

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Núm. 103

El camino hacia la paz y el desarrollo

Marco jurídico emergente
para el desarrollo de recursos
naturales en tierras indígenas

Luke Danielson, Andrés Rodríguez,
Carlos Cante P., Sebastián Donoso R.,
Leonardo Alvarado, Flavia Noejovich B.,
Volker Frank, Daniel Barragán,
José Claudio Mozó H.



Deusto

Instituto de Derechos Humanos
Pedro Arrupe
Giza Eskubideen Institutua

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Núm. 103

El camino hacia la paz y el desarrollo:
marco jurídico emergente para el desarrollo
de recursos naturales en tierras indígenas

**Luke Danielson, Andrés Rodríguez,
Carlos Cante P., Sebastián Donoso R.,
Leonardo Alvarado, Flavia Noejovich B.,
Volker Frank, Daniel Barragán,
José Claudio Mozó H.**

Bilbao
Universidad de Deusto
2022

CONSEJO DE REDACCIÓN

Cristina de la Cruz, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Trinidad L. Vicente, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Encarnación La Spina, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Felipe Gómez Isa, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.

CONSEJO EDITORIAL

Anja Mihr, Investigadora del Human Rights Center de la Universidad de Utrecht, Holanda.
Antoni Blanc Altemir, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Lleida.
Bartolomé Clavero, Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Sevilla y miembro del Foro de las Naciones Unidas para Asuntos Indígenas.
Carlos Villán Durán, Presidente de la Asociación Española para la Promoción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
Carmen Márquez, Catedrática de Derecho Internacional Público, Universidad de Sevilla.
Cristina Churrua, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Eduardo J. Ruiz Vieytes, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Fernando Fantova, consultor en temas relacionados con los servicios sociales, Bilbao.
Francisco López Bárcenas, Academia Mexicana de Derechos Humanos, México.
Gaby Oré Aguilar, consultora internacional en el campo de los derechos humanos y el género y miembro de Human Rights Ahead, Madrid.
Gloria Ramírez, Catedrática de Ciencia Política de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México.
Gorka Urrutia, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Jaume Saura, Presidente del Institut de Drets Humans de Catalunya, Barcelona.
Joana Abrisketa, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Jordi Bonet, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona.
José Aylwin, Director del Observatorio de Derechos Ciudadanos, Temuco, Chile.
José Luis Gómez del Prado, miembro del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la utilización de Mercenarios, Ginebra, Suiza.
José Manuel Pureza, Centro de Estudios Sociales, Universidad de Coimbra, Portugal.
Judith Salgado, Programa Andino de Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.
Koen de Feyter, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Amberes, Bélgica.
Manuela Mesa, Directora del Centro de Educación e Investigación para la Paz, CEIPAZ, Madrid.
Noé Cornago, Profesor Titular de Relaciones Internacionales de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Leioa.
Pablo de Greiff, International Center on Transnational Justice, New York.
Víctor Toledo Llancaqueo, Centro de Políticas Públicas, Universidad ARCIS, Santiago, Chile.
Vidal Martín, investigador de la Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior, FRIDE, Madrid.

Índice

Introducción	9
I. Reglamentación en Chile de la consulta indígena del Convenio 169 OIT <i>Sebastián Donoso</i>	19
II. La experiencia colombiana posterior a la ratificación del Convenio 169 de la OIT <i>Carlos Cante Puentes</i>	45
III. Consulta previa en Ecuador: aproximaciones y estado del arte <i>Daniel Barragán y Volker Frank</i>	53
IV. Algunas aproximaciones sobre la implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú <i>Flavia Noejovich</i>	71
V. Jurisprudencia relevante en otras jurisdicciones adherentes al Convenio: una mirada a México y Guatemala <i>José Claudio Mozó H.</i>	99
VI. Los estándares internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas a la consulta y el consentimiento y consideraciones para su aplicación <i>Leonardo J. Alvarado</i>	111
VII. Los procesos de consulta a comunidades y grupos indígenas desde el punto de vista del inversionista minero <i>Andrés Rodríguez</i>	123
VIII. Conclusiones <i>Luke Danielson</i>	133
Bibliografía	143
Anexo: Tabla de Jurisprudencia	153
Autores	159

Introducción

El *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*,¹ Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), es un punto de referencia vinculante de mucha importancia en derecho internacional en asuntos de protección de derechos de comunidades indígenas, aunque está lejos de ser la única disposición importante. Hay otras disposiciones de gran importancia, como la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.² Hay una exposición clara de estos principios en la contribución de Leonardo Alvarado más abajo. Pero el Convenio, siendo un tratado, es vinculante y tiene fuerza de ley en los países que lo han ratificado. Nos hemos enfocado en el Convenio porque las noticias que tenemos son que estas obligaciones de la ley internacional ya están siendo incorporadas en el derecho nacional de los países. Los varios fallos que presentamos tienen muchas veces sus raíces en el Convenio.

El convenio estableció, entre otras cosas, el derecho de estas comunidades a participar en los procesos de toma de decisiones que afecten a sus comunidades, sus territorios tradicionales o sus recursos naturales. Estas obligaciones ya están reconocidas y aplicadas por los tribunales nacionales. Y aunque los pueblos indígenas no están prevaleciendo en todos los casos, en muchos de ellos están ganando, e incluso en algunos en que han perdido, han establecido principios jurídicos que apoyan a su causa.

No cabe duda que en muchas instancias la perspectiva indígena sobre el manejo de la tierra y los recursos naturales es muy distinta a la de la cultura mayoritaria. Entonces abrir el proceso de toma de decisiones

¹ Texto oficial disponible en el sitio web de la Organización Internacional de Trabajo https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf.

² Disponible en https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf.

y admitir una participación indígena no es solamente dar una apertura a un actor más al proceso de participación ciudadana contemplada por principios como el Principio 10 de la Declaración de Rio. Este actor está considerado como una entidad política y cultural muchas veces llamada nación. No es simplemente otro ONG o sociedad anónima.

La visión de algunos Estados ha sido que la autoridad de las entidades estatales en materias de recursos naturales es absoluta o solo limitada por los derechos de propiedad y, quizás, las leyes para protección del medio ambiente. No les ha sido fácil ceder a las comunidades indígenas un rol en el proceso y el resultado ha sido decisiones que no toman suficientemente en cuenta los intereses de las comunidades indígenas y tradicionales. Y esto ha generado conflictos.

La idea fundamental del convenio ha sido establecer un marco equitativo para una toma de decisiones compartida. Esta nos da, al menos, la posibilidad de un futuro menos conflictivo, que pueda respaldar procesos de desarrollo sustentable en el país y en las comunidades.

Como la mayoría de las disposiciones en derecho internacional, parte del problema para los que han trabajado en aplicar el convenio a circunstancias concretas es la escasez de recursos legales eficaces en los casos en que gobiernos no reconocen ni aplican los derechos consagrados en el convenio.

Para ello existe un mecanismo dentro de la misma OIT. Sin embargo, «[la] OIT se basa en el principio del tripartismo —diálogo y cooperación entre los gobiernos, los empleadores y los trabajadores»,³ una estructura que no da un espacio evidente a las comunidades indígenas.

«[A]cceso a los mecanismos de control en virtud de los convenios ratificados, incluyendo el Convenio n.º 169, se encuentra reglamentado en la Constitución de la OIT, y queda restringido a los mandantes tripartitos. Si bien los pueblos indígenas han criticado esta restricción, no hubo obstáculos en la práctica, pues los pueblos indígenas han hecho alianzas, particularmente con sindicatos, para presentar informaciones, comentarios y reclamaciones».⁴

No estamos seguros de que esta visión, de un acceso relativamente fácil a los mecanismos del OIT, sea compartida por todos los organismos indígenas.

³ Consulta Tripartita, <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/tripartite-consultation/lang--es/index.htm>.

⁴ OIT, *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (Núm. 169). (2013).

Otro mecanismo de importancia en esta materia ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establecido por el Convenio Americano Sobre Derechos Humanos.⁵ La mayoría de los países que han ratificado el Convenio OIT 169 son también fundadores de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto de San José.

La Corte Interamericana ha emitido fallos de gran importancia en el desarrollo en la jurisprudencia indígena. Estas incluyen las bien conocidas decisiones en *Sarayaku*,⁶ que nos enseñó mucho sobre la naturaleza y características de la consulta y *Saramaka*,⁷ que aclaró que los derechos destacados en el convenio se extienden a ciertas comunidades tradicionales que no siempre han sido considerados como pueblos originarios.

Pero estos canales de remedio no siempre han sido adecuados para restringir decisiones de estados que no cumplen con los requisitos del Convenio.

El cambio notable, y nuestro enfoque en este documento, es el gran auge de decisiones de tribunales superiores nacionales que han dado al Convenio una fuerza que no tenía antes. No hemos hecho una búsqueda rigurosa en todos los países que han ratificado el Convenio. Pero hemos identificado más de 25 fallos de importancia en Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México y Perú que anulan las decisiones estatales que no cumplen con el requisito de la consulta previa establecida por el Convenio. Los tribunales superiores están estableciendo que los derechos inherentes en el convenio son importantes, y que no pueden ser ignorados. Y algunas de estas decisiones han tenido importantes consecuencias comerciales para el sector privado tales como la anulación de concesiones. Y encontramos que hay fallos parecidos en otros países que no fueron parte de nuestro estudio, como el caso Argentino de Villivar, Silvia Noemí vs. Provincia de Chubut y otros (2007).

El objetivo de nuestro artículo no es un análisis de fondo de toda esta jurisprudencia. Esto es importante, y esperamos que sea hecho en el futuro.

Nuestro trabajo no es más que un punto de partida para un análisis de fondo. Nuestro objetivo es simplemente llamar la atención sobre el fenómeno y plantear algunas preguntas básicas. Nuestro esfuerzo es

⁵ https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

⁶ Pueblo Indígena Kichwas de Sarayaku v. Ecuador, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.

⁷ Pueblo Saramaka v. Surinam, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf.

simplemente una revisión preliminar de la importancia y posibles consecuencias de la tendencia que identificamos.

Queremos también expresar algunas ideas sobre cómo pueden los gobiernos, trabajando con las comunidades indígenas, lograr mecanismos más estables y equitativos para avanzar en el desarrollo sustentable de los países y las comunidades, que toman en cuenta los intereses de los pueblos originarios. Es decir, la visión es que en asuntos que son de gran importancia al futuro de los pueblos indígenas, buscamos una toma de decisiones compartida.

Varios países de la región han respondido a las decisiones de los tribunales, decidiendo que la solución es «reglamentar la consulta», es decir establecer procedencias específicas y claras para el proceso que están obligados por el Convenio de incorporar en su proceso de toma de decisiones.

Bajo el Artículo 6 del Convenio, una ley o un reglamento de esta naturaleza tiene que ser consultado con las comunidades indígenas. Y porque ha sido difícil llegar a leyes o reglamentos, varios ministerios,⁸ y en ciertos casos organismos indígenas,⁹ han publicado guías o protocolos que, por no tener fuerza de ley, no tienen que ser acordados.

Una pregunta básica, si los elementos de la consulta sean incorporados en cualquier documento, si sea ley, reglamento, decreto o protocolo, es si aplica a todas actividades relevantes del gobierno, o solo un ministerio u otro organismo. El Convenio 169 es un compromiso del Estado. Pero la gran parte de los reglamentos o protocolos que existen aplican solo a un organismo de gobierno. Es lejos de ideal que el concepto de lo que es la consulta sea distinto para transporte, o energía, o petróleo, de lo que es por ejemplo con la minería.

Por un lado, se puede decir que una de las razones por lo cual hemos tenido tantas controversias sobre la consulta es la ausencia de reglas claras sobre la misma. El Convenio no contiene disposiciones detalladas sobre su procedencia. Un reglamento podría responder ciertas preguntas básicas.

¿Quién decide cuando empieza el proceso y quién está invitado a participar? ¿Cuáles son los objetivos? ¿Tiene un plazo de duración?

⁸ Por ejemplo en México, han existido guías y protocolos como CDI, Protocolo para la Implementación de las Consultas a las Comunidades y Pueblos Indígenas de Conformidad con los Estándares del Convenio 169 ... (2013); INPI, PROTOCOLO DE LA CONSULTA LIBRE, PREVIA E INFORMADA PARA EL PROCESO DE REFORMA CONSTITUCIONAL Y LEGAL SOBRE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y AFROMEXICANO (2019); Suprema Corte, Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura (2014).

⁹ BC First Nations Energy and Mining Council, Indigenous Sovereignty, Consent for Mining on Indigenous Lands (2022).

¿Qué información van a recibir los participantes y cuánto tiempo tienen para absorberla y discutirla internamente? En el caso que existan intereses del sector privado involucrados, ¿cómo puede una empresa participar en un diálogo entre gobierno y comunidad? En este sentido, sería útil tener un proceso mejor definido.

Al otro lado hay una tendencia en ciertos sectores de imaginar el proceso de reglamentación como oportunidad para limitar la participación y los derechos de los pueblos originarios en el interés de una supuesta eficiencia y una toma de decisiones más expedita.

Entre estos hay que destacar la idea de poner límites muy cortos de tiempo en el proceso. Algunos de los reglamentos propuestos reconocen que las propuestas de desarrollo son a veces muy complejas, y que los gobiernos o empresas que han estudiado su potencial y han estado años en el proceso. Otros reglamentos proponen que el pueblo indígena tiene 30 días para absorber toda esta información y expresarse. Esto da la impresión que el gobierno no tiene mucho interés en una negociación de buena fe, y no quiere sino esperar unos días y después tomar una decisión de manera unilateral.

Lo que deberíamos tomar en cuenta es que reglamentar la consulta no debe ser una decisión unilateral del estado. Uno de los requisitos fundamentales del Convenio es el Artículo 6(a), que dice:

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

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

Es decir, si queremos «reglamentar la consulta», tiene que ser a través de un proceso de consulta, y no por un proceso diseñado a evitar un diálogo y una negociación. Esta nos lleva a «la consulta sobre la consulta».

Se debe destacar que los expertos más reconocidos en procesos de negociación son muy claros sobre la necesidad de una negociación preliminar relativa a las reglas para la negociación: ¿Cuándo? ¿Dónde? ¿Quiénes deben ser los participantes? ¿Se postergará la toma de decisiones hasta que llegamos a un acuerdo? ¿O no?

