar” a las comunidades, sin implicar un diálogo significativo con ellas. En este momento, Perú ya había ratificado el Convenio 169 de la OIT, pero los países aún no habían respaldado la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, la cual consagra el derecho al consentimiento previo, libre e informado (CPLI).

Desde entonces, afortunadamente, el reconocimiento global del derecho al CPLI se ha generalizado. Empresas petroleras, mineras¹⁷ y agroindustriales¹⁸; complejos industriales

¹⁷ Oxfam International. (2015, julio 22). *Community Consent Index 2015. Oil, gas, and mining company public positions on Free, Prior, and Informed Consent*. Recuperado de <https://www.oxfam.org/en/research/community-consent-index-2015>

¹⁸ Oxfam. (2019). *Companies Spoke. Did their Suppliers listen? Tracking Behind the Brands sustainability commitments through the supply chain with the “agribusiness scorecard”*. Recuperado de <https://oxfamlibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/620626/bp-agribusiness-scorecard-040319-en.pdf>

“A medida que avanzamos en la nueva década, debemos abandonar el viejo debate sobre si las comunidades indígenas tienen derecho a conceder o negar su consentimiento”.

(occidentales¹⁹ y de otras regiones del mundo²⁰); así como los bancos²¹ empezaron a reconocer el CPLI como un derecho de los pueblos indígenas y como una buena práctica corporativa para reducir el riesgo de conflictos sociales²². Los gobiernos han quedado atrás, enfocando sus discursos y compromisos usualmente en la “consulta” a las comunidades, en lugar de obtener su “consentimiento”. Sin embargo, la mayoría de los países de América Latina ahora reconocen la necesidad de desarrollar mecanismos para facilitar los procesos de consulta a los pueblos indígenas y tribales²³. Este progreso fue resultado de décadas de trabajo incansable por parte de organizaciones indígenas y sus aliados, que incluyeron largas batallas legales y campañas que implicaron un gran riesgo personal y sacrificio por parte de defensores y defensoras ambientales tales como

Berta Cáceres²⁴. Estos esfuerzos resultaron en decisiones y precedentes que citan el derecho al CPLI en países como Guatemala²⁵, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁶.

Ahora, los gobiernos y las empresas deben hacer más para que las políticas en materia de CPLI generen impacto. La evidencia inicial de Perú muestra que una emblemática ley de consulta no ha logrado cumplir su promesa. A menudo, los procesos de consulta resultan ser ejercicios inocuos²⁷, con una particular marginación de las mujeres indígenas²⁸. Al mismo tiempo, los y las defensoras del ambiente enfrentan riesgos cada vez mayores. A nivel mundial, ocurrieron más de tres asesinatos por semana de defensores de la tierra y del ambiente en 2018²⁹.

A medida que avanzamos en la nueva década, debemos abandonar el viejo debate sobre si las comunidades indígenas tienen derecho a conceder o negar su consentimiento. El CPLI es un estándar internacional consolidado y una mejor práctica para el desarrollo sostenible; una herramienta fundamental para permitir que las comunidades tengan voz en las decisiones sobre proyectos de inversión. Será necesaria una acción colectiva para que los gobiernos y las empresas consulten a las comunidades de manera efectiva, respetando sus procesos internos, y permitiendo la disidencia, sin represalias y garantizando su consentimiento.

¹⁹ ICM. *Mining Principles*. Recuperado de <https://www.icmm.com/en-gb/members/member-commitments/position-statements/indigenous-peoples-and-mining-position-statement>

²⁰ CCCMC & GIZ. *Guidelines for Social Responsibility in Outbound Mining Investments (GSRM)*. Recuperado de <https://www.emm-network.org/wp-content/uploads/2015/03/CSR-Guidelines-2nd-revision.pdf>

²¹ Oxfam. (2019). *Consent is Everybody's Business: Why banks need to act on free, prior and informed consent*. Recuperado de <https://oxfamilibrary.openrepository.com/handle/10546/620854>

²² Davis, R. & Franks, D. M. (2014). *Costs of Company-Community Conflict in the Extractive Sector*. Recuperado de <https://www.shiftproject.org/resources/publications/costs-company-community-conflict-extractive-sector/>

²³ DPLF & Oxfam. (2015). *Right to Free, Prior, and Informed Consultation and Consent in Latin America Progress and challenges in Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Guatemala, and Peru*. Recuperado de http://www.dplf.org/sites/default/files/executive_summary_consultation_2015_web_02-17-2016_c.pdf

²⁴ Oxfam. *Berta Cáceres*. Recuperado de <https://politicsofpoverty.oxfamamerica.org/tag/bertha-caceres/>

²⁵ Oxfam. (2019, 5 de septiembre). *Indigenous peoples are defending their rights in court and winning*. Recuperado de <https://politicsofpoverty.oxfamamerica.org/2019/09/indigenous-rights-court-guatemala-escobal/>

²⁶ I/A Court H.R., *Case of the Saramaka People v. Suriname*. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 28, 2007. Series C No. 172.

²⁷ CooperAcción. *Consúltame de verdad: informe hace balance crítico a siete años de la Ley de Consulta Previa*. Recuperado de <http://cooperaccion.org.pe/consultame-de-verdad-informe-hace-balance-critico-a-siete-anos-de-la-ley-de-consulta-previa/>

²⁸ ONAMIAP & Oxfam. (2019). *Sin mujeres indígenas, ¡NO! Aproximaciones desde la implementación de la consulta previa, libre e informada en la industria extractiva en el Perú*. Recuperado de https://cng-cdn.oxfam.org/peru.oxfam.org/s3fs-public/file_attachments/Sin_mujeres_indigenas_no.pdf

²⁹ Global Witness. (2019, 30 de julio). *Enemies of the State? How governments and business silence land and environmental defenders*. Recuperado de <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/enemies-state/>



Lote 192. Fuente: El Comercio

En Perú le han quitado los dientes a la consulta previa



Juan Carlos Ruíz

Abogado del Instituto de Defensa Legal (IDL)

En Perú la consulta previa, libre e informada no ha generado ningún cambio sustantivo sino solo retórico. La consulta ha dejado de ser una oportunidad y un espacio para armonizar y compatibilizar derechos, intereses y posiciones, y se ha convertido en una formalidad, vacía de contenido, que solo sirva para convalidar y legalizar proyectos extractivos y de infraestructura.

Como lo sostuvimos en un artículo anterior³⁰, en la gran mayoría de los casos de consulta, las comunidades han contado con plazos muy ajustados, a pesar de la diversidad de los pueblos y de las medidas a consultarse. En minería hubo un retroceso notable, pues de doce procesos solo en dos hubo diálogo. La mayoría de las consultas en minería concluyeron en la etapa de la evaluación interna, que es una etapa inicial, muy anterior al diálogo con el Estado.

Según la legislación que rige en los procesos de consulta de lote petroleros, el Estado solo tiene la obligación de entregar a las comunidades el borrador de decreto supremo que aprueba el contrato, que tiene dos páginas, pero jamás el contrato, que es el documento en el que está la información relevante. De los 24 procesos finalizados analizados, sólo en un proceso, el caso del lote 192, se llegó a un acuerdo sobre el derecho a compartir beneficios de las actividades que se consultaron³¹.

Los hechos muestran que en Perú los procesos de consulta se han convertido en “un mero trámite”. Se han rebajado los estándares internacionales. No hay voluntad de parte del Estado de realmente recoger la opinión y las preocupaciones de los pueblos indígenas, sino de cumplir con un requisito burocrático. Se han realizado consultas culturalmente inadecuadas. No se constata un diálogo legítimo, sino la imposición del lado más fuerte, que es el Estado frente a comunidades pequeñas.

Las consultas fueron desarrolladas en asimetría, sin información idónea, con poco tiempo para discusión interna y sin llegar a acuerdos sobre las necesidades básicas que los pueblos indígenas históricamente han reclamado. En conclusión, los acuerdos no respetan los derechos de los pueblos indígenas. Al momento de implementar la consulta previa, se ha vaciado de contenido este derecho.

³⁰ Véase, Ruiz Molleda, JC y Mejía Tapia, JC. (2018, 8 de noviembre). Balance de los procesos de consulta en minería y petróleo en el Perú. *La Ley*. Recuperado de <https://laley.pe/art/6512/balance-de-los-procesos-de-consulta-en-mineria-y-petroleo-en-el-peru>

³¹ Véase, Servindi. (2018, 28 de julio). Comunidades no reciben beneficios de actividades extractivas. Recuperado de <https://www.servindi.org/actualidad-opinion/28/07/2018/comunidades-no-se-benefician-de-actividades-extractivas-en-sus>



Foto: Shutterstock

Debida diligencia empresarial en derechos humanos y consulta previa, libre e informada



Humberto Cantú Rivera

Profesor Titular y Director Ejecutivo de su Instituto de Derechos Humanos y Empresas de la Universidad de Monterrey

Con la adopción de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos (Principios Rectores) por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2011, la temática de derechos humanos y empresas encontró finalmente un punto de partida común. Sobre la base de tres pilares, se reconoció la obligación del Estado de proteger los derechos humanos; la responsabilidad empresarial de respetarlos, incluso a través de la adopción de medidas preventivas; y finalmente, la importancia de que las víctimas tengan acceso a mecanismos de reparación.

Sin embargo, como una plataforma general sobre la que se podrían construir otros desarrollos, el Representante Especial sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas

transnacionales y otras empresas sólo hizo referencia a la probabilidad de que además de la Carta Internacional de los Derechos Humanos, los Estados y las empresas tendrían que tomar en consideración otros estándares internacionales al momento de desarrollar sus propias acciones. En ese sentido, esta breve nota plantea cómo el estándar de la consulta previa, libre e informada, establecida por vía convencional en el Convenio 169 de la OIT, se relaciona con la debida diligencia en derechos humanos a cargo de las empresas.

La debida diligencia en derechos humanos —planteada en los Principios Rectores como una responsabilidad empresarial que es independiente de la capacidad del Estado de proteger los derechos humanos en su territorio o bajo su jurisdicción— implica una serie de acciones positivas para identificar posibles impactos adversos en los derechos humanos, tomar medidas correctivas en las decisiones y operaciones empresariales para prevenir tales impactos, adoptar acciones para mitigarlos cuando estos tengan lugar, y responder por las afectaciones causadas. Este ciclo permanente de acciones a cargo de las empresas, previsto por los Principios Rectores, se relaciona con las obligaciones señaladas por el Convenio 169 de la OIT. Este Convenio se refiere a la implementación de las obligaciones de consulta previa, libre e informada, y en ciertos contextos a la obtención del consentimiento, por parte de los Estados.

La primera acción a cargo de la empresa, la responsabilidad de *identificar* los posibles impactos adversos a través de una evaluación de impacto en derechos humanos, debe ocurrir en la etapa de planeación del proyecto correspondiente. En ese sentido, para cumplir con el enfoque planteado por los Principios Rectores –que la debida diligencia sea referente a posibles afectaciones a terceros, no hacia la empresa misma–, una empresa debe hacerse al menos dos preguntas: si se afectaría a pueblos indígenas o comunidades tribales con el proyecto; y en caso afirmativo, qué derechos sustantivos podrían ser afectados, atendiendo al tipo de proyecto a desarrollar. La identificación de tales elementos permitiría tener claridad en las siguientes etapas de desarrollo del proyecto, así como en la implementación de las medidas de prevención, mitigación y reparación.

La cuestión de la *prevención*, como segundo paso, está relacionada directamente con la consulta previa, libre e informada. Si de la evaluación de impacto en derechos humanos se desprende que un determinado proyecto podría generar afectaciones a un pueblo indígena, una interacción de la empresa con la comunidad –sobre la base de la consulta previa, libre e informada– sería necesaria como parte de su responsabilidad de prevenir impactos adversos. En ese sentido, aún dentro de la etapa de planeación del proyecto, el diálogo entre la empresa y las comunidades permitiría a la primera informar sobre la existencia de un posible proyecto, analizar los posibles impactos negativos y beneficios que este podría traer, y de esa manera obtener su aprobación. Desde una perspectiva de los derechos de los pueblos indígenas y comunidades tribales, al menos desde el enfoque del Convenio 169, la realización del proyecto dependería de la autorización de los pueblos indígenas cuando ello requiera la reubicación de la comunidad³².

Si ese fuera el caso, y resultara necesaria la reubicación del pueblo indígena o comunidad tribal, el enfoque de la empresa en la *reparación* se volvería primordial, atendiendo particularmente a la restitución de los derechos a través de tierras de la misma calidad y extensión –a pesar de la potencial afectación a sus derechos culturales, respecto de la cosmovisión indígena y su vínculo con el territorio–, además

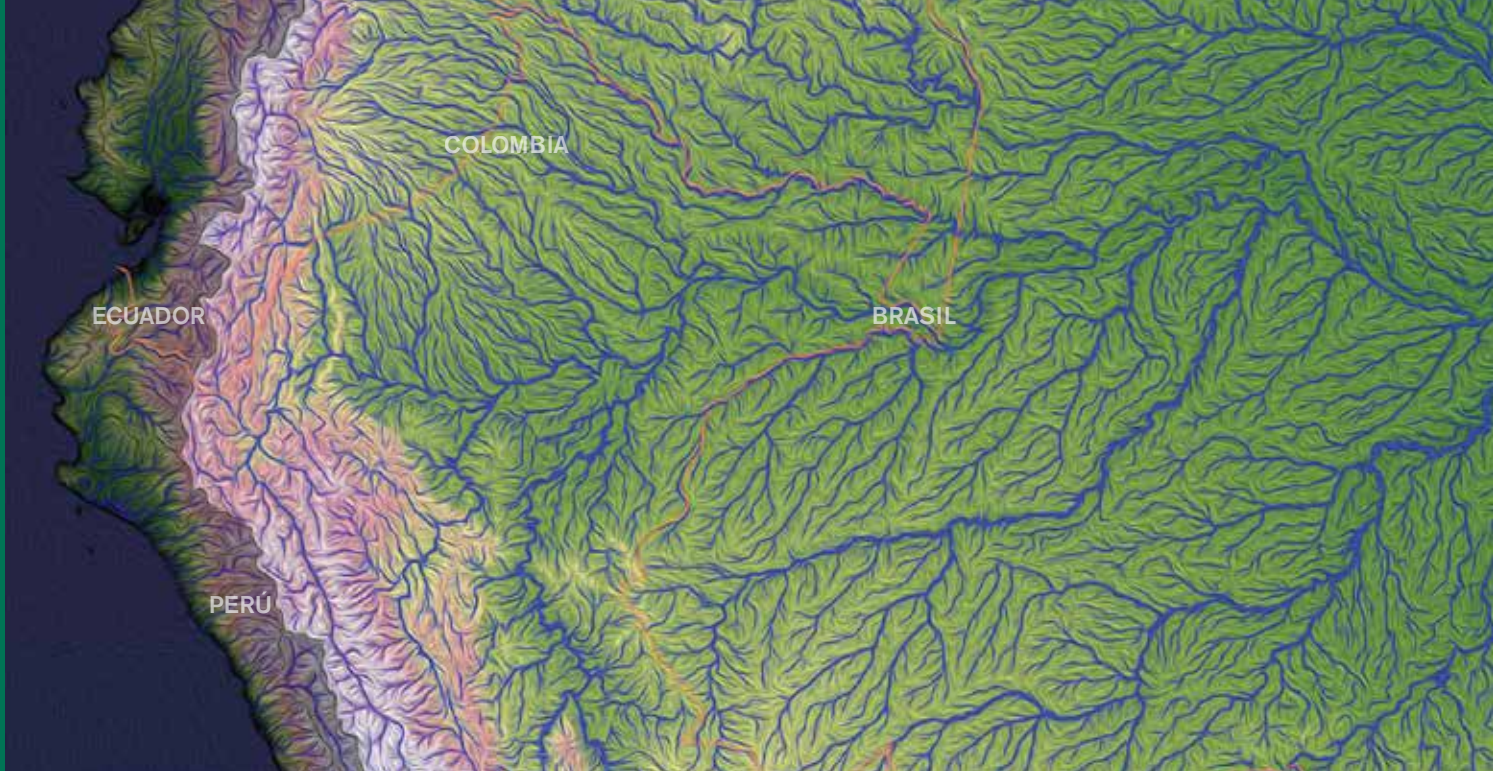
“Aunque el Estado es el sujeto obligado para la realización de la consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas, y en su caso a la obtención del consentimiento, las empresas tienen un papel importante que desempeñar, a la par –o a pesar– del Estado”.

de otras medidas de rehabilitación colectiva para garantizar que el pueblo indígena cuente con los medios de subsistencia necesarios. Por el contrario, si la reubicación no fuera necesaria y la comunidad, con conocimiento previo sobre las potenciales afectaciones que el proyecto traería sobre sus derechos, diera su consentimiento, correspondería a la empresa involucrada concentrarse en acciones de *mitigación*, para evitar en la mayor medida posible un daño a sus medios de subsistencia, al vínculo espiritual que mantienen con la tierra, y a su forma de vida.

Aunque el Estado es el sujeto obligado para la realización de la consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas, y en su caso a la obtención del consentimiento, las empresas tienen un papel importante que desempeñar, a la par –o a pesar– del Estado. Una conducta empresarial responsable que privilegie la perspectiva de la debida diligencia en derechos humanos, como se ha definido tanto por los Principios Rectores como por la Guía de debida diligencia de la OCDE³³, tendrá mayores posibilidades de obtener una licencia social para operar, haciendo viables los proyectos empresariales, y potencializando su sostenibilidad. Por el contrario, la falta de una perspectiva de prevención e inclusión, como en reiteradas ocasiones se ha demostrado en las Américas, podrá tener como resultado la oposición a proyectos de esta índole, con las repercusiones monetarias, jurídicas y en términos de reputación para las empresas involucradas.

³² Otros estándares internacionales, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, han ampliado el marco del consentimiento. Para una discusión sobre el marco normativo, véase, Cantú Rivera, H. (2019). Towards a global framework on business and human rights, Indigenous Peoples, and their right to consultation and free, prior and informed consent. En Wright, C. y Tomaselli, A. (Eds), *The Prior Consultation of Indigenous Peoples in Latin America: Inside the Implementation Gap* (31-36). Londres: Routledge.

³³ OCDE. *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable*, 2018.



Diversas miradas sobre un mismo derecho

La consulta previa en **Perú**: una reforma necesaria



Cesar Gamboa

Director Ejecutivo de Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR), Perú

En el 2020 se cumplirá casi una década desde que se aprobó la Ley de Consulta Previa (Ley 29785, 2011) y su reglamento (DS 001-2012-MC), las cuales fueron la respuesta institucional a un acumulado de reclamos de los pueblos indígenas. Las normas fueron especialmente fruto directo del Conflicto de Bagua.

Han pasado ocho años y podemos decir que cada caso de consulta previa ha sido mejor que el anterior, pero no lo suficiente como para cumplir con las expectativas de los pueblos, y los estándares internacionales de derechos de pueblos indígenas (como los expuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

¿Cuáles han sido los efectos prácticos y jurídicos de la consulta previa, libre e informada en Perú? La consulta previa no ha sido un diálogo político, sino procedimental. La juridización de la consulta en un procedimiento administrativo limitó su eficacia. De hecho, cada caso de consulta nos muestra la necesidad de incumplir la ley y el reglamento para permitir el desarrollo de la misma consulta.

Un segundo elemento institucional de la consulta es su sectorización: no existe una autoridad, ni un sistema de gestión pública. Cada sector es proponente e impulsor de la consulta previa, y sin su voluntad política, queda claro que quizá esta nunca se va a realizar. Por ello, ha sido importante la judicialización de la consulta previa, representada en demandas concretas de las organizaciones indígenas ante decisiones estatales que afectaron especialmente sus tierras.

Tercero, al tener una institucionalidad débil y sin capacidad práctica de rectoría (Viceministerio de Interculturalidad), esta no termina por tener un rol claro, más que brindar asesoría a los sectores que proponen la consulta. Ha habido casos en los que los funcionarios del Viceministerio de Interculturalidad han pasado de mediadores o simples facilitadores, a asesores del Ministerio de Energía y Minas (caso lote 192), lo que los ha llevado a abandonar su función de promotores de los derechos indígenas. Otros casos han sido sus opiniones sobre consulta



previa para ciertas inversiones como la Línea de Transmisión Yurimaguas Iquitos o la Hidrovía Amazónica. En estos casos, el Viceministerio ha demostrado que sus incentivos no están aparejados a que se desarrolle la consulta, sino a resguardar un marco legal imperfecto de promoción de las inversiones. Esto generó en el campo judicial serias y cuestionadoras sentencias al rol del Viceministerio de Interculturalidad. Ciertamente el Viceministerio ha aprendido en cada caso, pero a la fecha, no ha sido suficiente para lidiar con la claridad política de un rol en procesos tan importantes para las inversiones en nuestro país.

Durante el gobierno de Humala se produjo la discusión de quiénes eran indígenas, para excluir a las comunidades campesinas de la Sierra y evitar la aplicación de la consulta a cientos de proyectos mineros –en su construcción o regularización. Lo cierto es que si el sujeto de derecho está consciente de su naturaleza será poco importante la definición restrictiva porque caso por caso se dilucidará esta subjetividad.

Más importante en la consulta previa es el “cuándo”. Como hemos señalado es poco lo avanzado en el régimen sectorial de la consulta previa pues depende de cada sector en qué momento implementarla. Lo que debió haber hecho la ley o el reglamento, es decir claramente en qué momento se debe realizar la consulta previa para cada tipo de inversión sector y así darle un impulso regulatorio desde el inicio. Lastimosamente esto no fue así y se obligó a que los actores lucharan caso por caso para definir este “cuándo” y aumentar las posibles demoras en su aplicación y de retrasos de proyectos, como es el caso de Hidrovía Amazónica.