Y si esta negociación preliminar nos conduce a un resultado respaldado por todos, facilita mucho la negociación que sigue. Muchos expertos en negociaciones sugieren que una vez acordadas las reglas para la negociación, la negociación «de sustancia» es muchas veces relativamente fácil.

Antecedentes

El Convenio 169 entró en vigor en 1991. Ha sido ratificado por 23 países,¹⁰ de los cuales 15 son repúblicas latinoamericanas.

«Convenio n.º 169 trata de la situación de más de 5.000 pueblos indígenas y tribales, que constituyen una población de más de 370 millones de personas, y que viven en más de 70 países en todas las regiones del mundo. Estos pueblos poseen idiomas, culturas, modos de sustento y sistemas de conocimiento diversos. Sin embargo, los pueblos indígenas en muchos países enfrentan discriminación y condiciones de trabajo que se asemejan a la explotación, interconectada con su marginalización y situación de pobreza generalizadas».¹¹

Aunque la población indígena es no más de cinco por ciento de la población mundial, las comunidades indígenas ocupan casi 25 por ciento de la superficie del planeta, y sus territorios contienen posiblemente 80 por ciento de nuestra biodiversidad restante.¹²

«La situación de los pueblos indígenas ha sido una preocupación central de la OIT desde su creación. La discriminación y la explotación de los pueblos indígenas inspiró directamente la adopción de normas laborales tales como el Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (n.º 29). Durante los años cincuenta, fue cada vez más evidente que las condiciones laborales de estos pueblos eran la consecuencia de injusticias y prejuicios profundamente arraigados y ligados intrínsecamente a cuestiones más amplias de identidad, idioma, cultura, costumbres y tierras. Por ende, en 1957 y en representación del sistema de las Naciones Unidas, la OIT adoptó el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales (n.º 107). El Convenio n.º 107 fue el primer tratado internacional en ocuparse de los derechos de los pueblos indígenas».¹³

La orientación del Convenio n.º 107 fue intrínsecamente hacia la asimilación: la visión que el único futuro posible era integración de las

¹⁰ Ver sitio web de la OIT, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/ff?p=NORMLEXPUB:1300:0:NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314.

¹¹ OIT, *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Núm. 169)*. (2013).

¹² G. Raygorodetsky, *Indigenous peoples defend Earth's biodiversity —but they're in danger*, National Geographic, 16 nov. 2018, <https://www.nationalgeographic.com/environment/2018/11/can-indigenous-land-stewardship-protect-biodiversity/>.

¹³ OIT, *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Núm. 169)*. (2013), p. 4.

comunidades indígenas en el resto de la sociedad, y que otros habían de tomar decisiones sobre su desarrollo.

En 1986, una comisión de expertos convocada por el Consejo de Administración de la OIT concluyó que «el enfoque integracionista del Convenio era obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno». En consecuencia, la OIT inició la revisión del Convenio n.º 107». ¹⁴

Este proceso nos llevó al convenio actual, adoptado en 1989. Es importante notar que ninguno de los grandes estados colonizados por anglosajones con poblaciones indígenas ha ratificado el Convenio OIT 169. Tampoco ratificaron el Convenio 107. El liderazgo en esta materia ha sido en gran parte latinoamericano. ¹⁵

El enfoque del Convenio 169 ha sido establecer un proceso de consulta entre los gobiernos nacionales y los pueblos indígenas y tribales antes de la toma de decisiones que son de importancia para estas comunidades, y los gobiernos, más inversionistas y otros. El Convenio estableció una balanza: a un lado, en la mayoría de las circunstancias, la comunidad indígena no «proporciona un derecho de veto a los pueblos indígenas». ¹⁶ Al otro lado, es evidente que «las consultas pro forma o la simple información no cumplirán con los requisitos del Convenio». ¹⁷ Y en el mundo moderno, puede ser que el fin no es tan importante, porque muchas empresas no quieren entrar en lugares donde no tienen una licencia social en que nadie los quiere. Y los bancos y otros inversionistas muchas veces comparten esta perspectiva.

El objetivo es una consulta informada que puede llegar a un acuerdo: participación efectiva:

«para garantizar la participación efectiva de los integrantes de un pueblo o comunidad indígena en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Aunque hay avances notables en las decisiones de los tribunales de Canadá, y en legislación provincial como el United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act de la Provincia de British Columbia.

¹⁶ OIT, *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Núm. 169)*. (2013), p. 17.

¹⁷ CEACR, Observación general sobre el Convenio n.º 169, formulada en el 2010 y publicada en 2011.

entre las partes. Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo».¹⁸

Hay una crítica al Convenio y la Declaración de las Naciones Unidas de 2007, que están tratando de establecer derechos «especiales» para las comunidades indígenas, y privilegiar su posición en el proceso de toma de decisiones, poniendo la población originaria en un conflicto permanente con sus conciudadanos. Pero en todas las sociedades hay diferencias obvias entre los distintos grupos que la componen. Y si respetamos, por ejemplo, el derecho de control de la reproducción que todos tenemos, es evidente que la aplicación de este derecho tendrá características distintas en el caso de mujeres.

«Los derechos de los pueblos indígenas no son derechos «especiales», sino que articulan los derechos humanos universales que se aplican a los pueblos indígenas. Esto significa que conviene contextualizar los derechos con la situación de los pueblos indígenas y tomar en cuenta sus aspectos colectivos. Por ejemplo, los niños indígenas tienen el mismo derecho a la educación que todos los otros niños, pero sus distintos idiomas, historias, conocimientos, valores y aspiraciones se deben reflejar en los programas educativos y en los servicios. En este sentido, el Convenio estipula medidas especiales para asegurar la igualdad efectiva entre los pueblos indígenas y todos los otros sectores de una determinada sociedad».¹⁹

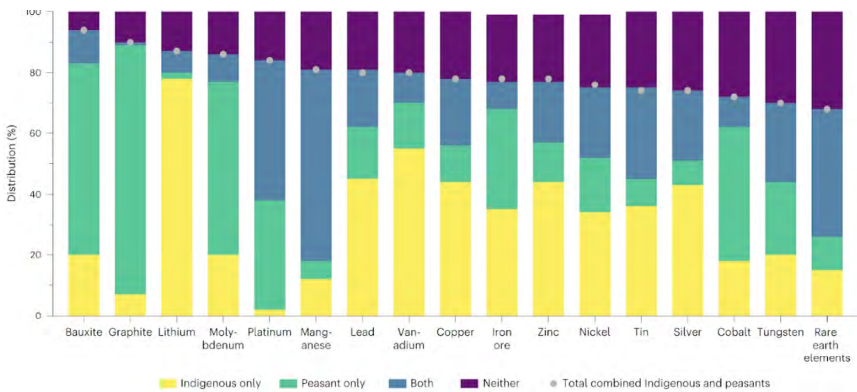
Lo que presentamos en este trabajo es un panorama de casos en que los tribunales nacionales están decidiendo que los estados no han aplicado como corresponde las obligaciones que han asumido en el Convenio. En parte, esto se debería a la ausencia de leyes o reglamentos que definan procedencias claras, consistentes con el Convenio, y consensuadas con las comunidades indígenas y tribales. En parte, porque existen los que aún no quieren cumplir con las obligaciones asumidas por los gobiernos al ratificar el Convenio, es decir compartir la toma de decisiones cuando estas afectan a las comunidades indígenas, o los recursos y territorios que son fundamentales a su sobrevivencia como culturas.

¹⁸ Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (27 jun. 2012), p. 54, http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.

¹⁹ OIT, *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989* (Núm. 169). (2013), p. 3.

En nuestra visión, este no es el camino al desarrollo para los ciudadanos indígenas de nuestros países. Ni es el camino a la paz en estos conflictos trágicos que han durado por siglos.

Notamos que en este momento no hay ningún asunto más importante en las industrias de minerales que el desafío de ubicar, producir, y procesar las enormes cantidades de minerales que necesitamos para la transición a la energía renovable. Una gran parte de estos minerales se encuentra en territorios indígenas, como el dibujo abajo indica... Por lo cual, hay un riesgo importante que, si no reconocemos de forma adecuada los derechos de los pueblos originarios de participar en las decisiones, que el auge de «energía verde» puede llegar a ser una ronda más de la despoblación de los pueblos indígenas por la industria minera.



Owen, J.R.; Kemp, D.; Lecher, A.M. *et al.* Energy transition minerals and their intersection with land-connected peoples. *Nat Sustain* (2022). <https://doi.org/10.1038/s41893-22-00994-6>.

Nuestro grupo de autores es diverso. Hay algunos que han sido defensores de los derechos de comunidades indígenas. Otros han tenido cargos importantes en gobiernos. Y algunos han representado intereses de empresas. Somos de una variedad de países. Y esperamos que esta diversidad de perspectivas nos puede llevar a un entendimiento más profundo de estos importantes asuntos.

I

Reglamentación en Chile de la consulta indígena del Convenio 169 OIT

Sebastián Donoso

La reglamentación del derecho-deber de consulta indígena en Chile, como en otros países de la región, ha sido objeto de múltiples debates. Si bien la ratificación por Chile en 2008 del Convenio N.º 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes («Convenio 169») fue tardía en comparación con varios países de América Latina, Chile se embarcó muy rápidamente en un esfuerzo de reglamentación doméstica del derecho-deber de consulta indígena («consulta indígena»). Y aunque la reglamentación actualmente vigente ha recibido críticas por parte de líderes e instituciones representativas de pueblos indígenas, una de sus notas distintivas es que fue sometida a un proceso de «consulta de la consulta» con los pueblos indígenas antes de su dictación.

Este trabajo tiene por objeto exponer una síntesis del proceso de reglamentación en Chile de la consulta indígena del Convenio 169 en Chile y las que el autor estima son algunas de las principales lecciones aprendidas de dicho proceso, con especial referencia al proceso de «consulta de la consulta» ya mencionado.

Se hace presente, entonces, que este trabajo no busca realizar un diagnóstico acerca del estatus actual de implementación de la consulta indígena en base a la reglamentación vigente, sino aportar una visión global de dicha reglamentación con especial atención a los aspectos que más destacan en su proceso de elaboración tanto en lo sustantivo como procedimental, incluyendo aquellos elementos que podrían ser mejorados.

1. Antecedentes

Como primer paso, es necesario presentar aquellos antecedentes que permiten contextualizar la reglamentación de la consulta indígena en el marco de la legislación aplicable a los pueblos indígenas en Chile. Para ello se revisa en forma sumaria tanto el marco legal como institucional.

1.1. Marco legal

1.1.1. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

La Constitución Política de la República de 1980 no incluye un reconocimiento expreso de la existencia y derechos de los pueblos indígenas. Esta es una sentida demanda de los pueblos indígenas y hasta noviembre de 2019 no había sido posible consensuar entre los pueblos indígenas, el ejecutivo y las fuerzas políticas representadas en el Congreso Nacional, un proyecto de reforma constitucional que tuviera por objeto dicho reconocimiento. Sin embargo, en el marco de la grave crisis social y política desatada en Chile a mediados de octubre de 2019, los principales partidos y fuerzas políticas representadas en el Congreso Nacional suscribieron un acuerdo de alto nivel para generar una nueva constitución, cuya hoja de ruta se inició con un plebiscito¹ que resolvió dos preguntas básicas: un 78,27% votó a favor de generar una nueva constitución, y un 78,99% manifestó su voluntad en orden a que la nueva constitución fuera elaborada por una convención constitucional íntegramente elegida por voto popular. En ese contexto, uno de los aspectos que debía resolverse era el de la participación de los pueblos indígenas en el proceso constituyente. Esta cuestión se resolvió mediante la generación de dos mecanismos de participación de los pueblos indígenas en la convención constitucional: por una parte, se estableció la participación de los pueblos indígenas en la misma convención constitucional a través de 17 escaños reservados (de un total de 155) que representan a los 10 pueblos indígenas reconocidos en Chile; por otra parte, la convención constitucional acordó la realización de un proceso de consulta a los pueblos indígenas respecto al texto de la nueva constitución.²

¹ Inicialmente agendado para el 26 de abril de 2020, fue reprogramado debido a la emergencia sanitaria provocada por la pandemia Covid-19 y finalmente realizado el 26 de octubre del mismo año.

² El proceso de consulta que se realizó fue objeto de numerosas críticas desde distintos actores por su corta duración, bajo nivel de participación y escasa incidencia, considerando que muchas de las normas relativas a pueblos indígenas fueron aprobadas e incorporadas al borrador de nueva constitución incluso antes del inicio del proceso de consulta.

Entre las más de 60 disposiciones relativas al reconocimiento de los pueblos indígenas que se aprobaron y formaron parte de la propuesta de nueva constitución entregada al país con fecha 4 de julio de 2022, dos de ellas consagraban a nivel constitucional del derecho-deber de consulta indígena: una que establecía que «Los pueblos y naciones preexistentes al Estado deberán ser consultados y otorgar el consentimiento libre, previo e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta Constitución», y otra que prescribía que «Los pueblos y naciones indígenas tienen el derecho a ser consultados previamente a la adopción de medidas administrativas y legislativas que les afectasen. El Estado garantiza los medios para la efectiva participación de éstos, a través de sus instituciones representativas, de forma previa y libre, mediante procedimientos apropiados, informados y de buena fe».

Con fecha 4 de septiembre de 2022, en el denominado «plebiscito de salida» que contemplaba el itinerario constitucional, casi un 62% de los votantes se pronunció rechazando la propuesta de nueva constitución.

A la fecha de liberación de este artículo para su publicación, los actores políticos se encuentran negociando los términos de un nuevo itinerario constitucional, en cuyo debate sin duda uno de los temas más relevantes será la incorporación del derecho de consulta.

1.1.2. LEY INDÍGENA DE 1993

En octubre de 1993 entró en vigencia la Ley N.º 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas (también conocida como «Ley Indígena»), cuerpo legal que se podría considerar como la «ley marco» aplicable a los pueblos indígenas de Chile. Esta ley regula una diversidad de materias, pero, en lo que interesa a este trabajo, sólo contiene una norma muy genérica de participación —su artículo 34³— que obliga a los servicios de la administración del Estado a escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas.

³ Artículo 34.—Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley. Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios.

El artículo 34 de la Ley Indígena nunca ha sido objeto de reglamentación y en la práctica ha sido escasamente implementado, salvo en la medida que la primera reglamentación de la consulta indígena en Chile, en 2009,⁴ se implementó formalmente como una reglamentación de dicha disposición.

1.1.3. CONVENIO 169

En el capítulo 2 se explica con mayor detalle el proceso de ratificación y entrada en vigencia del Convenio 169, así como el itinerario y características principales del proceso de reglamentación de la consulta indígena en Chile. Por ahora, conviene resaltar que son dos las disposiciones del Convenio 169 que tienen relación con la consulta indígena y las medidas administrativas de los gobiernos en relación con las actividades productivas: el artículo 6 N.º 1 letra a) y N.º 2, y el artículo 15 N.º 2.

1.2. *Marco institucional*

Conforme a la Ley Indígena, las autoridades y órganos de la administración del Estado con responsabilidades en materia de la política pública hacia los pueblos indígenas son los siguientes:

- (i) Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, CONADI: es un servicio público creado por la Ley Indígena de 1993 encargado de promover, coordinar y ejecutar la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional. Su órgano de dirección superior es un Consejo Nacional formado por 17 miembros, 8 de los cuales son elegidos por los pueblos indígenas. Un Director Nacional, designado por la autoridad ejecutiva, preside este consejo y administra la institución.
- (ii) Ministerio de Desarrollo Social: tiene la responsabilidad de supervisar a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

Sin perjuicio de lo que establece la ley, al nivel del órgano ejecutivo los roles y responsabilidades en materia de la política pública hacia los pueblos indígenas han variado a lo largo de los años como una reac-

⁴ Se trata del Decreto Supremo N.º 124 del Ministerio de Desarrollo Social, de fecha 4 de septiembre de 2009, al que se hace referencia más adelante.

ción a distintas situaciones y crisis. Así, en el período 1993-2000, el director de CONADI tenía un rol principal; entre 2000 y 2006 dicho rol pasó al Subsecretario del Ministerio de Desarrollo Social (entonces Ministerio de Planificación), quien recibió el cargo de «Coordinador de Políticas y Programas Indígenas». En 2008 emergió la figura de un Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas, figura que en 2009 fue reemplazada por un Ministro Coordinador de Políticas y Programas Indígenas, responsabilidad esta última que recayó en el Ministro Secretario General de la Presidencia. Entre 2010 y 2014 adquirió un rol protagónico un Asesor Especial para Asuntos Indígenas basado primero en el Ministerio Secretaría General de la Presidencia y posteriormente en el Ministerio de Desarrollo Social, a la vez que el titular de esta última cartera cobraba nuevo protagonismo, situación que se mantiene hasta la fecha.

Así, en la actualidad, es el Ministerio de Desarrollo Social el órgano que lidera la formulación e implementación de la política pública hacia los pueblos indígenas en Chile, incluyendo todas las materias relacionadas con la consulta indígena, para lo cual cuenta con un departamento especializado denominado «Unidad de Coordinación de Asuntos Indígenas». Lo anterior es sin perjuicio de reconocer el importante rol que cabe a otras carteras en materias como Educación, Salud, Agricultura, Justicia y Derechos Humanos, etc., además de la importancia que adquiere la figura del ministro del Interior cuando se trata de asuntos de seguridad y orden público.

2. Ratificación por Chile del Convenio 169 y reglamentación de la consulta indígena

Revisado el marco legal e institucional que da contexto a la materia de este trabajo, se requiere ahora explicar los principales aspectos del proceso de ratificación por Chile del Convenio 169 y posterior proceso de reglamentación de la consulta indígena.

2.1. Ratificación y entrada en vigencia del Convenio 169

El Convenio 169 fue ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008 luego de casi 18 años de discusión parlamentaria en el Congreso Nacional. Por tanto, conforme a sus disposiciones, el Convenio 169 entró en vigencia en Chile el 15 de septiembre de 2009. Si bien la aprobación en el Senado se condicionó a la formulación de una declaración interpreta-

tiva sobre el alcance del artículo 35⁵ del Convenio 169, dicha declaración interpretativa nunca fue formulada, lo que el gobierno de la época justificó basado en un intercambio de correspondencia con la oficina de la Organización Internacional del Trabajo que le habría generado la convicción en orden a que dicha declaración interpretativa no era necesaria.

Es importante mencionar que entre la aprobación del Convenio 169 por el Senado en marzo del año 2008 y su entrada en vigencia en septiembre de 2019 se generaron —como era esperable— grandes expectativas entre los pueblos indígenas respecto a los impactos que tendría en la normativa doméstica la implementación del tratado. En paralelo, los permisos ambientales o sectoriales que autorizaban el desarrollo de varios proyectos públicos y privados de inversión (algunos de ellos emblemáticos, como la construcción de un nuevo aeropuerto en la región de La Araucanía) fueron impugnados ante los tribunales de justicia con el argumento que no se había dado cumplimiento a la consulta indígena.

En este escenario, al año 2009 se preveían como principales objetivos de una reglamentación de la consulta indígena del Convenio 169 los siguientes:

- (i) Dar cumplimiento a lo establecido en el Convenio 169, particularmente respecto al deber de consulta indígena previa establecida para los gobiernos en el artículo 6 N.º 1 letra a) y N.º 2 de dicho tratado; y
- (ii) Otorgar mayor certeza jurídica a la actividad administrativa y legislativa del Estado, y particularmente al desarrollo de proyectos de inversión.

2.2. *Reglamentación de la consulta indígena*

2.2.1. REGLAMENTACIÓN TEMPRANA DE LA CONSULTA INDÍGENA: EL DECRETO SUPREMO N.º 124 DE 2009

Sólo diez días después de la entrada en vigencia del Convenio 169 en Chile, con fecha 25 de septiembre de 2009, entró en vigencia el Decreto Supremo N.º 124 dictado por el Ministerio de Desarrollo Social, cuyo objetivo era regular la consulta indígena del Convenio 169 («DS 124»)⁶.

⁵ Artículo 35. La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

⁶ El artículo 1.º del DS 124 establecía de la siguiente forma el objeto de esta reglamentación: «Artículo 1.º—Objeto del reglamento. El presente reglamento regula la obli-

Conviene en este punto transcribir el texto del artículo 6.º del Convenio 169 en la parte que consagra el derecho de consulta:

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

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

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

Ahora bien, esta reglamentación no fue sometida a un proceso de «consulta de la consulta», razón por la cual fue duramente criticada y resistida por las principales organizaciones y líderes indígenas. Lo anterior, pese a que el propio DS 124 daba a entender que se trataba de una reglamentación provisoria y que junto con su entrada en vigencia debía iniciarse inmediatamente un proceso de consulta de la consulta.

El DS 124 fue derogado con la entrada en vigencia de la actual reglamentación de la consulta indígena, el 4 de marzo de 2014.

2.2.2. REGLAMENTACIÓN ACTUALMENTE VIGENTE DE LA CONSULTA INDÍGENA

A partir de marzo de 2010, y teniendo a la vista la experiencia que se estaba acumulando con la implementación del DS 124 y la judicialización de proyectos públicos y privados, el gobierno de la época decidió avanzar en dos reglamentaciones de la consulta indígena:

- (i) Reglamentación de la consulta indígena del permiso o licencia ambiental, en tanto principal medida administrativa que autoriza los proyectos de inversión. Este esfuerzo se tradujo en la dictación del Decreto Supremo N.º 40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente, que entró en vigencia el 24 de diciembre de 2013 («DS 40»).

gación de los órganos de la administración del Estado de escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, establecida en el artículo 34 de la ley N.º 19.253. Dicha obligación se materializa en la consulta y la participación de los pueblos indígenas consagradas en el artículo 6 N.º 1 letra a) y N.º 2 y en el artículo 7 N.º 1 oración final del Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, promulgado por medio del decreto supremo N.º 236, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores».

- (ii) Reglamentación de la consulta indígena para el resto de las medidas administrativas y también para las medidas legislativas. Este esfuerzo se tradujo a su vez en la dictación del Decreto Supremo N.º 66/2013 del Ministerio de Desarrollo Social, que entró en vigencia el 4 de marzo de 2014 («DS 66»).

Más adelante se hará referencia con mayor detalle a ambas regulaciones.

2.3. *Consulta de la consulta*

Es importante relevar desde ya que tanto el DS 40 como el DS 66 fueron sometidos a procesos de «consulta de la consulta», sin perjuicio de que más adelante se entregarán algunos detalles de dichos procesos:

- Decreto Supremo N.º 40: La consulta de la consulta del DS 40 se inició en abril de 2011 y culminó en agosto de 2012.
- Decreto Supremo N.º 66: La consulta de la consulta del DS 66 se inició en marzo del año 2011 y culminó el 29 de octubre del año 2013 con la emisión del informe final del proceso.

3. **Elementos críticos en la reglamentación de la consulta indígena**

En este capítulo se presentan los elementos que, conforme a la experiencia chilena, se estiman como críticos en una reglamentación de la consulta indígena del Convenio 169.

3.1. *Consulta de la consulta*

Los procesos son tan importantes como los resultados. La experiencia chilena muestra que el desarrollo previo de un proceso de consulta de la reglamentación de la consulta indígena, también llamado «consulta de la consulta», aparte de ser una obligación es crítico para que la reglamentación goce de legitimidad social y por tanto cumpla el objetivo para el que se dicta. En efecto, si la finalidad de toda consulta indígena es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento respecto a la dictación de la respectiva medida, es clave que la reglamentación misma de la consulta indígena sea a su vez el fruto de un proceso que haya tenido la misma finalidad y que haya tenido como resultado la mayor cantidad posible de acuerdos sobre las materias incluidas en di-

cha reglamentación. En el capítulo 4 se hará referencia a las lecciones aprendidas del proceso de consulta de la consulta en Chile.

3.2. *Contenido de la reglamentación*

Desde un punto de vista de su contenido, son varios los elementos normativos que aparecen como críticos en la reglamentación de la consulta indígena según la experiencia chilena. A continuación, se mencionan los principales.

3.2.1. DEFINICIÓN DE «MEDIDA ADMINISTRATIVA»

Como se advierte en su texto ya transcrito, el Convenio 169 en su artículo 6 N.º 1 letra a) obliga a los gobiernos a consultar las «medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas». Desde este punto de vista, el deber de consulta indígena es una «puerta de doble entrada»: por un lado, requiere definir cuáles son las medidas administrativas sujetas al deber de consulta, y por otro cuándo se entiende que existe «susceptibilidad de afectación directa».

Respecto al alcance del concepto «medida administrativa», es crítico por dos razones: (i) requiere una definición de cuáles, entre las innumerables medidas administrativas dictadas por los gobiernos en el ejercicio de la potestad ejecutiva, son las que deben someterse a consulta indígena, en tanto son las medidas administrativas susceptibles de afectarles directamente las que están sujetas a esta obligación; y (ii) requiere consensuar (o intentar consensuar) con los pueblos indígenas dicha definición.

Aquí se revela una primera e inevitable tensión: por un lado (como regla general) los gobiernos intentan acotar el espectro de actos administrativos incluidos en esta definición y por tanto sujetos a consulta indígena, dado el costo, complejidad y mayores tiempos de tramitación que implican los procesos de consulta indígena; por el otro (también como regla general) los pueblos indígenas aspiran a incluir dentro del alcance de la consulta todas las medidas administrativas que dictan los gobiernos, sin distinciones ni exclusiones *a priori*.

3.2.2. DEFINICIÓN DE «SUSCEPTIBILIDAD DE AFECTACIÓN DIRECTA»

Un segundo elemento de suma criticidad es la definición de «susceptibilidad de afectación directa». De acuerdo con el artículo 6 N.º 1 letra a) del Convenio 169, no todas las medidas administrativas potencialmente afectas al deber de consulta indígena requieren ser sometidas

a esta última, sino sólo aquéllas que son susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas.

Aquí se revela una segunda tensión: por un lado, los gobiernos intentan objetivar al máximo posible las hipótesis en que se considera que existe dicha susceptibilidad, y por el otro los pueblos indígenas defienden que la categoría de susceptibilidad de afectación directa es esencialmente subjetiva y que su concurrencia debe ser evaluada en base a aspectos que sólo pueden ser percibidos o determinados por ellos mismos. Alternativamente, como un mínimo, los pueblos indígenas aspiran a que la definición de susceptibilidad de afectación directa incluya un componente subjetivo, aunque lo sea en combinación con aspectos objetivos.

3.2.3. FINALIDAD DE LA CONSULTA INDÍGENA: LLEGAR A UN ACUERDO O LOGRAR EL CONSENTIMIENTO

Un tercer elemento de particular criticidad es la finalidad de la consulta. Conforme al artículo 6 N.º 2 del Convenio 169, los gobiernos deben efectuar las consultas «con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas». Es fundamental e imprescindible que la reglamentación de la consulta establezca expresamente esta finalidad y estructure las etapas del proceso de modo que tal finalidad efectivamente sea buscada.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en su Observación General 2011 sobre la obligación de consulta del Convenio 169, estableció lo siguiente respecto a la finalidad de las consultas:⁷

«1. las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; **debe producirse un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo;**» (...)

4. deben llevarse a cabo consultas con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas.

De todo lo anterior se desprende que, **las consultas pro forma o la simple información no cumplirán con los requisitos del Convenio.** Al mismo tiempo, dichas consultas no implican un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento» (lo destacado es del autor).

⁷ CEACR OIT (2011): Observación General 2011, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (n.º 169).

Sobre la finalidad de la consulta, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia de fecha 27 de junio de 2021 en el caso «Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador», resolvió que «Las consultas deberán ser llevadas a cabo de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Además, la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como un verdadero instrumento de participación, que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas. La buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros y es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales».

3.2.4. DEFINICIÓN DE LA INCIDENCIA O «VINCULABILIDAD» DE LA CONSULTA INDÍGENA

Un cuarto elemento crítico, estrechamente vinculado al anterior, es la definición del tipo de incidencia o grado de vinculación que genera la participación y opinión entregada por los pueblos indígenas en un proceso de consulta indígena.