La consulta previa del Hidrovía Amazónica es un caso peculiar por ser el primer proyecto del sector infraestructura en la Amazonia Peruana, porque en él participaron más de catorce pueblos amazónicos y cientos de comunidades nativas que viven alrededor de los ríos Huallaga, Marañón y Ucayali. En esa consulta no se cumplió con el plazo restrictivo de los 120 días que debe durar la consulta. En ese caso, la propia autoridad de transportes y comunicaciones que llevaba la consulta decidió ampliar el plazo. Desde el punto de vista de los acuerdos, en el acta de consulta se podrán distinguir hasta tres tipos de acuerdos: i) los que afectan la regulación del sector y sus competencias ambientales, de hecho, un elemento sin precedentes en los acuerdos de consulta, ii) los que afectarían los derechos contractuales de las partes, estableciendo obligaciones tanto para el operador como para el Estado Peruano y iii) las obligaciones generales que resguardan los derechos de los pueblos indígenas en el diseño, implementación y operación del proyecto. Podríamos decir que es un acuerdo que va más allá de lo que el propio Ejecutivo se planteó al elaborar el reglamento.

En consecuencia, es importante hacer un balance de la legislación de consulta previa en Perú para compartir con nuestros vecinos lecciones aprendidas de lo que funcionó y no funcionó. Este ejercicio también será útil para corregir este marco legal e institucional importante para la gobernanza de los recursos naturales.



Foto: Alex Maldonado Mancilla / Shutterstock.com

Un intento tempranamente frustrado de denunciar el Convenio 169 de la OIT en **Chile**



Felipe Agüero

Profesor Titular, Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile

El gobierno de Sebastián Piñera asumió en marzo de 2018 luego de una segunda vuelta electoral que le dio gran apoyo, y comenzó con grandes expectativas de crecimiento económico y la decidida intención de impulsar reformas de “modernización” económica. Estas se orientaban a paralizar o reorientar las principales reformas que inició el gobierno anterior de la Presidenta Bachelet. Se anunciaron cambios a la reforma tributaria, orientados a bajar los impuestos a las grandes

empresas, a intentar reintroducir normas de mercado en el sistema educacional y a congelar cualquier intento de avanzar hacia una nueva constitución que dejara atrás la de la dictadura.

En el campo de las políticas indígenas el gobierno también comenzó con un vigor extraordinario, dándoles una relevancia sin precedentes. Después del periodo de Bachelet, en que funcionarios del gobierno central casi no viajaban a las zonas indígenas, el ministro a cargo de esta área comenzó a viajar, reuniéndose con comunidades y dirigentes, a la vez que invitando a reuniones y talleres con empresarios. El ministro quería avanzar hacia el cese de la violencia en la Araucanía e introducir profundas reformas.

En la etapa de campaña, se había planteado en diversos círculos una crítica persistente al Convenio 169 de la OIT, y en particular a la consulta indígena, vista como una de las trabas a la inversión privada. La intención, nunca oficialmente confesada pero insistentemente reiterada en círculos cercanos a los futuros presidente y ministro, era denunciar el Convenio 169. De

acuerdo al artículo 39 del Convenio, cada diez años los Estados tienen el derecho de denunciar el tratado.

Esta intención despertó alarmas en los círculos de dirigentes indígenas, ONGs cercanas y medios académicos. La supuesta intención del gobierno se tomó seriamente dada la intensidad del impulso a la política indígena y la sensación de mandato popular para sus políticas de profundización neoliberal. Como respuesta a la propuesta del gobierno, académicos, ONGs vinculadas y dirigentes indígenas organizaron una campaña destinada a visibilizar internamente la intención oficialmente inconfesa del gobierno y sobre todo a alertar a organizaciones indígenas de otros países y a organismos internacionales. Esta estrategia tenía dos objetivos. Por un lado, se buscaba detener un posible efecto dominó en la región que tendría la eventual denuncia del Convenio por parte de Chile. Por el otro, se pretendía que el gobierno de Chile supiera que cualquier movimiento en el sentido de denunciar sería observado cercanamente y resistido por organizaciones en los diversos países y en organismos internacionales.

La forma concreta que tomó esta campaña fue la recolección de firmas en apoyo a una carta que empezó a circularse antes de la asunción del gobierno de Sebastián Piñera, en la que se destacaba la alta inconveniencia para los pueblos indígenas de Chile y la región y para el propio país y los efectos negativos que tendría sobre su reputación internacional acometer una posible denuncia del Convenio. La carta reunió en un corto periodo de tiempo un número significativo de firmas que incluía dirigentes indígenas de Chile y de la región, de asociaciones indígenas continentales, de numerosos académicos y académicas y de miembros de las principales organizaciones no gubernamentales aliadas a las demandas indígenas en América Latina y el resto del mundo, como Nueva Zelanda. A poco de iniciado el nuevo gobierno, la carta fue presentada en la sede de gobierno, al ministro Moreno y se publicó en los medios.

No hay certeza acerca del impacto directo de esta campaña, pero el hecho es que los personeros que impulsaron la idea de denuncia, ahora convertidos en altos funcionarios y congresistas, dejaron de emitir las señales de salida del Convenio. Es razonable suponer que el gobierno, al menos, debió tomar nota que sus aseveraciones al respecto, apenas iniciada la administración, ya estaban teniendo un costo. Además, todo esto llevó a que cayeran en cuenta que el período de denuncia no se iniciaría en

“Se buscaba detener un posible efecto dominó en la región que tendría la eventual denuncia del Convenio por parte de Chile. Por el otro, se pretendía que el gobierno de Chile supiera que cualquier movimiento en el sentido de denunciar sería observado cercanamente y resistido por organizaciones en los diversos países y en organismos internacionales”

2019 (a diez años de entrada en vigor del Convenio en Chile) sino a partir de septiembre de 2021, como correspondía a la puesta en vigor del Convenio luego de las ratificaciones iniciales requeridas, en 1991. Esto sin duda le quitó prioridad al impulso con que el gobierno inició sus políticas en esta materia.

Paradójicamente, el gobierno articuló una nueva estrategia, ahora basándose en la consulta previa. Se propuso avanzar hacia su idea de profundización capitalista en el campo por medio de permitir el acceso a tierras indígenas mediante arrendamientos y otras medidas, lo que requería una reforma de la Ley Indígena de 1993 que establece la inalienabilidad de la propiedad indígena. Para esto, el gobierno empezó a promover una consulta de acuerdo a los términos del Convenio 169. Aquí el gobierno calculó muy mal sus fuerzas. Desde los inicios de la consulta en mayo de 2019, en los diversos territorios, la oposición indígena fue aplastante, a tal punto que el gobierno suspendió y canceló definitivamente la iniciativa en julio del mismo año.

El énfasis en un enfoque represivo hacia las demandas indígenas que culminó meses antes, en noviembre de 2018, con el asesinato por Carabineros del dirigente Mapuche Camilo Catrillanca, echó por tierra toda posibilidad del gobierno de avanzar en sus propuestas iniciales de política indígena. Y fue definitivamente sepultada por el estallido social de octubre de 2019.

Derecho a la consulta en **Bolivia**: avances constitucionales y regresiones político-institucionales



Marco A. Mendoza Crespo

Abogado, docente universitario y miembro del Consejo Permanente del Programa de Participación Política Indígena de la Fundación Konrad Adenauer

Horizonte

Los Autogobiernos Indígenas³⁴, tras décadas de organización, cabildeo y movilización, lograron la incorporación de sus derechos en el texto constitucional vigente –entre otros– el derecho a la consulta³⁵, vinculando la misión de los poderes constituidos con la voluntad del constituyente desde una Carta de Derechos ampliada.

Regresiones

Después de la aprobación de la nueva constitución en febrero de 2009, comenzó el proceso autonómico indígena y la consulta

del Anteproyecto de Ley de Deslinde Jurisdiccional, en este momento se produjo un proceso de relajamiento y de reflujo en las organizaciones indígenas. Algunas pactaron con el poder³⁶. Otras fueron perseguidas y fracturadas por el gobierno del Movimiento al Socialismo³⁷. La persistente y sistemática vulneración a los derechos indígenas en Bolivia³⁸ fue una acción política que buscó quebrar las bases de sustento de los Autogobiernos Indígenas: su libre determinación y su derecho al territorio.

El derecho a la libre determinación fue afectado por dos normas: la Ley de Deslinde Jurisdiccional y la Ley Marco de Autonomías y Descentralización. Con la primera de ellas, se impide hacer efectiva la función judicial única y la igualdad jerárquica de las jurisdicciones, que garantizaba una interlegalidad horizontal en clave intercultural. Con la segunda, se ha demorado el proceso autonómico indígena que aún espera los procesos de adecuación institucional y normativa que permitan el pleno ejercicio de sus derechos³⁹.

Sin posibilidad de resistencia de y desde los Autogobiernos Indígenas, la apuesta extractivista del gobierno hizo presión sobre sus territorios⁴⁰ y sus derechos a través de: i) la ampliación de la frontera agrícola⁴¹, ii) la construcción de carreteras⁴², iii) hidroeléctricas⁴³, iv) proyectos mineros⁴⁴ y de hidrocarburos⁴⁵.

³⁴ Véase, Redunitas. *El Pacto de Unidad y el Proceso de Construcción de una Propuesta de Constitución Política del Estado*. Recuperado de http://redunitas.org/wp-content/uploads/2019/04/PACTO_UNIDAD.pdf

³⁵ La consulta en la Constitución boliviana se aplica: i) como ejercicio de un sistema de gobierno democrático (artículo 11.II.1), ii) para conformación de autonomías indígenas (artículos 290, 293, 294 y 295), iii) para toma de decisiones relacionadas con el medio ambiente (artículo 342), iv) para la explotación de recursos naturales en territorios indígenas (artículos 352 y 403). Debe ser: a. previa, concertada y de buena fe (artículo 30.II.15); b. libre e informada (artículo 352); c. vinculada a la integridad del territorio indígena (artículo 403).