Aquí se manifiesta una tercera tensión entre los gobiernos y los pueblos indígenas. Por un lado, los gobiernos afirman su soberanía y por tanto se resisten a que la opinión de los pueblos indígenas pueda operar como un «derecho de veto» respecto a las decisiones que prevén adoptar en ejercicio de dicha soberanía. Por el otro, los pueblos indígenas sostienen que su opinión debe ser vinculante en el entendido que la estándar de incidencia de la consulta indígena —en tanto su fundamento último es el derecho a decidir libremente sus prioridades de desarrollo conforme al artículo 7 del Convenio 169— debiera ser equivalente al estándar de consentimiento previo, libre e informado que establece la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007), asimilando este último a un derecho de veto.

A juicio del autor, esta discusión no está bien enfocada y la vinculabilidad de la consulta indígena debe abordarse de un modo distinto. En efecto, si el resultado de un proceso de consulta indígena es un acuerdo con los pueblos consultados, no puede caber duda de que ese acuerdo es vinculante para el gobierno respectivo. Por otra parte, si el resultado del proceso de consulta es un desacuerdo con los pueblos

consultados, podría afirmarse que el resultado de dicho proceso no es vinculante en el sentido que no implica un derecho de veto, pero puede igualmente entenderse que es vinculante en tanto el gobierno debe necesariamente tener a la vista y considerar la opinión recibida de los pueblos indígenas al dictar la respectiva medida.⁸

3.2.5. PRINCIPIOS APLICABLES

Por último, también es crítica la definición de los principios aplicables a la consulta indígena. Aquí aparece primero el principio de la buena fe que, teniendo fundamento expreso en el Convenio 169, requiere de una mayor densidad normativa que permita transformarlo en un principio operativo de la consulta indígena. También cobra relevancia como principio la búsqueda de simetría o pie de igualdad entre los gobiernos y los pueblos indígenas, porque un proceso de consulta indígena en una «cancha dispareja» hace muy difícil que exista un genuino diálogo y búsqueda de acuerdos. Por último, no puede olvidarse el principio de flexibilidad que emana del artículo 34 del propio Convenio 169, según el cual los gobiernos disponen de un margen de flexibilidad para implementar el Convenio 169 (y la consulta indígena como parte del mismo) considerando las particularidades propias del país, flexibilidad que ciertamente no puede afectar los derechos en su esencia.

4. Lecciones aprendidas de la consulta de la consulta

En el presente capítulo se identifican las principales lecciones aprendidas del proceso de consulta de la reglamentación de la consulta indígena (también conocido como «consulta de la consulta») actualmente vigente en Chile. En efecto, tal como se anticipó, tanto el DS 40 como el DS 66 fueron sometidos a procesos de «consulta de la consulta» antes de su dictación, elemento que se ha indicado como crítico en la reglamentación del derecho-deber de consulta indígena.

⁸ HARTLING, Jay (2017): Guía de buenas prácticas para la Consulta Previa en las Américas, Programa Regional de «Participación Política Indígena» en América Latina, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, pág. 12. Jay Hartling sostiene que una consulta significativa es aquella en que «las partes debieran lograr un acuerdo sobre si procederá o cómo se procederá con el proyecto. Esto incluye acuerdos sobre medidas de prevención y mitigación, así como cualquier compensación y/o beneficios económicos, y otros. No siempre es posible llegar a un acuerdo. En este caso los desacuerdos también debieran ser tomados en cuenta y registrados por el proceso».

4.1. *Importancia de consensuar la metodología*

Una primera lección aprendida es la importancia de consensuar con los pueblos indígenas la metodología de la *consulta de la consulta*, o al menos informarla claramente si no es posible dicho consenso total o parcialmente. Se trata de una cuestión compleja considerando que un proceso de *consulta de la consulta* se realiza habitualmente sin un parámetro normativo a nivel doméstico respecto a la metodología que se debe observar, pues dicho proceso precisamente busca eso. Así, la metodología de la *consulta de la consulta* es importante no solo porque debe garantizar el ejercicio del propio derecho de consulta, sino además porque la falta de acuerdo respecto a la misma podría afectar sensiblemente la legitimidad del proceso y por tanto de todo el esfuerzo envuelto en la reglamentación de la consulta indígena.

4.2. *Criticidad de la representación indígena en el proceso*

Una segunda lección es la criticidad de la representación indígena en el proceso. Es habitual que los pueblos indígenas impugnen o critiquen procesos de consulta por considerar que los participantes indígenas no han sido validados para representarlos o bien no encarnan adecuadamente la pluralidad de visiones que existen entre ellos. Los gobiernos siempre tienen la tentación de invitar a estos procesos a los líderes indígenas con los cuales existe un mejor diálogo y entendimiento, o que tienen una actitud positiva sobre el proyecto o medida de que se trata. Lo anterior implica que pueden quedar fuera del proceso muchas y muy relevantes voces, incluyendo las de aquellas personas que tienen una opinión crítica o negativa del proyecto en cuestión y que por tanto son muy importantes de considerar. Esto último no sólo constituye un problema en sí mismo, sino que además se podría transformar en un motivo para impugnar posteriormente la legitimidad del proceso.

4.3. *Relevancia de instalar un proceso robusto en todas sus etapas y particularmente en las etapas de información, deliberación interna y diálogo para llegar a acuerdos*

Una tercera lección aprendida es la relevancia que tiene que el proceso de *consulta de la consulta* sea lo más robusto posible en todas sus etapas, y particularmente en las etapas de información, deliberación interna de los pueblos indígenas y diálogo entre el gobierno y los pueblos

indígenas, debiendo existir en esta última una disposición genuina de ambos en orden a llegar a acuerdos.

En el caso del DS 66, entre marzo de 2011 y marzo de 2013 la consulta de la consulta tuvo un total de 298 reuniones o talleres informativos y de deliberación interna de los pueblos indígenas. Por su parte, como resultado de la deliberación interna de los representantes indígenas, el gobierno recibió 11 contrapropuestas de reglamentación de la consulta indígena. Más adelante, la etapa de diálogo se manifestó especialmente en la denominada «Mesa de Consenso» con participación de representantes del gobierno y de los pueblos indígenas, la que sesionó entre marzo y agosto de 2013 —con un total de 22 reuniones en 5 meses— y trabajó intensamente revisando cada artículo de la propuesta gubernativa de reglamentación hasta acordar su texto o dejar constancia del desacuerdo respecto a todos o algunos de sus aspectos.

4.4. *Participación de Naciones Unidas y otros observadores*

Otra lección aprendida es la relevancia de incluir en el proceso algún tipo de participación de los órganos relevantes de Naciones Unidas tratándose de derechos de los pueblos indígenas, así como disponer la participación de algún observador externo independiente. Ambas medidas permiten dar mayores garantías a los pueblos indígenas en orden a que el proceso se realizará con respeto a derechos humanos y en particular a los derechos de los pueblos indígenas. En el caso del DS 66, el gobierno de Chile envió la propuesta de reglamentación al Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, quien a su vez envió sus comentarios a la misma y participó además en la sesión de apertura de una de las jornadas de la «Mesa de Consenso» por medio de videoconferencia. Adicionalmente, fueron invitados a participar como observadores los representantes del Sistema de Naciones Unidas en Chile y el Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile, habiendo este último elaborado un informe de su observación en que dio cuenta de los esfuerzos desplegados por ambas partes para llegar a acuerdos.

4.5. *Importancia de la existencia y registro de los acuerdos (y desacuerdos)*

Una lección adicional es la importancia que tiene que el proceso registre explícitamente los acuerdos y desacuerdos. Si al cabo de un proceso de *consulta de la consulta* no hay un documento que registre de manera clara y explícita los acuerdos y desacuerdos que han resultado

de la etapa de diálogo, entonces por un lado será difícil dar cuenta de que el proceso efectivamente se realizó con la finalidad de llegar a acuerdos, y por otro no existirá una evidencia oficial que permita hacer seguimiento y asegurar el cumplimiento de los acuerdos.

4.6. *Importancia de utilizar el lenguaje del Convenio 169*

Otra lección de la experiencia chilena es la importancia de utilizar el lenguaje del Convenio 169, sobre todo en aquellas disposiciones de la reglamentación que se refieren a los estándares normativos y principios fundamentales de la consulta indígena. Hacerlo de ese modo no sólo es consistente con la naturaleza de la reglamentación de la consulta indígena en cuando ejercicio de la potestad reglamentaria de la norma que la motiva —el artículo 6 del Convenio 169—, sino que además genera mayor confianza en los pueblos indígenas.⁹

4.7. *Importancia de la incidencia de los pueblos indígenas en el texto de la reglamentación*

Por último, relacionado con el punto 4.5 anterior, es muy importante que la reglamentación que resulte del proceso de consulta de la consulta pueda evidenciar la forma en que los pueblos indígenas incidieron o influyeron en dicha reglamentación. En el caso del DS 66, dicha incidencia se evidenció en que aproximadamente un 80% de la reglamentación fue consensuado en su texto en la Mesa de Consenso y en consecuencia fue objeto de acuerdos. En el caso del DS 40, la influencia de los pueblos indígenas a través de la consulta de la consulta se refleja por ejemplo en los artículos 5 al 10 y 85 que regulan las hipótesis de impactos significativos o susceptibilidades de afectación que gatillan la necesidad de someter un proyecto de inversión a consulta indígena, las que en el texto originalmente propuesto eran más acotadas y como resultado de la consulta se ampliaron a petición de los pueblos indígenas.

⁹ Un ejemplo de lo anterior es el artículo 2.º del DS 66: «**Artículo 2.º.—Consulta.** La consulta es un deber de los órganos de la Administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente por la adopción de medidas legislativas o administrativas, que se materializa a través de un procedimiento apropiado y de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas susceptibles de afectarlos directamente y que debe realizarse de conformidad con los principios recogidos en el Título II del presente reglamento».

5. Principales elementos de la reglamentación de la consulta indígena en Chile

En este capítulo se exponen los principales elementos de la reglamentación de la consulta indígena en Chile.

5.1. Decreto Supremo N.º 66/2013 del Ministerio de Desarrollo Social — «Reglamento General de Consulta»¹⁰

— *Alcance*: reglamenta la consulta de todas aquellas medidas administrativas distintas del permiso o licencia ambiental, así como la consulta de las medidas legislativas. Por eso se le llama también «reglamento general de consulta». De acuerdo con su artículo 7.º,

«Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 4.º de este reglamento, deberán consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente. (...) Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción; y, cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas» (el subrayado es del autor).

— *Responsable de desarrollar la consulta*: cada órgano de la administración del Estado que va a dictar la respectiva medida.

— *Oportunidad*: antes de la dictación de la respectiva medida.

— *Instituciones representativas de pueblos indígenas participantes*: se identifican en la resolución de inicio de la consulta indígena e incluyen a las instituciones representativas de pueblos indígenas suscep-

¹⁰ Decreto Supremo N.º 66 del Ministerio de Desarrollo Social de fecha 15 de noviembre de 2013, que «Aprueba reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N.º 1 letra a) y N.º 2 del Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica». Fue publicado en el Diario Oficial con fecha 4 de marzo de 2014 y entró en vigencia con la misma fecha.

tibles de ser afectadas directamente según el alcance de la respectiva medida. Las instituciones excluidas pueden solicitar su inclusión y el respectivo órgano debe decidir mediante resolución fundada.

- *Etapas*: se establecen cinco etapas mínimas para todo «procedimiento apropiado» de consulta indígena: (i) planificación del proceso de consulta; (ii) entrega de información y difusión del proceso de consulta; (iii) deliberación interna de los pueblos indígenas; (iv) diálogo; y (v) sistematización, comunicación de resultados y término del proceso de consulta.
- *Plazo para su desarrollo*: cada una de las etapas deberá ser ejecutada en un plazo no superior a 20 días hábiles, pero en la etapa de planificación se puede modificar este plazo con acuerdo de los pueblos indígenas consultados.¹¹
- *Aporte de recursos para mayor simetría o pie de igualdad*: está regulado como parte del principio de la buena fe que es rector de la consulta, según el cual el órgano respectivo debe aportar recursos para favorecer un pie de igualdad en el desarrollo del proceso, de modo que los pueblos indígenas consultados puedan contratar asesores independientes. Los montos a aportar quedan entregados al buen juicio y disponibilidad presupuestaria del órgano respectivo.
- *Participación de privados*: no está regulada explícitamente pero tampoco excluida expresamente.
- *Finalidad*: por expresa disposición de los artículos 2.º, 3.º y 8.º, la finalidad del proceso de consulta debe ser el llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento previo, libre e informado sobre la respectiva medida. De hecho, bajo el título «Cumplimiento del deber de consulta», el artículo 3.º es explícito respecto al estándar que se exige al gobierno:

«El órgano responsable deberá realizar los esfuerzos necesarios para alcanzar el acuerdo o el consentimiento de los pueblos afectados, dando cumplimiento a los principios de la consulta a través del procedimiento establecido en este reglamento. Bajo estas condiciones, se tendrá por cumplido el deber de consulta, aun cuando no resulte posible alcanzar dicho objetivo» (el destacado es del autor).

¹¹ En el caso de la consulta de las medidas legislativas que se deban iniciar por mensaje del presidente de la República, cada una de las etapas deberá ser ejecutada en un plazo no superior a 25 días hábiles, siéndoles aplicable la misma regla de modificación del plazo de la consulta de las medidas administrativas.

- *Registro de acuerdos y desacuerdos*: deben constar en un acta que además debe dar cuenta de los mecanismos y acciones de seguimiento y monitoreo.
- *Implementación*: hasta la fecha se habrían realizado o estarían en ejecución más de 100¹² procesos de consulta indígena bajo esta reglamentación. Los procesos de consulta bajo este reglamento se han concentrado en el Ministerio de Desarrollo Social (organismo que lleva la política en materia de pueblos indígenas), en las carteras sectoriales que administran programas relevantes para los pueblos indígenas como el Ministerio de Educación, o en ministerios cuyas medidas presentan mayor susceptibilidad de afectar directamente a los mismos dada su competencia, como el Ministerio de Obras Públicas, el Ministerio de Bienes Nacionales, el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio y el Ministerio del Medio Ambiente.

5.2. *Decreto Supremo N.º 40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*¹³

- *Alcance*: reglamenta la consulta indígena sólo de la medida administrativa consistente en el permiso o licencia ambiental. Este reglamento tiene un alcance más amplio pues regula el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, uno de cuyos instrumentos de participación es la consulta indígena.
- *Responsable de desarrollar la consulta*: el Servicio de Evaluación Ambiental.