³⁶ Véase, Vacafior, N. (2015, 17 de diciembre). Fondo Indígena, un millonario caso de corrupción que envuelve a la base social del MAS. Correo del Sur. Recuperado de https://correodelsur.com/anuario/20151217_fondo-indigena-un-millonario-caso-de-corrupcion-que-envuelve-a-la-base-social-del-mas.html

³⁷ Véase, CEJIS. (2014, 28 de enero). Expertos: El movimiento indígena está en crisis, pero no destruido. Recuperado de <http://www.cejis.org/expertos-el-movimiento-indigena-esta-en-crisis-pero-no-destruido/> y EjuI. (2017, 13 de noviembre). TCP dice que jueces violaron derecho al debido proceso de Adolfo Chávez. Recuperado de <https://eju.tv/2017/11/tcp-jueces-violaron-derecho-al-debido-proceso-de-dirigente-indigena-adolfo-chavez/>

³⁸ Véase, La Razón. Fiscal rechaza juicio a Evo por represión a indígenas. Recuperado de https://la-razon.com/nacional/Fiscal-rechaza-Evo-represion-indigenas_0_1535246508.html

³⁹ Véase, IPDRS. (2019, 16 de diciembre). CONAIOC renovó su directiva con el desafío de fortalecer las autonomías indígenas y la gestión pública intercultural en el país. Recuperado de <https://ipdrs.org/index.php/noticias/que-pasa/6139-conaioic-renovo-su-directiva-con-el-desafio-de-fortalecer-las-autonomias-indigenas-y-la-gestion-publica-intercultural-en-el-pais>

⁴⁰ Véase, Movimiento Regional por la Tierra. Casos. Línea de tiempo. Recuperado de <https://portlatierra.org/casos/110/linea>

⁴¹ Véase, Prada Alcoreza, R. (2015, 21 de agosto). Territorios indígenas y descolonización. Rebelión. Recuperado de <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=202366>

⁴² Véase, MONGABAY. El Tipnis y el Madidi: las heridas que sangran en el rostro indígena de Bolivia. Videos. Recuperado de <https://es.mongabay.com/2019/04/tipnis-madidi-bolivia-areas-protectadas-defensores-ambientales/> y Fundación Tierra. Puntos de Vista. Recuperado de http://www.ftierra.org/index.php?option=com_mtree&task=att_download&link_id=56&cf_id=48

⁴³ Véase, Fundación Solón. El Bala y Chepete. Recuperado de <https://fundacionsolon.org/el-bala-chepete/>

⁴⁴ Véase, Acevedo, E. (2014, 15 de octubre). Derechos indígenas y minería en el altiplano boliviano. Recuperado de http://portalsiget.net/ArchivosSIGET/recursos/Archivos/1782015_Derechosind%C3%ADgenasene.pdf

⁴⁵ Véase, Jiménez, G. Territorios indígenas y áreas protegidas en la mira. La ampliación de la frontera de industrias extractivas. CEDIB. Recuperado de <https://www.cedib.org>



La Paz, Bolivia. Foto: nmessana

En este proceso, se redujo el derecho a la consulta a un procedimiento burocrático, afectando los compromisos asumidos por el constituyente.

Desafíos

Actualmente, los pueblos indígenas bolivianos enfrentan varios desafíos, por ejemplo:

1. Recuperar el derecho a la libre determinación y al autogobierno. Para esto se deben fortalecer las prácticas de democracia comunitaria para hacer efectivo el derecho al desarrollo, al territorio y a la gestión territorial; a la consulta de buena fe, previa, libre e informada; a la participación y representación política en términos de construcción/constitución de nuevas relaciones de poder.
2. Fortalecer los Autogobiernos Indígenas a partir del ejercicio de la autonomía y de la justicia.
3. Recuperar la agenda autónoma indígena. Profundizar, fortalecer y blindar los procesos autonómicos indígenas en transición e iniciar nuevos procesos autonómicos.
4. Identificar aliados estratégicos, desarrollar y sostener alianzas estratégicas.
5. Fortalecer el ejercicio del Autogobierno Indígena incorporando a mujeres y jóvenes en la toma de decisiones.
6. Desarrollar acciones de litigio estratégico para el respeto a los derechos indígenas. Las decisiones de la jurisdicción constitucional deben ser utilizadas como precedentes para avanzar en la realización y el ejercicio de derechos. Si existen derechos vulnerados, plantear acciones constitucionales para generar precedentes que consoliden derechos y obliguen al Estado boliviano, en todos sus niveles e instancias, a respetarlos y a hacerlos efectivos.
7. Hacer uso estratégico de los sistemas Universal e Interamericano para realizar los derechos de los pueblos indígenas.

Ecuador: 30 años de incumplimientos



Mario Melo

*Decano de la Facultad de
Jurisprudencia Pontificia
Universidad Católica del Ecuador*

En Ecuador, el Convenio 169 de la OIT ha cumplido 30 años de vigencia y sigue sin ser cumplido. La consulta libre, previa a informada a los pueblos indígenas, institución central en el derecho internacional, ha sido, en estas tres décadas, sistemáticamente omitida o desvirtuada por los gobiernos de turno, al momento de autorizar proyectos extractivos o de infraestructura en los territorios indígenas.

Para que ese y otros de los derechos colectivos indígenas sean plenamente cumplidos, no ha sido suficiente que las Constituciones ecuatorianas, desde 1998, los hayan reconocido. Tampoco los levantamientos y movilizaciones protagonizados por el movimiento indígena. Ni siquiera las sentencias y resoluciones nacionales e internacionales que han condenado al Estado ecuatoriano por su violación.

En 2001 el Consejo de Administración de la OIT, resolviendo una reclamación presentada por la organización sindical CEOLS en contra del Ecuador por violaciones al derecho a la consulta de la Federación Independiente del Pueblo Shuar (FIPSE) en el proyecto petrolero Bloque 24⁴⁶, declaró que en el caso analizado, “no se llevó a cabo la debida consulta con una organización indígena claramente representativa de los pueblos interesados en las actividades de Arco en el Bloque 24 la FIPSE sino que las consultas que se realizaron la excluyeron”.

En 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó la sentencia del caso Sarayaku⁴⁷, condenando al Estado del Ecuador

por violación, entre otros derechos, del derecho a la consulta del Pueblo Kichwa de Sarayaku en relación al proyecto petrolero Bloque 23. Como medida de reparación, la Corte ordenó que el Estado debía retirar casi una tonelada y media de explosivos que la empresa petrolera dejó abandonados en el territorio de Sarayaku y regular el ejercicio del derecho a la consulta con participación de las comunidades indígenas. Pese a que han transcurrido siete años y medio desde la sentencia, ninguna de estas medidas ha sido cumplida.

Incluso la justicia nacional ecuatoriana, en acciones constitucionales, ha condenado al Estado por no cumplir el derecho a la consulta de las comunidades indígenas. En 2019, las comunidades Aí Cofán de Sinangoe, las comunidades Waorani de Pastaza y las comunidades Kichwas del río Piatúa, recibieron sentencias favorables en las que se reconoció que no fueron consultadas frente a proyectos mineros, petroleros e hidroeléctricos respectivamente.

Cada acción judicial ganada por esta causa, resulta de ingentes esfuerzos de los pueblos afectados y sus aliados. Cada sentencia envía un mensaje fuerte y claro a las instituciones estatales respecto a que deben cumplir ese derecho. Pero el Estado ecuatoriano no hace caso y sigue violando el derecho.

¿Por qué razón? ¿Por mera tozudez? Claro que no. La contumaz renuencia estatal para cumplir con su deber de consultar a los indígenas responde, obviamente, a un complejo entramado de intereses económicos y políticos que vincula a los promotores de proyectos con los decisores estatales. A la final, para ellos es solo dinero.

Mientras tanto los pueblos se plantan firme en sus territorios en Ecuador –y en muchos lugares de América– basados en sus visiones y estrategias. Al hacerlo, cada pueblo demuestra que su vínculo especial con el territorio, no es solo económico sino espiritual. Y, de hecho, esta es la única estrategia eficaz para enfrentar la crisis ambiental en tiempos del cambio climático.

⁴⁶ Véase, OIT. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL). Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507223.es

⁴⁷ Véase, Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.



Foto: fotokostic

El derecho a la consulta previa, libre e informada en el contexto legal canadiense



Marjolaine Olwell

Profesora e investigadora doctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad de Arizona

El Convenio 169 de la OIT es uno de los principales instrumentos internacionales que consagra algunos derechos humanos que los Estados deben garantizar a las comunidades indígenas,

incluido el derecho a la consulta. Desafortunadamente, Canadá no ha demostrado ninguna intención de ratificarlo hasta la fecha. Sin embargo, ha adoptado estándares sobre la CPLI, relevantes para una conversación más amplia sobre el desarrollo de este derecho en las últimas tres décadas y su potencial evolución en las próximas décadas.

El derecho a la consulta se concretizó por primera vez en la jurisprudencia canadiense en el caso *Sparrow* y posteriormente en el caso *Delgamuukw*, en las que la Corte Suprema de Canadá reconoció la existencia de derechos territoriales de los pueblos indígenas, pero determinó que estos “no eran absolutos”⁴⁸. En consecuencia, estableció que, cuando las acciones del Estado son susceptibles de infringir derechos o títulos indígenas reconocidos, aquel posee un deber fiduciario⁴⁹ de consultar a los pueblos indígenas que pudieran verse afectados.

En los casos *Haida Nation* y *Taku River*, de 2004, la Corte Suprema desarrolló aún más su jurisprudencia y amplió la obligación de consultar a situaciones en las que un reclamo territorial indígena no ha sido resuelto judicialmente o mediante negociaciones⁵⁰. La Corte determinó que, cuando subsiste una controversia sobre la propiedad de un territorio y el Estado explota unilateralmente un recurso natural, los accionantes indígenas son privados de los beneficios de dicho recurso, lo

⁴⁸ *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, 70 D.L.R. (4th) 385; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, 153 D.L.R. (4th) 193.

⁴⁹ Bajo el sistema de common law, el deber fiduciario del Estado de actuar de buena fe, de forma leal y con una debida diligencia, aplicable a los agentes gubernamentales que administran recursos de terceros en el contexto de actividades comerciales, fue extendido a la responsabilidad del Estado frente a los pueblos indígenas. Véase *Guérin*, [1984] 2 SCR 335, par.344.

⁵⁰ *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, 245 D.L.R. (4th) 33; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] 3 S.C.R. 550, 2004 SCC 74.

cual implica una violación al principio del “honor de la Corona”⁵¹ (honour of the Crown)⁵².

La Corte consideró que el deber de consultar surge al momento en que el Estado tiene conocimiento de la posible existencia de un derecho territorial o título indígena. Al respecto, la Corte estableció un rango de obligaciones, proporcional a una evaluación preliminar sobre la solidez del reclamo indígena, y a la gravedad de la posible afectación al territorio respectivo⁵³.

En uno de los extremos de este rango se encuentran aquellos casos en que el reclamo sobre el derecho territorial indígena y su potencial afectación son débiles. En esos casos, la observancia del “honor de la Corona” podría satisfacerse con la mera notificación, la entrega de información y el diálogo sobre aspectos importantes de la interferencia en el territorio indígena. En el otro extremo, están aquellos reclamos basados en casos que *prima facie* son sólidos, en tanto los derechos territoriales reivindicados y su potencial vulneración son significativos para el pueblo indígena. Esos casos requieren una “consulta significativa”, así como medidas más acentuadas para abordar y atender las preocupaciones de los pueblos indígenas cuyas tierras o recursos naturales estarían en juego⁵⁴. Asimismo, la Corte determinó que, aunque se debe buscar el consentimiento pleno cuando las comunidades demuestren poseer un derecho indígena (de caza o pesca, por ejemplo) o un título territorial reconocido, esta obligación no implica un derecho de “veto” indígena.

Desde la adopción de estas dos decisiones, el Estado canadiense y representantes de los pueblos indígenas de todo el país han participado periódicamente en la planificación de la gestión de recursos naturales. El gobierno federal ha desarrollado pautas sobre cómo llevar a cabo los procedimientos de consulta. A su vez, las comunidades indígenas han elaborado protocolos enunciando sus expectativas de participación efectiva, incluyendo consultas justas, compensación adecuada y otras medidas gu-

bernamentales frente a proyectos de desarrollo con potenciales impactos en sus territorios. Otra práctica en desarrollo son los protocolos bilaterales Estado–pueblos indígenas, que definen el proceso a ser implementado para una consulta adecuada. Se podría decir, por lo tanto, que el marco normativo canadiense ha abierto la puerta hacia la inclusión de los pueblos indígenas en la mesa de discusión.

Sin embargo, en su mayor parte, las comunidades indígenas están en desacuerdo con la forma como se llevan a cabo los procesos de consulta en el país. Integrantes de comunidades que participaron de un estudio gubernamental reciente “definieron el abordaje canadiense como un mero trámite formal o proceso informativo que no toma en cuenta los usos y costumbres específicos de los pueblos indígenas, no aborda de manera significativa sus preocupaciones y delega demasiada responsabilidad a las empresas”⁵⁵. Las consultas son realizadas generalmente en el marco del proceso de evaluación de impacto ambiental, que es un espacio inadecuado para que las comunidades expresen sus preocupaciones. El exceso de deferencia a las empresas y la falta de supervisión del Estado (federal, provincial, o territorial) se han convertido en la regla general, además del considerable y muchas veces prohibitivo costo humano y financiero para la participación efectiva de las comunidades indígenas⁵⁶. Por otro lado, los liderazgos tradicionales, que en muchas comunidades son las autoridades representativas sobre asuntos territoriales, generalmente son excluidos de los procesos de toma de decisión, aun cuando las comunidades cuestionan la legitimidad del consejo comunal impuesto por el Estado (*Band council*)⁵⁷. Dicha oposición ganó notoriedad con la reciente crisis entre el gobierno canadiense y los líderes ancestrales (*hereditary chiefs*) Wet’suwet’en, culminando en un bloqueo nacional de carreteras, a comienzos de 2020⁵⁸.

⁵¹ En el contexto canadiense se utiliza la palabra Corona (Crown en inglés) para referirse a la noción de Estado. Para efectos de la versión en español de este artículo, en lo posible, se va a reemplazar la palabra Corona por la de Estado para una mejor comprensión del lector o lectora.

⁵² *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004], par. 27.

⁵³ *Idem*, par.42-44.

⁵⁴ *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004], par. 41-42, 44; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004], par. 29.

⁵⁵ Crown-Indigenous Relations and Northern Affairs Canada, Report to the Minister of Indigenous and Northern Affairs (Bryn Gray). (2016). *Building Relationships and Advancing Reconciliation through Meaningful Consultation*.

⁵⁶ Crown-Indigenous Relations and Northern Affairs Canada. Report to the Minister of Indigenous and Northern Affairs (Bryn Gray). (2016). *Building Relationships and Advancing Reconciliation through Meaningful Consultation*.

⁵⁷ El “Band Council” es un sistema de gobernanza de la época colonial impuesto por el gobierno canadiense a través de la Ley sobre Pueblos Indígenas (*Indian Act*). Véase *Indian Act*, RSC 1985, c I-5, s.74 y siguientes.

⁵⁸ CBC. (2020, February 25). Arrests, travel disruptions as Wet’suwet’en solidarity protests spread across Canada; BBC News. (2020, February 20). The Wet’suwet’en conflict disrupting Canada’s rail system.

Por tanto, se puede afirmar que no se ha materializado la promesa del Estado canadiense de brindar un marco institucional efectivo en materia de consulta indígena. Tal como se encuentra regulada actualmente, la consulta equivale a una discusión entre empresa y comunidad sobre *cómo* se implementará la visión de aquella sobre el uso de la tierra, pero no sobre *qué* quiere hacer la comunidad indígena con sus tierras, o *si* desea llevar a cabo un determinado proyecto de inversión⁵⁹. Pese al reconocimiento judicial de la existencia de un título colectivo de los pueblos indígenas sobre sus tierras y su protección constitucional, el ordenamiento jurídico canadiense sigue siendo reticente a la propiedad, al control y a la libre determinación de los pueblos indígenas sobre sus territorios, recursos naturales y desarrollo económico. El modelo actual está lejos de cumplir con las expectativas de las comunidades sobre qué debería ser el consentimiento previo, libre e informado, y en muchos casos no se percibe como legítimo.

No obstante, existe esperanza de cara al futuro. Por primera vez, Canadá está buscando implementar los estándares internacionales en materia de derechos indígenas. En el 2010, el gobierno retiró su voto de objeción a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,

y ha intentado, aunque sin éxito hasta la fecha, aprobar un proyecto de ley para armonizar la normatividad canadiense con dicha Declaración⁶⁰. Además, la actual administración federal ha puesto en marcha una revisión de las relaciones Estado - pueblos indígenas, basada en un trato de nación a nación, lo cual posibilitaría otorgar a las comunidades indígenas una voz más relevante en la negociación y gestión de sus tierras y recursos naturales. Una reforma de este tipo presenta complejidades y podría sufrir reveses, pero el compromiso del gobierno se ha mantenido firme.

Este artículo ofrece una breve mirada al desarrollo del derecho a la consulta en Canadá, y el actual estado de desconformidad de los pueblos indígenas del país. Por lo tanto, se concluye que las promesas del gobierno de una relación renovada de nación a nación, junto con el respaldo de la opinión pública a los derechos indígenas, parecen haber abierto una ventana de oportunidad para mejorar el marco normativo e institucional en favor de los derechos de las comunidades indígenas a la consulta y al consentimiento. En este sentido, en los próximos años podrían darse cambios fundamentales.

⁵⁹ Christie, G. (2006). Developing Case Law: The Future of Consultation and Accommodation. *University of British Columbia Law Review*, 39 (139), p. 154.

⁶⁰ Bill C-262, *An Act to ensure that the laws of Canada are in harmony with the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Status Overview. Unos pasos más adelantados que su contraparte federal, la provincia de Columbia Británica ya ha adoptado legislación para implementar la Declaración de la ONU. Véase Legislative Assembly of British Columbia Bill 41 – 2019, *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act*, Nov. 2019.



Foto: fotokostic

La consulta indígena sobre soya genéticamente modificada en **México**



Naayeli Ramírez Espinosa

Consultora de DPLF

El proceso de consulta indígena sobre soya genéticamente modificada (soya GM) que se lleva a cabo por orden de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el municipio de Hopelchén en Campeche (México) comenzó

en marzo de 2016 cuando indígenas de varias comunidades de este municipio ganaron un amparo en contra del permiso otorgado a Monsanto para comercializar este tipo de soya en sus territorios. Para finales de 2019, la consulta no ha avanzado de la primera etapa: la etapa de acuerdo previos.

Numerosas sesiones del proceso de consulta sobre soya GM han tenido que suspenderse debido a la falta de condiciones de seguridad y libertad, así como a agresiones verbales en contra de los representantes de las comunidades y las autoridades federales⁶¹. En el 2019 se llevaron a cabo reuniones entre representantes de las comunidades y representantes del nuevo equipo en el gobierno federal encargado de la consulta con la meta de lograr acuerdos para reestablecer el proceso. Sin embargo, estas reuniones tampoco concluyeron en acuerdos para continuar con el proceso debido a que el gobierno federal se niega a pagar los gastos que se deberán erogar para llevar a cabo las sesiones y porque ha acusado a los asesores de las comunidades de engañarlas. Además, el gobierno federal se ha negado a aceptar que el proceso de consulta es vinculante, ignorando la solicitud de las comunidades consultadas con fundamento en la Constitución del Estado de Campeche⁶².

Son varias las razones por las que el proceso de consulta indígena en Campeche se detuvo en 2018. Primero, la siembra ilegal de la soya transgénica en la región continúa sin que las

⁶¹ Noveno Reporte de la Misión de Observación de la Consulta Indígena Maya (Enero - Octubre 2018), noviembre de 2018, p. 10, así como el Octavo Reporte de la Misión de Observación de la Consulta Indígena Maya (Agosto - Noviembre 2017), enero de 2018, p. 5. Recuperado de <http://consultaindigenamay.org/>

⁶² La constitución Política del Estado de Campeche, artículo 7 en su fracción IX que establece: "Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: ... IX. Ser consultados en las medidas legislativas o administrativas que sean susceptibles de afectarles directamente, con el fin de lograr su consentimiento libre, previo e informado de acuerdo a la medida propuesta".

“El poder judicial federal parece estar decidido a promover un ambiente de impunidad, solapando la política que permite una continua violación a los estándares internacionales del proceso de consulta y de CPLI en México”

autoridades a cargo tomen medidas suficientes para remediar esta situación. La siembra ilegal de la soya le ha restado legitimidad al proceso de consulta entre la población indígena y perpetúa el ambiente de impunidad en la región. Segundo, la Comisión Intersecretarial para la Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados (CIBIOGEM) se ha negado a reconocer a los representantes nombrados, elegidos y autorizados por las comunidades indígenas de Hopelchén. Tercero, en septiembre de 2017, y a solicitud de Monsanto, el Juzgado de Distrito encargado de vigilar el cumplimiento de la sentencia que ordenó la consulta indígena emitió una decisión que desconoció los acuerdos tomados hasta ese momento y negó a las comunidades su derecho a organizarse de forma autónoma. La CIBIOGEM, el ahora Instituto Nacional de Pueblos Indígenas (INPI, antes CDI) y el poder judicial federal han permitido y de esta manera promovido enfrentamientos dentro de las comunidades indígenas por su falta de conocimiento del pueblo Maya Chenero y de las visiones normativas mayas. A su vez, estas instituciones han buscado llevar a cabo el proceso lo más rápido posible y con sólo una parte de la población como los ejidos o las comunidades de los quejosos.

Estos problemas podrían ser remediados por las cortes. Sin embargo, a pesar de la información en el expediente sobre que

el proceso de consulta no ha sido libre, informado, de buena fe, ni culturalmente adecuado, el Juzgado Federal que vigila el cumplimiento de la sentencia se ha negado a obligar a las autoridades federales a cumplir los estándares. El Segundo Juzgado de Distrito y el Tribunal Colegiado de Campeche han expresado en sus decisiones que la falta de cumplimiento de las condiciones de las sentencias no tiene consecuencias irreparables para el proceso de ejecución⁶³. Al mismo tiempo, las cortes se han negado a sancionar la desobediencia a órdenes judiciales, y aun cuando no se ha avanzado en el proceso de consulta en detrimento de los derechos humanos de las comunidades indígenas de Hopelchén, el Juzgado Federal les ha negado a los quejosos en más de siete ocasiones la declaración de la inejecución de la sentencia⁶⁴.

Dada la rigidez en la aplicación de los precedentes judiciales en la materia, la ejecución de la sentencia se ha convertido en un espacio en donde se permite la violación de los derechos colectivos de las comunidades Mayas del municipio de Hopelchén. Este actuar del poder judicial federal en el caso de la soya GM en Campeche no es inusual. Decisiones de la Suprema Corte de Justicia, los Tribunales Colegiados y Juzgados de Distrito consistentemente han sentado precedentes judiciales que se alejan de los estándares establecidos para los derechos a la consulta y a la consulta previa, libre e informada (CPLI). Por ejemplo, situaciones similares han ocurrido en los casos de los parques eólicos en Oaxaca, el acueducto en territorio Yaqui, así como el reciente caso de la Hidroeléctrica Puebla.