¹² Este es un número aproximado pues no se dispone de una estadística actualizada y de acceso público sobre procesos de consulta indígena desarrollados bajo la actual reglamentación. Un informe encargado por el Gobierno de Chile («Sistematización y análisis de experiencias del ejercicio del derecho de consulta previa desde la institucionalidad en Chile», desarrollado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile) identificó un total de 129 procesos de consulta desarrollados hasta diciembre de 2017. Sin embargo, esta cifra incluye todos los procesos de consulta desarrollados en Chile hasta esa fecha, abarcando la reglamentación anterior y tanto procesos desarrollados por el Servicio de Evaluación Ambiental como por el resto de la administración. Sin perjuicio de lo anterior, según datos extraoficiales obtenidos en el marco de este trabajo, hasta noviembre de 2021 se habían desarrollado o estaban en ejecución un total de 102 procesos de consulta indígena fuera del marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

¹³ Decreto Supremo N.º 40 del Ministerio del Medio Ambiente de fecha 30 de octubre de 2012, que «Aprueba reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental». Fue publicado en el Diario Oficial con fecha 12 de agosto de 2013 y entró en vigencia el 24 de diciembre de 2013.

- *Oportunidad*: antes de la dictación del permiso ambiental, denominado «Resolución de Calificación Ambiental» o «RCA».
- *Instituciones representativas de pueblos indígenas participantes*: se identifican en la resolución de inicio del proceso de consulta indígena. En el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental las instituciones representativas de los pueblos indígenas se denominan *Grupos Humanos Pertenecientes a Pueblos Indígenas* («GHPPI») e incluyen todo tipo de agrupaciones e instituciones, independientemente de su forma de organización, siempre que reciban impactos significativos o susceptibilidad de afectación del proyecto de inversión. Antes y después de la dictación de dicha resolución de inicio, los GHPPI que se consideren con derecho a ser consultados pueden solicitar su inclusión en el proceso y el Servicio de Evaluación Ambiental debe decidir mediante resolución fundada.
- *Etapas*: aplican las mismas etapas que establece el DS 66, por expresa disposición del artículo 8 de este último:

«La resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley N.º 19.300, y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, **se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta**» (el destacado es del autor).

- *Plazo para su desarrollo*: dentro del plazo contemplado para la evaluación ambiental de los proyectos de inversión, pero en todo caso debe terminar antes de la dictación de la Resolución de Calificación Ambiental.
- *Aporte de recursos para mayor simetría o pie de igualdad*: no hay norma expresa en el DS 40 pero se aplica el mismo principio del DS 66. De hecho, el Servicio de Evaluación Ambiental cuenta con disponibilidad presupuestaria para aportar recursos a los GHPPI consultados para este efecto.
- *Participación de privados*: el DS 40 no se refiere a dicha participación, pero sí está incluida expresamente en un instructivo *ad-hoc* dictado en agosto de 2016 que se menciona más abajo y que recomienda —para la etapa de diálogo— la realización de reuniones con los titulares de los proyectos que se han denominado «reuniones tripartitas». Esto tiene sentido y es importante en la medida que los acuerdos que se adoptan en la consulta in-

dígena se refieren a medidas ambientales y compromisos voluntarios que asume y deberá ejecutar el titular del proyecto, y cuyo cumplimiento es fiscalizado por la Superintendencia del Medio Ambiente.

- *Finalidad*: por expresa disposición del artículo 85 inciso 2.º de este reglamento, en el proceso de consulta «participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y **deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento**. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta» (el subrayado es del autor).
- *Registro de acuerdos y desacuerdos*: deben constar en un documento que se denomina «Protocolo de Acuerdo Final» («PAF»), en el que conforme al instructivo que se menciona más abajo «se deja constancia de los acuerdos y desacuerdos finales alcanzados durante la Consulta entre el SEA y el GHPI consultado. El Protocolo deberá contener un capítulo específico en que se dé cuenta de los mecanismos y acciones de seguimiento y monitoreo de los acuerdos alcanzados». Es una práctica creciente, sin embargo, que aquellos procesos de consulta que terminan en un desacuerdo se registren en un documento que se ha denominado «Protocolo de No Acuerdo» («PNA»), título que es más consistente con la naturaleza del resultado del proceso.
- *Implementación*: hasta la fecha se habrían desarrollado o estarían en ejecución 56¹⁴ procesos de consulta indígena bajo esta reglamentación, de los cuales un número importante ha recaído en proyectos de inversión minera y proyectos de generación y transmisión eléctrica.

Mediante Oficio Ordinario N.º 161116 de fecha 24 de agosto de 2016, el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental dictó un «Instructivo sobre Implementación del proceso de consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N.º 169 en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental», que detalla los requisitos, actores, etapas e hitos de dicho proceso.

Por otra parte, el Oficio Ordinario N.º 202199102543 del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, fechado el 19

¹⁴ Ver comentario incluido en nota 12. Sin perjuicio de lo ya dicho, según datos extraoficiales obtenidos en el marco de este trabajo, hasta noviembre de 2021 se habían desarrollado o estaban en ejecución un total de 56 procesos de consulta indígena relativos a proyectos de inversión en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

de julio de 2021, «Imparte instrucciones en relación a la aplicación del artículo 86 del Decreto Supremo N.º 40 de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente». Si bien estas reuniones no son parte estrictamente del proceso de consulta indígena, son claves para varios efectos, uno de los cuales es que pueden generar insumos relevantes para la decisión que debe tomar el Servicio de Evaluación Ambiental respecto a qué GHPPI incluir en el proceso de consulta indígena, o bien respecto a qué afectaciones generadas por el respectivo proyecto deberán ser incluidas en el alcance del proceso.

6. Reflexiones finales y algunas sugerencias de mejora a la reglamentación de la consulta indígena

A continuación, a modo de cierre, se incluyen algunas reflexiones y sugerencias de mejora a la reglamentación de la consulta indígena en base a opiniones expertas basadas en la experiencia acumulada en su implementación. Estas reflexiones y sugerencias se refieren principalmente a la reglamentación de la consulta de la RCA o medida administrativa que autoriza un proyecto de inversión.

6.1. *Mejora continua*

La actual reglamentación de la consulta indígena en Chile representa un esfuerzo institucional importante para dar plena aplicación al derecho-deber de consulta indígena. Sin embargo, como es natural, se trata de una reglamentación que puede y debe perfeccionarse a medida que se acumule experiencia en su implementación. Por otra parte, el hecho que existan aspectos sensibles de esta reglamentación que no fueron objeto de acuerdo con los pueblos indígenas en el proceso de «consulta de la consulta» —como la definición sobre las medidas administrativas sujetas al deber de consulta y la definición de «susceptibilidad de afectación directa»— sugiere que debe existir apertura de todas las partes, pero en especial del Estado de Chile, para seguir dialogando en la búsqueda de consensos sobre dichos aspectos. Desde este punto de vista, se puede decir que toda reglamentación de la consulta indígena debe estar abierta a un proceso de «mejora continua» con miras a introducirle aquellos ajustes que se juzguen como necesarios para lograr procesos que cumplan adecuadamente con el objetivo de la consulta.

6.2. *Alcance de la consulta indígena en relación con la definición de medidas administrativas sujetas a la obligación de consulta y a la determinación de la susceptibilidad de afectación directa*

Tal como se indicó antes, la definición sobre las medidas administrativas que están sujetas a la obligación de consulta y la determinación sobre cuándo existe susceptibilidad de afectación directa son áreas de tensión entre los gobiernos y los pueblos indígenas. Este trabajo no pretende —ni podría— agotar la discusión al respecto. Sí se propone aportar algunas reflexiones que contribuyan a situar adecuadamente el debate.

En efecto, ambas definiciones —alcance de las medidas que requieren consulta y criterios de susceptibilidad de afectación directa— se mueven en un mismo eje: la ampliación o restricción de las hipótesis de medidas administrativas que deben ser sometidas a consulta. En el caso de la consulta indígena de la RCA (medida que autoriza o no a los proyectos de inversión), el profesor Manuel Núñez sostiene que la exigencia de la reglamentación en términos de la «duración», «extensión» o «magnitud» que debe tener una afectación para que proceda la consulta «debe interpretarse como una exigencia objetiva necesaria para mantener el concepto de «afectación directa» dentro de márgenes que impidan vaciar su contenido. Lo anterior es consecuencia natural de las exigencias de proporcionalidad que impiden dos posibles sentidos absurdos del Convenio 169: que todo deba consultarse o que nada deba consultarse. Para evitar el primer extremo (que todo se consulte), estos criterios de significación permiten discernir situaciones irrelevantes en términos de percepción o impacto de aquellas que tiene una entidad suficiente para que razonablemente puedan afectar a un grupo humano. Por otra parte, para evitar el segundo extremo (que nada se consulte) es preciso que estos mínimos de objetivación se complementen con la ponderación de «modos [de afectación] no percibidos por la población del Estado» («ways not felt by others in society») como patrón para discernir la necesidad de la consulta».¹⁵

Una tensión similar se plantea respecto a la naturaleza de los criterios normativos que permiten determinar cuándo existe susceptibilidad de afectación directa. Al respecto, el profesor Núñez plantea que una «combinación de criterios objetivos y subjetivos, a partir de una lectura de la ley que es conforme con el derecho internacional, tiene la ventaja de no dejar toda la ponderación de las premisas de la consulta en manos del Estado (con la consecuente restricción o distorsión que preocupa a los observado-

¹⁵ NÚÑEZ, Manuel (2014): «La consulta indígena en el procedimiento de calificación ambiental: desarrollo reglamentario y configuración judicial», *Anuario de Derecho Público 2014*, Universidad Diego Portales, pág. 329.

res internacionales) ni las condiciones de validez de todas las medidas administrativas a merced de valoraciones puramente subjetivas (con la consecuente incerteza que se derivaría para todas las actividades susceptibles de ser objetadas en razón de los intereses de las comunidades)».¹⁶

La cuestión sobre el alcance de la consulta es y seguirá siendo una materia de debate. En el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, uno de los aspectos que genera mayor tensión es el hecho que la consulta sólo es procedente en proyectos que se evalúan a través de la herramienta denominada Estudio de Impacto Ambiental, en circunstancias que la gran mayoría de las iniciativas de inversión se evalúan a través del instrumento conocido como Declaración de Impacto Ambiental. Si bien lo anterior tiene una racionalidad y justificación regulatoria, no puede desconocerse que es una definición que tensiona el sistema en su conjunto. En el caso de las actuaciones del resto de los órganos de la administración del Estado, uno de los aspectos que tensiona el sistema es la definición regulatoria respecto a en qué medidas es procedente la consulta y cuándo existe susceptibilidad de afectación directa. Sobre todos estos puntos no sólo existe debate académico, sino también decisiones judiciales que han ido evolucionando tal como se comenta sucintamente al final de este trabajo.

6.3. *Recursividad y acceso a la justicia*

La recursividad y acceso a la justicia es uno de los aspectos destacados por el Informe Final de la Comisión Asesora Presidencial para la evaluación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, publicado en 2016:¹⁷ «las comunidades que participan en un proceso de consulta indígena no se encuentran facultadas para recurrir en contra de la RCA, salvo por los recursos establecidos supletoriamente en la Ley N.º 19.880». La reglamentación de la consulta indígena fue la consecuencia de una modificación introducida en el año 2010 a la ley marco ambiental de Chile, a la que siguió la dictación de la ley que creó los tribunales ambientales y definió su competencia. En ambas iniciativas legislativas se omitió consagrar la facultad de los pueblos indígenas que participan en un proceso de consulta indígena a recurrir en contra de la RCA (medida que autoriza o no a los proyectos de inversión) en el

¹⁶ NÚÑEZ, Manuel (2014): «La consulta indígena en el procedimiento de calificación ambiental: desarrollo reglamentario y configuración judicial», *Anuario de Derecho Público 2014*, Universidad Diego Portales, pág. 330.

¹⁷ COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA EVALUACIÓN DEL SEIA (2016): Informe Final, Ministerio del Medio Ambiente, pág. 121.

caso que el derecho de consulta no fuere respetado. Esta omisión no tiene justificación, pues cualquier persona que formula observaciones a un proyecto de inversión en el marco de la participación ambiental ciudadana (procedimiento de participación genérico abierto a personas no indígenas e indígenas) tiene derecho a recurrir en contra de la RCA si sus observaciones no son consideradas. Por tanto, con igual o mayor razón debiera reconocerse ese derecho a los grupos pertenecientes a pueblos indígenas que participan en un proceso de consulta, considerando que este último proceso debe tener por finalidad llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, es decir, un grado de incidencia más fuerte que el que tiene la participación ciudadana general. Debido a esta omisión, los grupos indígenas que quieren resguardar su derecho a reclamar en contra de la RCA se ven obligados a formular observaciones en el procedimiento de participación ambiental ciudadana general, lo que es un contrasentido desde el momento que se ha instaurado un procedimiento participativo —la consulta indígena— que es *ad-hoc* y exclusivo para los pueblos indígenas.

6.4. *Jurisprudencia*

En los primeros años a partir de la entrada en vigencia del Convenio 169 en Chile (2009-2014), sobre todo en el período que transcurrió bajo la vigencia de la primera reglamentación de la consulta, las impugnaciones a decisiones de las autoridades en que según los pueblos indígenas no se había respetado el derecho de consulta se canalizaban casi exclusivamente a través de una acción constitucional conocida como «recurso de protección». A través del «recurso de protección»— los pueblos indígenas impugnaban dichas decisiones argumentando materialmente la omisión de la consulta indígena pero basando la impugnación en la vulneración de garantías y derechos que tienen consagración constitucional, como la garantía de igualdad ante la ley o el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En esta etapa, la mayoría de las impugnaciones reclamaban la omisión absoluta del deber de consulta o impugnaban la idoneidad de procesos de participación ambiental ciudadana a través de los cuales la administración sostenía haber desarrollado la consulta indígena o canalizado la participación indígena.

En la actualidad, si bien siguen existiendo impugnaciones que reclaman la omisión absoluta del deber de consulta indígena, a medida que se robustece la implementación de esta última un número cada vez mayor de acciones son presentadas por grupos pertenecientes a pueblos

indígenas que reclaman su exclusión de los procesos de consulta que sí se han desarrollado. En este contexto, a diferencia de la primera etapa antes mencionada, actualmente un número creciente de acciones se están ventilando en sede administrativa y en los tribunales ambientales, jurisdicción especializada creada en el año 2012. Esta tendencia se ha debido en buena medida a la jurisprudencia de la Corte Suprema, que ha sostenido en numerosos fallos que el recurso de protección es una acción constitucional que está reservada a aquellos casos en que existe la necesidad de una «cautela de urgencia» de derechos fundamentales. De este modo, no habiendo necesidad de dicha «cautela de urgencia», el máximo tribunal ha sentenciado que la vía de impugnación es la de los recursos que deben presentarse ante los tribunales ambientales.¹⁸ Si bien esta jurisprudencia es atendible en el caso de reclamantes que no pertenecen a pueblos indígenas, el problema de recursividad expresado en el punto anterior plantea una situación que requiere ser tratada de un modo distinto. El recurso de protección, sostiene el profesor Núñez, «seguiría siendo la idónea para amparar a aquellas comunidades y demás sujetos que carecen de legitimación activa frente a los tribunales ambientales».¹⁹

Por otra parte, se ha sostenido que existiría un efecto de «desplazamiento de los derechos de los pueblos indígenas» según el cual la judicatura, al pronunciarse sobre casos en que se impugna el cumplimiento de la obligación de consulta en el marco de procesos de evaluación ambiental de proyectos de inversión, ha tendido a enfocarse en cuestiones procedimentales o metodológicas más que en cuestiones sustantivas. El efecto de «desplazamiento se generaría por el uso de interpretaciones restrictivas en torno a la procedencia y naturaleza de la consulta. Como dice Carmona: «En los últimos años, una parte del déficit de la consulta para asegurar la protección de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas en el SEIA se explicaría, hasta cierto punto, a partir del llamado "efecto de desplazamiento". Este efecto se refiere a cómo la consulta desplaza las discusiones sobre cuestiones sustantivas por debates de índole procedimental y metodológico. El problema que surge con este fenómeno es que este desplazamiento es siempre temporal y parcial. Los desacuerdos sustantivos que pudiesen existir entre comunidades indígenas y el Estado sobre un determinado proyecto, por más

¹⁸ Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de fecha 14 de marzo de 2016, rol n.º 37.777-2015.

¹⁹ NÚÑEZ, Manuel (2014): «La consulta indígena en el procedimiento de calificación ambiental: desarrollo reglamentario y configuración judicial», *Anuario de Derecho Público 2014*, Universidad Diego Portales, pág. 328.

que se intente disolverlos o desplazarlos en debates formales, volverán a emerger. Y ello, posiblemente, tanto por vías no violentas —acciones judiciales o administrativas en otras instancias— como violentas —acciones directas/policiales para impedir/asegurar la realización del proyecto—».²⁰

Sin embargo, esta tesis tiene al menos dos problemas: por una parte, no tiene en cuenta que los procesos de consulta indígena que se judicializan son sólo una fracción menor del total de procesos, muchos de los cuales tienen como resultado un acuerdo y no son impugnados, por lo que la teoría del «desplazamiento» sólo podría referirse a ese universo acotado de procesos; por otra, existe una tendencia reciente de los tribunales ordinarios de justicia que va en dirección precisamente contraria de lo que sostiene la tesis del «efecto de desplazamiento», es decir, decisiones que se enfocan en la revisión de aspectos sustantivos más que en cuestiones procedimentales o metodológicas, incluso inobservando disposiciones reglamentarias cuando se estima que limitan el derecho de consulta. En efecto, esta jurisprudencia ha sostenido que la consulta es procedente cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, tal como lo indica el artículo 6.º del Convenio 169, no pudiendo invocarse el derecho interno para incumplir una obligación asumida en virtud de un tratado internacional ratificado por Chile. Así, en un caso resolvió que no resulta atendible lo señalado por la reclamada en cuanto a que en razón del carácter reglado que tiene la aprobación de una solicitud de exploración de aguas subterráneas, este tipo de proyectos no se encuentra comprendido dentro de aquellas medidas administrativas que deben ser consultadas a los pueblos indígenas interesados, ya que la consulta es procedente cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, como lo indica el artículo 6.º del Convenio, no pudiendo invocarse el derecho interno para incumplir una obligación asumida en virtud de un tratado internacional ratificado por Chile.²¹

²⁰ CARMONA, Cristóbal (2020): «Evaluación ambiental, consulta indígena y el “desplazamiento de los derechos de los pueblos indígenas”», *Revista de Derecho* de la Universidad de Concepción, N.º 248, pág. 227.

²¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, 30 de octubre de 2020, «Comunidad Indígena Atacameña de Peine c. Dirección General de Aguas», rol n.º 05-2020 (Cont. Adm.), considerandos 6.º y 7.º; y sentencia del Primer Tribunal Ambiental, 21 de abril de 2021, «Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y Sus Afluentes con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama», rol n.º R-38-2020, confirmada por la Corte Suprema con fecha 13 de diciembre de 2021, rol n.º 35.692-2021.

La experiencia colombiana posterior a la ratificación del Convenio 169 de la OIT

Carlos Cante Puentes

1. Ratificación del Convenio 169 de la OIT

Colombia aprobó el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes por medio de la Ley 21 de 1991, procediendo a su posterior ratificación el 7 de agosto de 1991, basado a su vez en el párrafo del artículo 330 de la Constitución Política que se proclamó casi al mismo tiempo, y que indica que «La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades».

2. Reconocimiento de derechos fundamentales a las comunidades negras

Adicionalmente, como un desarrollo constitucional del mismo Convenio, en 1993 fue promulgada la Ley 70, basados en la noción de que la población negra comparte una historia común y una cultura y en especial unas prácticas tradicionales de producción, lo que sirvió como base para definir su carácter étnico y, así establecer además que sus derechos territoriales, al igual que los de los indígenas, deberían ser colectivos. Esta ley que desarrolló el artículo 55 transitorio constitucional, tuvo como propósito establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico.

nico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana.

Fue así como a través del artículo 3 numeral 3 de la Ley 70 se reconoce a las comunidades negras, raizales y palenqueras el derecho a la consulta previa, libre e informada mediante «La participación de las comunidades negras y sus organizaciones sin detrimento de su autonomía, en las decisiones que las afectan y en las de toda la Nación en pie de igualdad, de conformidad con la ley» igualando sus derechos a los de las comunidades indígenas.

Una de las primeras sentencias que se ocupó del debate sobre la titularidad de los derechos fundamentales de los afrocolombianos y las categorías conceptuales de raza, etnia, cultura y territorio con las que se ha vinculado a su vez su condición de sujetos de especial protección constitucional, ha sido la sentencia T-422 de 1996 cuyos preceptos fueron aclarados y reforzados posteriormente a través de la sentencia C-169 de 2001, que es considerada la primera providencia que circunscribió la etnicidad de las comunidades negras a la caracterización que hizo de ellas la Ley 70 de 1993. La comunidad negra, entendida como un «conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad (...)» fue reconocida, así, como titular de derechos colectivos similares a los que la Constitución y el bloque de constitucionalidad les habían reconocido a las comunidades indígenas.

Desde entonces, Colombia ha venido aplicando, entre otros muchos desarrollos del Acuerdo 169, el mandato sobre consulta previa, libre e informada, sumando cerca de mil quinientas consultas con cerca de nueve mil comunidades.

3. Sobre su reglamentación

Pese a varios intentos por reglamentar la consulta previa, libre e informada en Colombia, no ha sido posible tener una ley estatutaria que establezca los parámetros mínimos para su ejercicio y por tanto, ha sido el desarrollo constitucional el que, a través de diversos fallos de la Corte Constitucional, ha marcado el camino de su implementación por la vía de la interpretación de la jurisprudencia internacional y los mandatos constitucionales, que se han enfocado a la consideración de la consulta previa como un derecho fundamental de las comunidades indígenas, negras, raizales y palenqueras, así como también a las comunidades gitanas o rrom.

Es así como en una de las primeras sentencias que produjo la corte al respecto, la sentencia SU-039 de 1997, reconoce que: «(...) La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social».

Bajo esta premisa, la Corte establece una clara diferenciación entre la actuación administrativa del derecho de participación general que tiene la ciudadanía en los trámites de la licenciamiento ambiental de los proyectos frente al derecho fundamental diferencial a una consulta previa, libre e informada cuando establece «...De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades».

4. Sobre el proceso de la consulta previa

Desde el año 2011 con la sentencia T-129, la Corte se ha venido pronunciando con respecto a los elementos constitutivos mínimos que permiten considerar un adecuado proceso de consulta previa a las comunidades étnicas. En 2015 una nueva sentencia, la T-766 de 2015 reiteró los mismos elementos que finalmente han sido recogidos en la sentencia C-389 de 2016 centrándose en los criterios generales para adelantar el proceso

consultivo en los siguientes términos: «Criterios generales de aplicación de la consulta: (i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (v) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes».

De esta manera, y frente a la imposibilidad de alcanzar acuerdos con las comunidades étnicas en cuanto a la reglamentación del proceso de la consulta previa, el gobierno nacional decidió adoptar en noviembre de 2013 la Directiva Presidencial 010 «Guía para la realización de la consulta previa con comunidades étnicas» que establece los procedimientos de coordinación interinstitucional para el desarrollo de las consultas previas con comunidades étnicas en sus diferentes etapas, que pese a no haber sido un acto administrativo consultado a las mismas comunidades, no ha sido objeto de demanda y por tanto se encuentra vigente sin ser la mejor de las herramientas para llevar a cabo las más de 10 mil consultas que se encuentran pendientes en la actualidad correspondientes a más de mil setecientos proyectos.

Desde el año 2011 el gobierno nacional viene construyendo un proyecto de Ley estatutaria que regule todos los elementos consagrados en la jurisprudencia constitucional, mismo que concluyó en el 2017 con un texto de 124 artículos, sobre el cual hasta la fecha no sido posible llegar a un acuerdo con las comunidades étnicas acerca del proceso mismo de su consulta. Sin embargo, y debido a los diferentes exhortos de los últimos años por parte de la Corte Constitucional, principalmente el establecido en la SU 123 de 2018, donde se ordena al gobierno nacional a realizar ajustes en la institucionalidad de tal manera que se cuente con autonomía administrativa y financiera de la entidad encargada de los respectivos procedimientos que conducen a la realización de las consultas previas, es que por medio del Decreto 2353 de 2019 se creó la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa como una entidad autónoma administrativa

y financieramente y con la función principal de liderar, dirigir y coordinar todo lo que se refiera al ejercicio del derecho a la consulta previa.

Recientemente, el gobierno colombiano advirtió que debido a la crisis generada por la emergencia del COVID-19 era necesario suspender las visitas de verificación y las reuniones presenciales de consulta previa con las comunidades étnicas y mediante circular CIR 2020-29 del Ministerio de Interior se pretendió modificar el procedimiento que se empleaba para realizar las consultas previas pasando de la presencialidad a la virtualidad. Sin embargo, la medida duró poco frente a las manifestaciones de inconformismo de las diferentes organizaciones indígenas y de comunidades afrocolombianas, quienes argumentaron que la medida vulneraba los derechos fundamentales a la consulta previa y por tanto debía ser derogada.

Las comunidades étnicas le recordaron al gobierno colombiano el último pronunciamiento de la Corte Constitucional que en la Sentencia T-038 de 2018 manifestó: «Por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas» y que la virtualidad, con las dificultades propias del acceso a internet en los territorios étnicos, no permitía garantizar una participación activa y mucho menos efectiva. Finalmente, la medida fue derogada poco tiempo después de promulgada con el inconformismo manifiesto de la clase empresarial colombiana.

5. Sobre el momento de la consulta

Según lo establecido por la jurisprudencia y por el Convenio 169 de OIT, para el desarrollo de la actividad minera, en territorios colectivos o con vocación colectiva de comunidades étnicas, el proceso de consulta previa se inicia desde la etapa de prospección. La pregunta que sigue es, ¿antes de celebrar el contrato de concesión minera debe realizarse el proceso de consulta previa?. Ésta por supuesto ha sido una gran discusión durante los últimos años en Colombia, sobre todo, cuando a partir de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas) Colombia pasó de tener dos mil novecientos a cerca de nueve mil títulos mineros en diferentes zonas del país, que llegaron a abarcar cerca del 4% del territorio nacional y muchos de ellos fueron otorgados en territorios colectivos, con la premisa de que la consulta previa se activaba para el momento previo a la etapa de exploración, siempre que en el desarrollo de la actividad se puedan afectar comunidades pertenecientes a los grupos étnicos. De esta ma-

nera para todos era claro que la consulta previa se debía realizar justo antes de iniciar la etapa de exploración, es decir, posterior al otorgamiento del título minero que, valga la pena recalcar, dentro de la legislación colombiana no exige licencia ambiental como tal para el desarrollo de esta etapa, aunque sí una serie de permisos sobre aprovechamientos.

Sin embargo, la línea jurisprudencial cambia radicalmente con la sentencia SU-133 de 2017 cuando la Corte se refiere específicamente al momento de activación de la consulta previa de la siguiente manera: «La Corte, en conclusión, ha encontrado que la delimitación de áreas estratégicas para el ejercicio de la minería, el otorgamiento de contratos de concesión minera, las actividades de exploración, la entrega de licencias ambientales para la explotación, la explotación en sí misma, la adopción de planes de reubicación encaminados a conjurar los efectos contaminantes de la minería y el transporte y acopio de esos recursos han generado impactos sociales, culturales, económicos y ambientales sobre comunidades indígenas y afrodescendientes que, en tanto escenarios de potencial afectación directa, activan la obligación de consulta previa» .

6. Sobre la afectación directa

La procedencia de la consulta previa según lo establecido por el Convenio 169 de la OIT es la afectación directa, la cual se analiza en la sentencia T-766 de 2015 a través de un conjunto de estándares que permiten evaluar si una norma, medida o proyecto afecta directamente a los pueblos indígenas y tribales de la siguiente forma: «(...) La afectación directa a las comunidades indígenas y afrodescendientes por parte de una medida legislativa o administrativa puede verificarse en tres escenarios: (i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales; (ii) cuando a pesar de que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas; y (iii) cuando, aunque se está ante una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede generarse o bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine. (...)»