El poder judicial federal parece estar decidido a promover un ambiente de impunidad, solapando la política que permite una continua violación a los estándares internacionales del proceso de consulta y de CPLI en México. Las decisiones son alarmantes y reflejan una falta importante de conocimiento en materia de aplicación de derechos colectivos, en particular el derecho a la libre determinación de los pueblos, así como una incapacidad de vigilar la ejecución de sentencias *sui generis*.

⁶³ Expedientes de los juicios de Amparo Indirecto 753/2012 y 762/2012 radicados en el Juzgado Segundo de Distrito del Estado de Campeche.

⁶⁴ *Idem*.



Foto: Radio Santa Fe, Bogotá, Colombia

La protección jurisprudencial de la consulta en Colombia –a propósito de la SU-123/18



**Nathalia Sandoval
Rojas**

Candidata a Doctora en Ciencia
Política, Universidad de Texas
en Austin

La Corte Constitucional colombiana es uno de los tribunales que más decisiones judiciales *hito* ha producido sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada (CPLI). Así lo muestran decisiones como la sentencia SU-123 de 2018⁶⁵. En este fallo, la Corte unificó sus reglas sobre la aplicación de la CPLI desde 1997 (más de 400) y las agrupó en 16 grandes aspectos. Pero esto no convierte automáticamente al país en el régimen más protector del derecho. A nivel de la práctica, activistas y

académicos ya han denunciado la significativa brecha que existe entre la ley y la aplicación de la CPLI⁶⁶. Siguiendo este camino, también es importante considerar las consecuencias más generales de la vía jurisprudencial adoptada en Colombia en el objetivo de que la CPLI proteja la participación y autodeterminación de los pueblos indígenas. A continuación, a partir de las reglas unificadas en la sentencia SU-123, resalto dos ventajas que las decisiones de la Corte han traído para la CPLI. También sugiero que esta sentencia revela dos grandes dificultades para la aplicación del derecho.

En la sentencia SU-123 de 2018, la Corte decidió que el derecho a la CPLI de la comunidad indígena Awá la Cabaña fue vulnerado por el gobierno colombiano y las empresas asociadas para la explotación petrolera en los pozos áreas Quinde, Cohembi y Quillacinga en el departamento del Putumayo. Para la Corte, a pesar de que la comunidad no se encontraba dentro del *área de influencia* que las empresas y el Estado fijaron, sí sufrió una *afectación directa* por causa del proyecto y tenía

⁶⁵ Corte Constitucional de Colombia. Noviembre 15, 2018. Sentencia de Unificación SU-123 de 2018. Magistrados Ponentes: Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

⁶⁶ Entre muchos otros, véase, Rodríguez, GA. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario; Rodríguez Garavito, C. y Orduz, N. (2012). *La consulta previa, dilemas y soluciones*. Bogotá: Dejusticia. Due Process of Law Foundation (DPLF). (2015). *The Right to Free, Prior, and Informed Consultation and Consent in Latin America. Progress and challenges in Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Guatemala, and Peru*. Washington, D.C: Due Process of Law Foundation.

“El constante flujo de demandas sobre CPLI (en 2019 llegaron 143 demandas sobre CPLI) muestra que las reglas jurisprudenciales no disminuyen la conflictividad social alrededor de las consultas”

derecho a que se le consultara. El proyecto extractivo amenazó la supervivencia de este pueblo y le generó afectaciones ambientales desproporcionadas. En este fallo, la Corte unificó las reglas jurisprudenciales que conforman el deber ser de la aplicación de la CPLI. Además, definió el concepto de afectación directa y las obligaciones de derechos humanos de los agentes económicos. La sentencia, entonces, ratifica a la Corte como institución clave para la defensa de la CPLI.

Las afirmaciones que hace la Corte en la SU-123 revelan dos ventajas de la protección de la CPLI por la vía jurisprudencial. Primero, la Corte reiteró que la aplicación de la CPLI debe hacerse de acuerdo a la realidad de cada pueblo y cada proyecto en concreto. Además, recordó que los desacuerdos sobre un proyecto deben resolverse protegiendo en la mayor medida posible a la comunidad. Como lo dice la Corte, esta vía jurisprudencial limita la posibilidad de que la consulta previa se entienda como un conjunto de “reglas abstractas y formalistas”. Esto es clave, por ejemplo, en la definición de territorio. Mientras que, en países como Bolivia, la consulta previa en hidrocarburos depende de la presencia física de la comunidad en las cuadrículas en proceso de adjudicación⁶⁷, en Colombia las autoridades deben verificar en cada caso la “intensidad, permanencia efectiva o grado de exclusividad de las prácticas culturales, ancestrales, espirituales o económicas

de la comunidad en el territorio” objeto de la controversia. La vía jurisprudencial preserva así los diferentes modos de estar de las comunidades indígenas. Segundo, debido a que la Corte ha conocido cientos de casos y ha estudiado el papel que tienen los agentes económicos en ellos, en la decisión SU-123 le fue posible establecer que en Colombia las empresas tienen el deber de diligencia en materia de la CPLI. Así, la vía jurisprudencial ha permitido a Colombia ampliar el número de sujetos obligados por el derecho y aclarar los deberes de las empresas en materia de CPLI.

Sin embargo, la sentencia también revela dos dificultades. La primera tiene que ver con el consentimiento. La Corte – en una de sus decisiones más razonadas sobre el tema y en Sala Plena– afirma que la consulta previa es diferente del consentimiento previo, libre e informado. Aunque dice que esta diferencia es de grado y no de naturaleza, la Corte afirmó que en la consulta el acuerdo y el consentimiento son “aspiraciones”. Este término se justifica por cuanto la Corte adopta decisiones basadas en principios. Pero también muestra que la amplitud de la vía jurisprudencial no conduce necesariamente a un mejoramiento de las expectativas de los pueblos indígenas en la CPLI. La segunda problemática es una crítica más general del papel de las cortes en el cambio social⁶⁸. El constante flujo de demandas sobre CPLI (en 2019 llegaron 143 demandas sobre CPLI⁶⁹) muestra que las reglas jurisprudenciales no disminuyen la conflictividad social alrededor de las consultas. Esta crítica no es atribuible solo a la Corte. Si bien es deseable que las normas –expedidas por el Congreso, el Ejecutivo o extraídas de la jurisprudencia– generen cambios, la ausencia de ellos no hace que dichas normas sean menos valiosas o que su autor sea menos legítimo. Lo que sí revela –y que debe ser investigado con mayor profundidad– es justamente que el nivel de intensidad de los conflictos políticos y económicos envueltos en la CPLI es muy alto, y que la Corte sola no puede resolverlos.

⁶⁷ Ley 3058 de 2005.

⁶⁸ Sobre esta discusión véase, Sieder, R., Ansolaberre, K. y Alfonso, T. (2018). *Routledge Handbook of Law and Society in Latin America*. Nueva York: Routledge; Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez, D. (2015). *Radical Deprivation on Trial: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press.

⁶⁹ Caracterización de las tutelas radicadas en la Corte Constitucional (enero-noviembre 2019). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>



¿Y cuándo la CPLI no se cumple? Algunas iniciativas comunitarias exitosas

Foto: SL-Photography / Shutterstock.com

El derecho a decidir en las consultas comunitarias en Guatemala



Lucía Inés Xiloj Cuin

Abogada Maya K'iche

En el 2018, después de 16 años, Guatemala realizó su censo poblacional, el cual determinó que los pueblos indígenas en este país constituyen más de siete millones de habitantes, representando el 49% de la población total⁷⁰. Aunque este dato no es totalmente compartido por personas y organizaciones indígenas⁷¹, evidencia que los pueblos originarios siguen existiendo y exigiendo sus derechos.

En los últimos 20 años uno de los derechos más reclamados en Guatemala por parte de los pueblos indígenas es el derecho a la consulta, derecho que no se ha concebido únicamente como lo plantea el Convenio 169 de la OIT (ratificado por Guatemala en 1996), sino como el ejercicio de un derecho ancestral.

Existe la percepción de que el derecho a la consulta nació con el Convenio 169, situación que puede explicarse en el caso de Guatemala con el cambio del escenario político-jurídico que se dio a finales de los 90 del siglo XX, permitiéndose el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas⁷² y, en particular, la exigibilidad del derecho a la consulta en el ámbito judicial como una estrategia más para la defensa del territorio.

Sin embargo, los pueblos indígenas desde siempre han realizado consultas como forma de tomar decisiones en varios aspectos de la vida individual y colectiva. El interés en la explotación de recursos naturales y la gran cantidad de autorizaciones otorgadas en territorios indígenas provocó que las comunidades llevaran al seno de las asambleas comunitarias este tema.

⁷⁰ Véase, INE. Resultados del censo 2018. Recuperado de <https://www.censopoblacion.gt/>

⁷¹ Véase, Aguilar, M. (2019, 23 de septiembre). El Censo 2018 y los pueblos indígenas. *El Periódico*. Recuperado de <https://elperiodico.com.gt/opinion/2019/09/23/el-censo-2018-y-los-pueblos-indigenas/>

⁷² En 1995 se firmó el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, en 1996 se ratificó el Convenio 169 y en 1997 se aprobó una nueva Ley de Minería que buscó facilitar los procedimientos para autorizar proyectos mineros.

“El marco legal internacional sobre derechos de los pueblos indígenas protege esta forma de toma de decisiones al reconocer el derecho a la libre determinación que tienen los pueblos”

Desde el 2005 se han efectuado más de 100 consultas comunitarias sobre proyectos extractivos (minería, hidroeléctricas, etc.). Estos procesos de toma de decisión se diferencian de la consulta previa, debido a que son dirigidos por las autoridades propias de las comunidades y se circunscriben a un principio ancestral de toma de decisiones, en donde participan todos los miembros de las comunidades. El marco legal internacional sobre derechos de los pueblos indígenas protege esta forma de toma de decisiones al reconocer el derecho a la libre determinación que tienen los pueblos.

Estas consultas han tenido como resultado que muchos proyectos no se hayan podido ejecutar, debido a que es una decisión comunitaria que impone una serie de condiciones jurídicas y políticas a la actuación de los Estados y empresas. Hasta finales del 2018, los únicos proyectos grandes en ejecución en el país eran el Proyecto de Explotación Minero Niquegua Montufar II y Extracción Minera Fénix de la empresa Compañía Guatemalteca de Níquel⁷³; Extracción Minera Sechol de la empresa Mayaniquel, S. A. y Proyecto Minero Cerro Colorado de la empresa Guaxilan, S. A.⁷⁴.