En este punto, el concepto de afectación directa difiere del de área de influencia, pues este último hace referencia a un requisito meramente técnico que determina los impactos sobre un espacio geográfico en el que se desarrollará un proyecto de exploración y explotación.

Estudio de Caso: Comunidad Indígena Awá La Cabaña versus Consorcio Colombia Energy. Sentencia de Unificación 123 de 2018 de la Corte Constitucional de Colombia.

La comunidad indígena Awá La Cabaña, presentó una acción de tutela contra el Ministerio del Interior, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales —ANLA— y el Consorcio Colombia Energy, por cuanto se adelanta la explotación petrolera, en los pozos áreas Quinde, Cohembí y Quillacinga, sin haber realizado la consulta previa con esa colectividad. El Consorcio Colombia Energy, responsable del proyecto, argumentó que dicha comunidad indígena se encontraba fuera del perímetro del área de influencia, destacando que la licencia ambiental global del proyecto fue otorgada por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en el 2009 y que aquella fue acompañada, como obliga su trámite, por el certificado de grupos étnicos, expedido por el Ministerio del Interior en el año 2008, en el que se señala que no se encuentran comunidades indígenas ni negras en la zona de producción y explotación.

En el fallo de la acción de tutela que se expidió como una sentencia de unificación en octubre de 2018, la Corte Constitucional consideró que se utilizó el área de influencia directa del proyecto para identificar la procedibilidad de la consulta previa, sin advertir que existían efectos que menoscaban a la colectividad Awá «La Cabaña», al lesionar su ambiente, salud y su territorio y por tanto considera un error haberse concentrado en verificar si existía traslape del área de influencia del proyecto con las tierras tituladas de la comunidad, evaluación que descartó la visión amplia y cultural de territorio, al igual que los demás criterios de afectación directa, como son las perturbaciones culturales, ambientales o en la salud de los grupos étnicos diversos, en los términos señalados por la jurisprudencia constitucional.

Finalmente la Corte Constitucional determinó que existió una violación del derecho a la consulta previa a la comunidad indígena Awá «La Cabaña», y que por ser esta una acción omitida, el deber de consulta no desaparece con la iniciación del proyecto pues la obligatoriedad de la misma debe regir todas las etapas de la materialización de los programas y planes, de manera que existe una obligación de mantener abierto los canales de diálogo durante todo el seguimiento del proyecto y que todo cambio sustancial en las condiciones del proyecto que implique la adopción de nuevas medidas o altere significativamente el sentido de las medidas ya tomadas, renueva el deber de consulta previa.

7. Sobre la necesidad del consentimiento previo

La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que en ocasiones el desarrollo de la actividad minera puede afectar intensamente a los grupos étnicos, especialmente en el ejercicio de los atributos de la propiedad, lo que implica necesariamente del consentimiento previo, libre e informado, sin que ello se constituya en un derecho de veto, como cuando en la sentencia C-389 de 2016 señala: «(...) La subregla sobre el consentimiento puede generar algunas inquietudes. Al parecer, ello obedece a que podría resultar incompatible con el principio según el cual la consulta es un diálogo entre iguales y no un derecho de veto consagrado en cabeza de las comunidades indígenas o tribales, de manera que podría surgir una contradicción normativa cuando, en un evento determinado en que es aplicable la regla del consentimiento, una medida no logra alcanzar la aceptación de la comunidad o pueblo interesado pues, en términos prácticos, la medida no puede realizarse, así que la comunidad concernida habría efectuado un veto de la misma. La Corte Constitucional, sin embargo, ha expresado que mientras la consulta previa a las comunidades indígenas es el estándar general, el consentimiento previo, libre e informado es un estándar excepcional que procede en los eventos descritos por la jurisprudencia constitucional y al derecho internacional, asociados al traslado o reubicación de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural o uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios. (...)»

III

Consulta previa en Ecuador: aproximaciones y estado del arte

Daniel Barragán y Volker Frank

1. Evolución de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador y su marco regulatorio

Al hablar del derecho a la consulta previa, libre e informada es importante abordar la relación que tienen tres elementos fundamentales: territorio, recursos naturales y comunidades. El uso que se hace del territorio y de los recursos que este contiene, generalmente incide en los niveles de conflictividad, como en el caso de Ecuador en el que «si bien los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad de las tierras, la propiedad de los recursos del subsuelo se reserva al Estado» (DPLF & Oxfam, 2011, p. 62).

Los conflictos por el territorio y los recursos naturales podrían reducirse, si se consultara a las comunidades. No obstante, en Ecuador, hasta el momento, no se han aplicado consultas previas que estén en acuerdo con las normas internacionales y respeten el derecho de pueblos y nacionalidades indígenas a su autodeterminación (OIT, 2014; CEDA, ASIES & SPDA, 2014). Respecto de la industria minera, Tello (2016) señala que el ciclo de inversiones no considera que «los territorios donde se encuentran los yacimientos mineros no están vacíos, sino ocupados por capital natural y poblaciones locales, que defienden la posesión y vocación productiva de su territorio, así como sus procesos identitarios y los derechos de la naturaleza».

En este contexto, el caso ecuatoriano presenta una larga trayectoria de conflictos asociados a la industria petrolera y plantea nuevos escena-

rios de conflictividad de cara a la expansión de la política minera. Fontaine (2004) recoge casos de oposición, enfrentamiento entre comunidades y rechazo a consultas pre-licitatorias en la industria petrolera en la publicación *Petróleo y desarrollo sostenible en Ecuador*. Por otra parte, en tiempo reciente, la demanda de consulta respecto de proyectos mineros evidencia el ambiente de conflictividad existente.¹

A nivel regulatorio, la Constitución de 1998 ya introducía el reconocimiento de varios derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, entre ellos, el ser consultados sobre «planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente».² Posteriormente, la Constitución aprobada en 2008 reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas el derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada.³

A nivel constitucional se evidencia una evolución positiva en cuanto se establece en la Constitución de 2008 criterios respecto de la razonabilidad del plazo, el objeto de la consulta,⁴ la oportunidad y obligatoriedad de la misma. Sin embargo, también establece que «[...] si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley»,⁵ lo cual «ha generado incertidumbre sobre la forma en que debe proceder el Estado y sobre los requisitos de las decisiones que adopte cuando no cuente con el consentimiento de las comunidades afectadas» (Due Process of Law Foundation & Oxfam, 2011).

En relación a la adopción de medidas legislativas que puedan afectar derechos colectivos, la Constitución establece el derecho de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultados.⁶ Con esta finalidad, el Consejo de Administración Legislativa aprobó el Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa de la Asamblea Nacional.⁷ Si bien el instructivo cumple con requisitos mínimos de la consulta, este mecanismo sirve únicamente como «insumo en favor del legis-

¹ Cabe agregar que la protesta que se ha desarrollado en octubre del 2019 por el aumento del precio del combustible, incluía un rechazo a la expansión de las actividades mineras por parte de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador.

² Constitución Política de la República del Ecuador, 1998. Art. 84.

³ Constitución de la República del Ecuador. Art. 57.

⁴ *Ibíd.* Se establece que la consulta será «sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables».

⁵ *Ibíd.*

⁶ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Art. 57, numeral 17.

⁷ Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa de la Asamblea Nacional. Registro Oficial Suplemento 733 de 27 de junio de 2012.

lativo y como canal de participación directa del colectivo de pueblos y nacionalidades indígenas» (Martínez & Aguilar, 2015).

Por otra parte, la Constitución también reconoce el deber del Estado de consultar de manera previa las decisiones que pueden afectar al ambiente.⁸

A nivel de la legislación secundaria, la Ley Orgánica de Participación Ciudadana (LOPC) replica las disposiciones constitucionales⁹ en cuanto a los aspectos sustantivos fundamentales sobre la consulta: i) a quién consultar, ii) qué y cuándo consultar y iii) los alcances de la consulta (CEDA, ASIES & SPDA, 2014). Sin embargo, estos aspectos sustantivos requieren reglamentarse de forma que se cuente con un marco procedimental claro.

La LOCP hace énfasis en la consulta previa respecto de planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en territorios y tierras de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatoriano y montubio y en la participación de los beneficios que estos proyectos reporten, así como la obligación de recibir indemnizaciones por los perjuicios eventuales que los proyectos puedan causarles.¹⁰ También establece la consulta ambiental a la comunidad respecto de las decisiones estatales que puedan afectar al ambiente.¹¹

En 2012, el gobierno publicó el decreto 1247 para reglamentar la consulta previa en los procesos de licitación de bloques hidrocarburi-

⁸ Constitución de la República del Ecuador. Art. 398.

⁹ Ley Orgánica de Participación Ciudadana. Art. 81. Consulta previa libre e informada. - Se reconocerá y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatoriano y montubio, el derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable.

Cuando se trate de la consulta previa respecto de planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus territorios y tierras, las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatoriano y montubio, a través de sus autoridades legítimas, participarán en los beneficios que esos proyectos reportarán; así mismo recibirán indemnizaciones por los eventuales perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen.

La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento del sujeto colectivo consultado, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Ley Orgánica de Participación Ciudadana, Registro Oficial Suplemento 175 de 20 de abril de 2010. Art. 82. Consulta ambiental a la comunidad. — Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, para lo cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado.

El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes.

ros.¹² La responsabilidad para llevar a cabo la consulta tiene la autoridad competente del sector hidrocarburífero y los sujetos de la consulta son las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas asentados en el área de influencia del proyecto. Los objetivos de la consulta son considerar las observaciones de las organizaciones indígenas y fomentar su participación en la toma de decisión. El plazo de la consulta es máximo 30 días calendarios. Las observaciones justificadas deben ser integradas a los planes de relaciones comunitarias y de manejo ambiental. En el caso de que se lleguen a acuerdos, estos son obligatorios para todas las partes.

Frente al Decreto 1247, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas expresó su preocupación respecto de que el contenido del decreto no fue consultado con los pueblos indígenas y que las actividades previstas «estén limitadas a la socialización de los proyectos y sigan siendo insuficientes para permitir el diálogo intercultural y la expresión del consentimiento de los pueblos y nacionalidades indígenas, en el marco de su derecho a la consulta».¹³ El Comité recomendó suspender el decreto y diseñar las normas respectivas de manera participativa con los pueblos indígenas.

También, es importante mencionar la regulación de la consulta a través del Acuerdo Ministerial 116, del 7 de noviembre de 2016, que establece el Plan de Acción REDD+ «Bosques para el Buen Vivir» y los lineamientos para la implementación de REDD+ en Ecuador. En este marco se plantea a la consulta para la implementación de acciones REDD+, en tierras y territorios colectivos¹⁴ a través de la Guía nacional de consulta para la implementación de acciones REDD+ en tierras o territorios colectivos.

Es interesante el abordaje que se hace en este instrumento, al establecer que «la consulta busca establecer un proceso de diálogo con el colectivo para informar y preguntar sobre el diseño y la implementación de acciones REDD+ en sus tierras o territorios, con el objeto de obtener su consentimiento»,¹⁵ proveer características básicas: obligatoria, previa, libre, informada, participativa, igualitaria y en equidad entre hombres y mujeres, y llevarse a cabo en el territorio del colectivo.

¹² <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/98181/116733/F1965072964/ECU98181.pdf>.

¹³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (13 de diciembre del 2012). Observaciones finales del Comité sobre el tercer informe periódico de Ecuador, aprobada s por el Comité en su 49.º período de sesiones, 14 al 30 de noviembre de 2012. Naciones Unidas.

¹⁴ Acuerdo Ministerial N.º 116, Registro Oficial Edición Especial 985 de 29 de marzo de 2017. Art. 10.

¹⁵ Acuerdo Ministerial N.º 116, Registro Oficial Edición Especial 985 de 29 de marzo de 2017. Anexo 1.

Por otra parte, también aborda los aspectos sustantivos de la consulta:¹⁶

- i) *A quién consultar*: comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano, pueblo montubio, comunas, y otros colectivos que dependen de los recursos de los bosques para su subsistencia.
- ii) *Qué y cuando consultar*: implementación de acciones REDD+. La consulta se realizará de manera previa y se plantea un plazo para que el colectivo analice la información y tome una decisión; el plazo se determinará por las costumbres del colectivo o se podrá dialogar con el colectivo para llegar a un acuerdo.
- iii) *Alcances de la consulta*: lograr el consentimiento del colectivo expresado a través de un Acuerdo o Convenio de Consentimiento.

Vale también señalar la existencia de otros cuerpos normativos que establecen disposiciones relacionadas con la promoción del mecanismo de consulta previa: i) la Ley Orgánica de Recursos Hídricos usos y aprovechamiento del agua establece la obligatoriedad de la consulta «de manera previa, libre, informada, obligatoria y en un plazo razonable a las organizaciones de los usuarios, en todos los asuntos relevantes relacionados con la gestión integrada de los recursos hídricos que les puedan afectar»,¹⁷ ii) el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización establece la obligatoriedad de los gobiernos autónomos descentralizados municipales de regular la consulta previa en el marco de su competencia de explotación de materiales áridos y pétreos¹⁸ y iii) la Resolución Defensorial 21, a través de la cual la Defensoría del Pueblo expide los criterios para la vigilancia del debido proceso en los procesos de consulta previa, libre, informada de buena fe y de la consulta ambiental.¹⁹ Esta Resolución busca vigilar y verificar el debido proceso de las consultas —en sus fases preparatorias y de implementación— a petición de parte.

Desde la perspectiva de regulación del derecho a la consulta previa, libre e informada es importante señalar que en el año 2012 se presen-

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Ley Orgánica de Recursos Hídricos usos y aprovechamiento del agua, Registro Oficial Suplemento 305 de 6 de agosto de 2014. Art. 68.

¹⁸ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Registro Oficial Suplemento 303 de 19-oct.-2010. Art. 141.

¹⁹ Criterios para la vigilancia del debido proceso en los procesos de consulta previa, libre, informada de buena fe y de la consulta ambiental. Registro Oficial 465 de 10 de abril de 2019.

taron en la Asamblea Nacional dos proyectos de ley de consulta; sin embargo, estos no prosperaron (Carrión, 2012). En el primer semestre de 2022, el partido Pachakutik junto con la Defensoría del Pueblo presentó el proyecto de Código Orgánico de Consultas Previa, Libre e Informada.²⁰ Para su elaboración, está previsto que en el último trimestre de 2022 se conforme una mesa técnica entre ambas partes.²¹

2. Desarrollo jurisprudencial de la consulta previa, libre e informada

Frente a una normativa insuficiente para regular la consulta previa en Ecuador, en los últimos años se han presentado una serie de sentencias del sistema judicial que obligarán al Estado ecuatoriano a repensar la práctica de la consulta previa en el futuro.

En 2010, la Corte Constitucional emitió la Sentencia 001-10-SIN-CC respecto a la demanda de inconstitucionalidad presentada por Marlon Santi, en su momento presidente de la Confederación de Nacionalidad Indígenas de Ecuador (CONAIE), y Carlos «Yaku» Pérez, contra la Ley de Minería (2009).²² La sentencia establece algunos criterios para los procesos de consulta como son:²³

- El proceso debe llevarse a cabo y concluir antes de inicio de cada etapa de la actividad.
- Carácter público e informado de la consulta.
- Concertación previa de los pasos del proceso de negociación.
- La definición de la consulta como proceso sistemático de diálogo entre representantes legítimos de las partes.

²⁰ Preense.ec (mayo de 2022): Proponen proyecto de Ley para normar las consultas previa, libre e informada, ambiental, legislativa y popular. Recuperado de <https://preensa.ec/2022/05/11/proponen-proyecto-de-ley-para-normar-las-consultas-previa-libre-e-informada-ambiental-legislativa-y-popular/>.

²¹ Esta mesa técnica no fue convocada hasta la publicación de este texto (marzo de 2023); por la rotura del diálogo entre el movimiento indígena y el gobierno es poco probable que se convoque esta mesa bajo el gobierno actual.

²² García Cevallos, J. (mayo de 2015): La consulta previa como derechos de los pueblos indígenas. Sentencia No. 001-10-SIN-CC, Casos 0008-09-IN y 0011-09-IN (Acumulados) Declaración de inconstitucionalidad por la forma y el fondo de la ley de Minería. Revista de Derecho Ambiental (Universidad de Palermo) 4(1), p. 59-131. Recuperado de https://www.palermo.edu/derecho/pdf/publicaciones/Revista_DerechoAmbiental_Ano4-N1_04.pdf.

²³ Ver: DPLf / Oxfam (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, p. 30. Oxfam: Ciudad de México; y: Bustamante de Almenara, M, y Cabanillas Linares, C. (2017): Buenas prácticas de las defensorías del pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú en procesos de consulta previa, p. 70-1. Defensoría del Pueblo: Lima.

- Obligación para definir previamente los sujetos de la consulta.
- El respeto a los sistemas de autoridad y representación del pueblo consultado.

Respecto al alcance de la consulta, la Corte Constitucional estableció que la «opinión de los pueblos consultados sí tiene una connotación jurídica especial, (...) sin que eso implique la imposición de la voluntad de los pueblos indígenas sobre el Estado» (id. 127). Al respecto, agrega que la opinión del pueblo indígena consultado debería tener un carácter cercano al *soft law* en el derecho internacional y debe ser jurídicamente relevante.

Por otra parte, en 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció en su sentencia del caso *Sarayaku vs. Ecuador* que el Estado incumplió sus obligaciones al no establecer medidas para que el pueblo de Sarayaku pueda participar «en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que incidían o podían incidir en su territorio, vida e identidad cultural y social, afectando sus derechos a la propiedad comunal y a la identidad cultural».²⁴ La ampliación del derecho a la consulta a casos en que un proyecto afecte no solamente en el territorio sino también en la vida e identidad cultural puede llevar a una reconsideración de la aplicación de la consulta para proyectos mineros, hidrocarburíferos y energéticos cuya área de influencia no coincide con un territorio indígena pero que por sus impactos ambientales, sociales y culturales afecte directamente la vida de los pueblos indígenas.

En 2018, la Corte Provincial de Sucumbíos canceló 52 concesiones mineras (20 otorgadas y 32 en trámite) en las que se vulneraron tanto el derecho a la consulta previa como «los derechos constitucionales de la comunidad A'í Cofán de Sinangoe al agua, al medio ambiente sano, a la cultura y territorio, así como los derechos de la naturaleza»,²⁵ ampliando el concepto de afectación ambiental de manera significativa. En la sentencia, se reconoce la vulneración de los derechos del pueblo indígena A'í Cofán de Sinangoe que ha presentado la denuncia en contra de las concesiones mineras ya que las «concesiones otorgadas y aquellas planificadas [...] traerían irrefutablemente consecuencias negativas, impactos negativos, inmediatos, a mediano y largo plazo en perjuicio

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio de 2012): Sentencia - Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.

²⁵ Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.º 0920-19-EP. Auto Sala de admisión. Recuperado de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/BoletinOctubre/0920-19-EP.pdf>.

del medio ambiente y la población que vive en el entorno de las minas y yacimientos, aguas abajo o en la dirección del viento».²⁶ La Corte Constitucional aceptó este caso para generar normativa nacional sobre la consulta previa.

Más recientemente, en julio de 2019, la Corte Provincial del Pastaza sentenció frente a una demanda del pueblo Waorani contra el Estado ecuatoriano respecto a la aplicación del Decreto 1247 que «la consulta no fue realizada con buena fe»; además, estableció que «la consulta no fue intercultural, pues no se respetaron las estructuras internas de toma de decisión de la comunidad».²⁷ También, la sentencia establece una relación entre la consulta previa y la autodeterminación, considerando la consulta previa como una herramienta para que las aspiraciones territoriales, culturales y sociopolíticas sean consideradas por parte del Estado ecuatoriano.

En septiembre de 2021, la Corte Constitucional aclaró que la consulta ambiental estipulada en el artículo 184 del Código Orgánico del Ambiente (2018) «no aplica ni reemplaza al derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas». Adicionalmente, declara inconstitucional un artículo del reglamento al Código Orgánico del Ambiente, ya que pretende regular la consulta previa de manera contraria a lo que ha establecido la Corte Constitucional en sentencias anteriores.²⁸ En este contexto, se refiere específicamente a la sentencia de 2010, y a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2012, ambas resumidas en la parte superior de este capítulo.

Finalmente, en noviembre 2021, la Corte Constitucional del Ecuador declaró la vulneración de los derechos de la naturaleza del Bosque Protector Los Cedros, Cantón Santa Ana de Cotacachi, provincia de Imbabura, como también del derecho a la consulta ambiental. Respecto a la consulta ambiental, la Corte declaró que la consulta debe ser la más amplia y democrática posible, es una obligación indelegable del Estado

²⁶ Quevedo / Ponce (2018): Señores jueces de la sala de lo civil, y mercantil de la corte provincial de justicia de Sucumbios, p. 4. Actualmente, hay una demanda contra esta sentencia en la Corte Constitucional.

²⁷ Amazon Frontlines (2019): 16 comunidades Waorani de Pastaza ganan apelación histórica contra el gobierno ecuatoriano. <https://www.amazonfrontlines.org/chronicles/waorani-ecuador-victoria-apelacion/>; ver también: <https://notimundo.com.ec/corte-provincial-de-pastaza-confirma-fallo-que-veta-ingreso-de-petroleras-en-territorio-waorani/>.

²⁸ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N.º 22-18-IB/21 de 8 de septiembre de 2021. Recuperado de http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBLdGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOic2MTA4MTNhYy1IMTgxL-TQ3YWwEtoGJmYS0wYzZc4ZWI1YzBIZmQucGRmJ30=.

y debe realizarse en acompañamiento de la Defensoría del Pueblo. Además, estableció que la consulta debe realizarse al menos antes del otorgamiento del permiso ambiental y antes de la emisión de la licencia. Finalmente, resolvió que la consulta ambiental debe cumplir, con todo lo que le sea aplicable, con los parámetros de la consulta libre, previa e informada.

***Sentencias destacadas N.º 1149-19-JP/21*²⁸**

En 1994, se declaró como Bosque Protector Los Cedros un área de 6.400 hectáreas en el municipio de Cotacachi, provincia de Imbabura. Es un área protegida privada con alta biodiversidad.

En 2017, el Ministerio de Minería otorgó concesiones de minerales metálicos y en el mismo año el Ministerio del Ambiente emitió el registro ambiental para la fase de exploración inicial del proyecto minero. Frente a este otorgamiento, el Municipio de Cotacachi presentó una acción de protección contra el Ministro de Ambiente y la Empresa Nacional Minera del Ecuador (ENAMI EP) por afectar los derechos de la naturaleza al permitir la actividad minera dentro del Bosque Protector. Además, indicaron que no se había cumplido con las normas constitucionales sobre la consulta ambiental y sobre la consulta de pueblos y comunidades indígenas.

En junio de 2019, la Corte Provincial de Imbabura falló a favor del Municipio de Cotacachi, alegando la falta de una consulta ambiental. A pesar de este fallo, la ENAMI EP continuó con las actividades de exploración, y, paralelamente, interpuso una acción ante la Corte Constitucional para apelar la sentencia en su contra.

En noviembre 2021, la Corte Constitucional ratificó la sentencia de la Corte Provincial de Imbabura, y dejó sin efecto los permisos para las concesiones mineras en el Bosque Protector Los Cedros.

La Corte Constitucional concluyó que la consulta ambiental debe ser la más amplia y democrática posible, que es el Estado que debe realizar la consulta, que la consulta debe desarrollarse antes de todas las fases de la actividad minera, y que debe cumplir con los parámetros de la consulta previa, libre e informada.

²⁹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1149-19-JP/21. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/boletines-de-prensa/item/1262-caso-nro-1149-19-jp-21-revisi%C3%B3n-de-sentencia-de-acci%C3%B3n-de-protecci%C3%B3n-bosque-protector-los-cedros.html>

Sentencia N.º 22-18-IN/21²⁹

La Coordinadora Ecuatoriana de Organizaciones para la Defensa de la Naturaleza y Ambiente, la Asociación Animalista Libera Ecuador y Acción Ecológica presentaron una acción pública de inconstitucionalidad respecto de los artículos 104 (7), 121, 184 y 320 del Código Orgánico del Ambiente en junio de 2018. En abril de 2019, la Corte Constitucional admitió a trámite la causa. Más adelante, en junio de 2019, los accionantes presentaron un escrito a la Corte informando que, mediante decreto ejecutivo N.º 752 de 21 de mayo de 2019, se expidió el Reglamento del Código Orgánico del Ambiente que regula los artículos 104 (7) y 184 del Código que han sido impugnados y solicitaron se declare la inconstitucionalidad de sus artículos 278, 462 y 463. El 8 de septiembre de 2021, la Corte Constitucional acepta parcialmente la acción pública de inconstitucionalidad presentada. En lo pertinente al derecho a la consulta previa, la Corte dictaminó que «el artículo 184 del Código Orgánico del Ambiente no aplica ni reemplaza al derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; y será constitucional siempre que su finalidad y su contenido se interprete y se complemente con la norma constitucional que establece el derecho a la consulta ambiental, la jurisprudencia de la Corte sobre consulta previa aplicable, las normas del Acuerdo de Escazú y con lo establecido en esta sentencia, que determinan los elementos necesarios para garantizar este derecho». Previamente en su análisis, la Corte señaló que si bien el artículo 184 no hace una expresa mención a la consulta previa ni a la consulta ambiental, este se encuentra dentro del capítulo referente a los instrumentos de la regularización ambiental, por lo que se refiere a la participación ciudadana dentro de decisiones administrativas sobre las cuales recaen los derechos a la consulta previa y la consulta ambiental. En este sentido la aplicación de la norma puede llevar a equívocos, dado que, desde el punto de vista de la Corte, su alcance no incluye ni debe reemplazar a la consulta previa a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias. Además, señaló que cuando se trate de pueblos indígenas, se aplicarán los artículos impugnados y se procederá aplicar los estándares propios del derecho a la consulta previa.

³⁰ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N.º 22-18-IB/21 de 8 de septiembre de 2021. Recuperado de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=22-18-IN/21>.

En cuanto, al artículo 462 del Reglamento del Código Orgánico del Ambiente, la Corte evidencia que su propósito es regular el derecho a la consulta previa, lo cual es contrario al principio de reserva de ley orgánica, a lo establecido en el artículo 57 (7) de la Constitución, a lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte y a los elementos esenciales que debe tener el derecho de acuerdo con la sentencia del Caso Sarayaku vs. Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo cual declaró su inconstitucionalidad.

3. Participación ciudadana frente a la consulta previa, libre e informada

La consulta previa, libre e informada se concibe como un «mecanismo de participación en materia ambiental con dedicación especial a los pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianos» (CEDA, ASIES & SPDA, 2014), particularmente por viabilizar el derecho a la protección y acceso a los recursos que se encuentran en sus territorios, fundamentales para la «supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dichos pueblos» (CIDH, 2017). Desde una perspectiva de democracia ambiental la consulta previa, libre e informada persigue la mayor apertura, inclusión y participación de las personas en las decisiones sobre el uso y aprovechamiento de los recursos naturales.

En el caso ecuatoriano, la Corte Constitucional clarificó en 2010, a través de Sentencia_001-10-SIN-CC, los distintos niveles de participación que existen —con reconocimiento constitucional— en cuanto a la adopción de medidas administrativas y legislativas. En particular la Corte Constitucional señaló tres tipos de consulta que es necesario diferenciar en término de su finalidad como mecanismo de participación ciudadana: i) consulta previa, incluida la consulta prelegislativa, ii) consulta popular y iii) consulta previa ambiental.

La consulta previa, reconocida en el artículo 57 de la Constitución, es propia de los derechos colectivos de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, y diferencia la consulta frente a medidas administrativas y frente a medidas legislativas:

[...] Art. 57. 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La

consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

[...] Art. 57. 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

En el caso de la consulta prelegislativa, la Corte Constitucional considera que ésta constituye un requisito previo de carácter substancial, no formal, y *sine qua non* que condiciona la constitucionalidad de cualquier de índole legislativa que pudiera afectar derechos colectivos.

La consulta popular por su parte se establece como un mecanismo de democracia directa, para el ejercicio de derechos de toda la ciudadanía en cualquier ámbito.³¹ De igual forma la consulta ambiental³² se orienta a la comunidad en general, sin diferenciación