Aunque estas consultas no son reconocidas por el gobierno ni por los órganos jurisdiccionales, han tenido un impacto positivo en varios sentidos. Primero, han contribuido a la organización comunitaria que se traduce en el fortalecimiento de autoridades indígenas y las formas propias de administración de los territorios indígenas. Segundo, han sido el punto de partida para que en muchas comunidades se inicien procesos de recuperación de territorios despojados. Y tercero, han servido para concientizar sobre la importancia de proteger los bienes naturales y el territorio.

En varias comunidades anualmente se hace una conmemoración de la fecha en la que se llevó a cabo la consulta comunitaria con el fin de reiterar que ya se tomó una decisión y que la misma debe ser respetada por parte de las instituciones encargadas de autorizar los proyectos de explotación de recursos naturales. Por ejemplo, el 17 y 25 de noviembre de 2019 se conmemoró el tercer y quinto aniversario de la consulta comunitaria en el municipio de San Luis Jilotepeque departamento de Jalapa y en el municipio de Santa María Chiquimula del departamento de Totonicapán⁷⁵. Esta forma de recordar materializa el principio del valor de la palabra, el cual establece que lo que se acordó debe respetarse.

Esta forma ancestral de toma de decisiones evidencia que a pesar de que el gobierno no cumple con los compromisos asumidos con la ratificación y firma de instrumentos internacionales de derechos humanos⁷⁶, los pueblos indígenas a través de sus propios mecanismos e instituciones han podido defender su territorio, derecho que también es reconocido en el Convenio 169, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁷³ Recientemente se decretó un amparo provisional por parte de la Corte de Constitucionalidad que suspendió las actividades de este proyecto, sin embargo no se ha cumplido esta decisión.

⁷⁴ Ministerio de Energía y Minas. Anuario Estadístico Minero. Recuperado de <https://www.mem.gob.gt/mineria/estadisticas-mineras/anuario-estadistico-minero/>

⁷⁵ Véase, Red K'at Guatemala. Recuperado de <https://www.facebook.com/pg/Red-Kat-Guatemala-954433344591010/posts/>

⁷⁶ El gobierno no ha implementado de manera voluntaria ningún proceso de consulta previa en relación con la explotación de recursos naturales. La única consulta que ha realizado es la relacionada con el proyecto hidroeléctrico Oxec a raíz de una sentencia de la Corte de Constitucionalidad; sin embargo, esta no ha sido aceptada por las comunidades que denunciaron la violación de este derecho. Véase, Ministerio de Energía y Minas. MEM logra histórica consulta comunitaria en caso Oxec. Recuperado de <https://www.mem.gob.gt/2017/12/mem-logra-historica-consulta-comunitaria-en-caso-oxec/>



Foto: Wallace Teixeira / Shutterstock.com

Los protocolos autónomos de consulta previa desde la experiencia de **Brasil**: retos para la jusdiversidad



Liana Amin Lima

Profesora de Derechos Humanos y Fronteras de la Facultad de Derecho y Relaciones Internacionales de la Universidad Federal da Grande Dourados, Brasil



Carlos Marés

Profesor de Derecho Socioambiental de la Pontificia Universidad Católica de Paraná, Brasil

El Convenio N°169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado en 1989, fue ratificado por Brasil en 2002. En Brasil, los sujetos del Convenio N°169 son identificados como pueblos y comunidades tradicionales (povos

e comunidades tradicionais) y son reconocidos por nombres especiales, como indígenas, *quilombolas* (comunidades rurales afro-descendientes) y muchos otros pueblos tradicionales, grupos con identidad étnica y cultural diferenciada, modo de vida tradicional y territorialidad específica⁷⁷.

El derecho a la consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos ya sean indígenas o no; y, está intrínsecamente vinculado al derecho al consentimiento previo, libre e informado y al derecho a la libre determinación. La consulta es deber del Estado, debe ser de buena fe y previa a las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, quilombolas y tradicionales. El consentimiento hace parte del derecho a la consulta previa.

Los procesos de licenciamiento ambiental para proyectos de desarrollo o extractivos, viciados por la lógica procedimental y por el inmediatez que la velocidad del capital requiere, pasan como un vendaval en la vida de los pueblos y sus territorios tradicionales. Frente a la inobservancia o incumplimiento del derecho a la consulta, una salida jurídica por parte de los

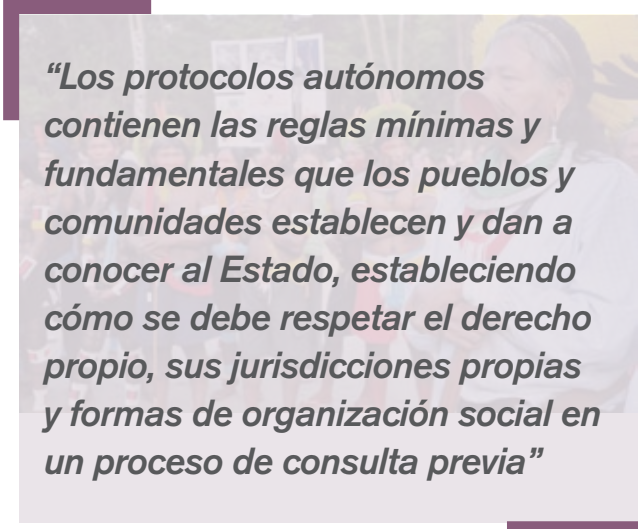
⁷⁷ Los derechos de los pueblos indígenas están previstos en la Constitución Federal de 1988, en los artículos 231 y 232. Los derechos territoriales de las comunidades quilombolas están previstos en el artículo 68 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias (ADCT) de la Constitución. El Decreto n. 6.040 de 2007, que instituyó la Política Nacional de Desarrollo Sostenible de los Pueblos y Comunidades Tradicionales (PNPCT), definió a los pueblos y comunidades tradicionales, incluyendo indígenas, quilombolas y los diversos otros pueblos tradicionales en Brasil.

pueblos ha sido la construcción de protocolos comunitarios, también llamados protocolos propios o autónomos.

Los protocolos autónomos 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 previa. Los protocolos comunitarios son instrumentos que tienen valor jurídico al establecer la conducción y las etapas del proceso de consulta previa, la forma de organización de los pueblos y comunidades, así como la forma de decisión colectiva. En los protocolos es posible encontrar los principios, directrices, criterios y reglas del derecho propio de los pueblos para los procesos de consulta.

Al crear los protocolos, los pueblos están creando derecho propio que debe ser respetado por el Estado. Establecen claramente una jusdiversidad, o sea, “la libertad de actuar de cada pueblo según sus propias leyes, su derecho propio y su jurisdicción”⁷⁸. La jusdiversidad se basa en la diversidad cultural, de sistemas jurídicos propios, y al territorio, dentro de la jurisdicción indígena o tradicional, y debe ser respetado por los Estado Nación⁷⁹.

En Brasil desde 2014 hasta el 2019 se registraron 30 protocolos de consulta y consentimiento libre, previo e informado de pueblos indígenas, quilombolas y otros pueblos tradicionales (ejemplo de las comunidades coletoras de flores siempre viva, comunidades ribereñas, caiçaras y de pescadores artesanales). El registro de estos protocolos es escrito o de forma audiovisual en idiomas indígenas (caso del pueblo Kayapó-Menkrãgnoti)⁸⁰.



“Los protocolos autónomos 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 previa”

La obligatoriedad de los protocolos se encuentra en los acuerdos y decisiones judiciales, como por ejemplo en los casos del proceso de consulta de los pueblos Mura⁸¹ Juruna⁸², que están siendo amenazados por la explotación de minería en sus territorios. Los protocolos de consulta son un camino alternativo a la reglamentación estatal. Así, los protocolos autónomos de consulta y consentimiento son vinculantes para los Estados. Y deben regir los procesos de consulta, pues materializan las especificidades culturales y territoriales, las instituciones representativas de cada pueblo o comunidad y sus instancias de decisión colectiva. De esa manera, los protocolos autónomos son hoy en día una expresión de la jusdiversidad y libre determinación.

⁷⁸ Souza Filho, C F M de. (2010). O renascer dos povos indígenas para o Direito. 7 reimpr. Curitiba: Juruá.

⁷⁹ Lima da Silva, L. A. (2017). *Consulta prévia e livre determinação dos povos indígenas e tribais na América Latina: re-existir para co-existir*. Tese de Doutorado em Direito Socioambiental. Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Curitiba-PR, Brasil.

⁸⁰ Proyecto de Investigación (CNPq). Observatorio de Protocolos Comunitarios de Consulta Previa, Libre e Informada: Derechos territoriales, autodeterminación y jusdiversidad. Recuperado de <http://direitosocioambiental.org/observatorio-de-protocolos/protocolos-comunitarios-de-consulta/>

⁸¹ Protocolo Mura. (2019). Trincheiras: Yandé Peara Mura. Protocolo de Consulta e Consentimento do Povo Indígena Mura de Autazes e Careiro da Várzea, Amazonas. Recuperado de http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/docs/copy5_of_ProtocolodeconsultaMura.pdf

⁸² Brasil. 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.



Reflexiones finales

Foto: Diego Sugoniaev / Shutterstock.com

De la consulta previa a la libre determinación: reflexiones desde la experiencia de **DPLF**



Daniel Cerqueira

Director del Programa Derechos Humanos y Recursos Naturales de DPLF

Una parte importante del trabajo de DPLF, desde el programa Derechos Humanos y Recursos Naturales, ha sido fortalecer la incorporación de estándares internacionales sobre consulta previa, libre e informada (CPLI) en normas, políticas públicas y jurisprudencia de los Estados latinoamericanos. Nuestra labor ha sido brindar un aporte jurídico a las organizaciones de la sociedad civil (OSC) y movimientos indígenas que trabajan por la incorporación de los referidos estándares en las normas y

prácticas de sus Estados. Para ello, hemos realizado actividades de incidencia, publicado digestos de jurisprudencia, elaborado estudios y análisis especializados, hemos monitoreado procesos judiciales y presentado escritos de *amicus curiae* en casos emblemáticos.

Además de maximizar el impacto de los parámetros internacionales, apoyamos la adopción de nuevos estándares, para que el marco jurídico brinde soluciones efectivas a las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. En esta trayectoria, hemos contado con el apoyo invaluable de entidades académicas y OSC de diferentes países. En el ámbito regional, hemos tenido la fortuna de compartir estrategias con organizaciones que trabajan en diferentes Estados de Latinoamérica y el Caribe, en particular con Oxfam Internacional y sus oficinas en la región.

Desde la promulgación del Convenio 169 de la OIT, el contenido del derecho a la CPLI se ha ampliado en pronunciamientos de órganos supranacionales de derechos humanos y de altas

cortes de diferentes países. A su vez, la CPLI ha sido reconocida en salvaguardas de bancos multilaterales y en estándares autoregulatorios del sector corporativo. Pese a esos importantes desarrollos, los procesos de consulta previa han significado, muchas veces, la “procedimentalización” del despojo territorial en perjuicio de los pueblos indígenas y comunidades tradicionales. Con frecuencia, pueblos y comunidades participan en procesos de consulta sin tener la capacidad real de modificar las decisiones estatales que las afectan. En ocasiones, tales decisiones son tomadas bajo la consigna del “interés colectivo” o de la “utilidad pública”, cuando su real motivación es la cooptación ejercida por sectores corporativos que financian procesos electorales o cuyos intereses son directamente representados por frentes parlamentarios o gobiernos de turno.

En general, los procesos de consulta previa conducidos en la región no siempre les han garantizado a los pueblos indígenas la capacidad de influenciar las decisiones estatales que les afectan. Muchas veces, las consultas son vistas como un trámite formal para que gobierno y empresas obtengan un sello de legitimidad, pese a la objeción de las respectivas comunidades. En muchas ocasiones, cuando las comunidades están dispuestas a participar de procesos de consulta, las autoridades estatales se limitan a servir como mediadoras sobre posibles medidas de compensación entre aquellas y las empresas interesadas en un determinado proyecto de inversión. Incluso cuando las comunidades dan su consentimiento para tales proyectos, es inusual que la consulta sirva para concretar el derecho a participar de los beneficios que éstos generen, previsto expresamente en el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT. Por otro lado, la CPLI tampoco les ha dado a los pueblos indígenas una voz relevante dentro de las discusiones macro, como el diseño de políticas y planes de desarrollo en sus territorios o a escala nacional.

Latinoamérica vive una paradoja. Por un lado, es la región en la que se han producido los estándares más garantistas sobre CPLI, por ejemplo, en las decisiones de cortes nacionales y en los pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por el otro, según cifras de Global Witness, es el lugar más peligroso del mundo para los y las defensoras del territorio, líderes y lideresas indígenas⁸³. Esta ambivalencia ha llevado a que expertos, expertas, OSC y movimientos indígenas de diferentes países latinoamericanos reevalúen el protagonismo

“Las limitaciones de la CPLI han llevado a que muchas organizaciones reivindiquen una agenda más amplia, basada en el derecho a la libre determinación. Los protocolos de autoconsulta en Brasil, las consultas comunitarias de buena fe en Guatemala, y los procesos de gobernanza autónoma de territorios indígenas en Latinoamérica son muestra de esta expansión”

que se ha dado a la CPLI dentro de la agenda de derechos de los pueblos indígenas.

En ese marco, las limitaciones de la CPLI han llevado a que muchas organizaciones reivindiquen una agenda más amplia, basada en el derecho a la libre determinación. Los protocolos de autoconsulta en Brasil, las consultas comunitarias de buena fe en Guatemala, y los procesos de gobernanza autónoma de territorios indígenas en Latinoamérica son muestra de esta expansión. Parte del desafío radica en visibilizar los parámetros del Derecho Internacional que amparan tales experiencias. Mientras la CPLI cuenta con una normatividad desarrollada por más de tres décadas, el marco jurídico de protección de la libre determinación se encuentra más disperso y las reivindicaciones a dicho derecho no han tenido aún el mismo impacto que la defensa de la CPLI desde los organismos supranacionales de derechos humanos.

Desde luego, somos conscientes que el reconocimiento doméstico e internacional de la CPLI y que el Convenio 169 han jugado un rol fundamental en la superación del paradigma integracionista, que era el foco del Convenio 107 de la OIT, de 1957. Una de las premisas de este paradigma era que los pueblos indígenas desaparecerían por su propia fragilidad, correspondiendo a los Estados promover su incorporación

⁸³ Global Witness. (2019). *¿Enemigos del Estado? De cómo los gobiernos y las empresas silencian a las personas defensoras*. Recuperado de <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/enemigos-del-estado/>

al resto de la sociedad, garantizándoles algunos derechos económicos y sociales. Sin embargo, entre las décadas de 1980 y 1990, varios Estados del continente pasaron a definirse como sociedades multiculturales, a través de reformas constitucionales o de la adopción de nuevas Cartas Políticas. Este cambio legal, junto al Convenio 169, mostraron el compromiso público de reconocer la potestad de los pueblos indígenas de participar directamente, y no bajo la tutela estatal, de las decisiones que les afecten⁸⁴.

Es innegable que los desarrollos normativos en torno a la CPLI han sido fundamentales para el empoderamiento de los pueblos indígenas en sus demandas de autonomía sobre sus territorios. Asimismo, han generado una mayor consciencia en los actores políticos y sociales sobre las obligaciones estatales en torno a los derechos de los pueblos indígenas. Pero luego de varios años de reflexión y promoción de estándares sobre la materia, consideramos que esos avances no son suficientes ni ofrecen una respuesta integral a la expansión de megaproyectos en los territorios indígenas, los cuales en muchos casos desencadenan escenarios de conflictos y graves violaciones de derechos humanos.

Las limitaciones del marco normativo sobre la CPLI radican parcialmente en el hecho de subsistir imprecisiones y prácticas estatales contrarias a los parámetros internacionales aplicables. DPLF ha buscado contribuir para llenar este vacío, a partir de un trabajo de incidencia y la producción de informes que buscan dar mayor operatividad a los estándares internacionales en la materia. Es el caso, por ejemplo, del más reciente estudio regional que publicamos con Oxfam Internacional, sobre los cuellos de botella propios de los diseños institucionales en seis países de la región, y cómo ello se refleja en los procesos concretos de consulta, sobre todo en el ámbito extractivo⁸⁵; y de un informe publicado en octubre de 2018, sobre los pro y contra de la implementación normativa del derecho a la CPLI a través de leyes o normas de alcance general, elaborado con Oxfam-México⁸⁶.

Pero parte de las limitaciones advertidas van más allá de impresiones y de patrones de actuación estatal que se apartan de los estándares internacionales, ubicándose más bien en la inadecuación entre un abordaje circunscrito a la CPLI y la reivindicación de la deliberación autónoma de pueblos indígenas y comunidades tradicionales sobre sus territorios, sin que ello dependa de un proceso formal de mediación estatal.

Conscientes de la necesidad de acompañar estas reivindicaciones, DPLF ha buscado analizar con más detenimiento los parámetros de Derecho Internacional y del Derecho Constitucional comparado que protegen la libre determinación, incluyendo en dicho marco el propio derecho a la consulta y al consentimiento. En esa línea, en 2019 junto a FUNDAR y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, publicamos el informe "De la consulta previa a la libre determinación: informe sobre la implementación del derecho a la consulta y consentimiento previo libre e informado en México"⁸⁷. En este estudio, mostramos que la CPLI no debe ser el único instrumento de referencia en la relación entre Estados y pueblos indígenas. Asimismo, insistimos en que la protección de tales pueblos exige la creación de políticas públicas diferenciadas y espacios de participación autónomos en instancias locales, regionales y nacionales, particularmente frente a decisiones que repercuten directamente en sus territorios.

Por ende, avanzar hacia nuevos estándares sobre el derecho a la libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas es para DPLF tan o más importante que el perfeccionamiento de los marcos legales e institucionales sobre la CPLI. Este ejercicio pasa por comprender el derecho a la consulta y al consentimiento como expresiones de la libre determinación, y por reconocer a los pueblos indígenas y comunidades tradicionales como protagonistas en cualquier tipo de decisión que afecte sus territorios.

⁸⁴ Véase, Cerqueira, D. (10 de agosto de 2015). La consulta previa, libre e informada en América Latina: un poco de historia y precisiones sobre sus fundamentos jurídico-políticos [Blog DPLF]. Recuperado de <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/>

⁸⁵ DPLF y Oxfam. (2015). *Derecho a la Consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina – avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*. Recuperado de http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf

⁸⁶ DPLF y Oxfam-México. (2018). *Implementación de la Consulta y Consentimiento Previo, Libre e Informado – experiencias comparadas en América Latina y discusiones sobre una ley de consulta en México*. Recuperado de http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_sobre_consulta_y_cpli_mexico_final_web.pdf

⁸⁷ DPLF, FUNDAR e Instituto de Investigaciones Jurídicas (2019). *De la consulta previa a la libre determinación: informe sobre la implementación del derecho a la consulta y consentimiento previo libre e informado en México*. Recuperado de http://www.dplf.org/sites/default/files/documento_consulta_web.pdf

SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES DE LA PANAMAZONÍA

Resumen informativo, elaborado por DPLf y REPAM, del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonia (2019)

DPLf Fundación para el Debido Proceso

REPAM

EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO
en el marco normativo y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos
DANIEL CERQUEIRA

DPLf Fundación para el Debido Proceso

DPLf Fundación para el Debido Proceso

INFORME SOBRE LOS TRIBUNALES AGRARIOS EN MÉXICO
A la luz de los derechos humanos de los pueblos indígenas y campesinos
Gabriela Torres-Masera
Jorge Fernández Mendiburu
José Orián Montiel Cortés
Sergio Alberto Salgado Román

Publicaciones recientes

DE LA CONSULTA A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS: Informe sobre la implementación del derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en México

RODRIGO GUTIÉRREZ ROYAS
EDMUNDO DEL POZO MARTÍNEZ

UNICOM

DPLf

Fundación para el Debido Proceso

fundar

IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA Y CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO

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

DPLf

Fundación para el Debido Proceso

OXFAM

PUEBLOS INDÍGENAS, COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES Y RECURSOS NATURALES PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO DE ACTIVIDADES DE EXTRACCIÓN, EXPLOTACIÓN Y DESARROLLO

Resumen informativo, elaborado por DPLf, del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo (2018)

DPLf Fundación para el Debido Proceso

CONSEJO DIRECTIVO

Naomi Roht-Arriaza

Presidenta

Mariclaire Acosta

Eduardo Bertoni

Walter Albán

Miguel Sarre

Margaret Roggensack

Tesorera

PERSONAL

Katya Salazar

Directora Ejecutiva

Laura Park

Directora de Desarrollo
Institucional y Finanzas

Jean Carlos Baéz

Asistente de Programas

Leonor Arteaga

Directora del Programa
Impunidad y Graves Violaciones
de Derechos Humanos

Daniel Cerqueira

Director del Programa
Derechos Humanos y Recursos
Naturales

Úrsula Indacochea

Directora del Programa
Independencia Judicial

Katharine Valencia

Asesora Legal Sénior

David Lovatón

Asesor Legal Sénior

Ramiro Orías

Oficial de Programa Sénior

Sonia Rubio

Oficial de Programa Sénior

Juan Carlos Sánchez

Oficial de Programa

Hannah Ahern

Oficial de Programa

Enrique Gallegos

Oficial de Programa



Fundación para el Debido Proceso Due Process of Law Foundation

1779 Massachusetts Ave., NW, Suite 710

Washington, D.C. 20036

Tel.: (202) 462.7701 – Fax: (202) 462.7703

E-mail: info@dplf.org Web site: www.dplf.org

La **Fundación para el Debido Proceso** (DPLF, por sus siglas en inglés) es una organización regional integrada por profesionales de diversas nacionalidades, cuyo mandato es promover el Estado de derecho y los derechos humanos en América Latina a través del análisis y propuesta, la cooperación con organizaciones e instituciones públicas y privadas, el intercambio de experiencias y las acciones de cabildeo e incidencia.

Esta publicación ha sido posible gracias al aporte de:

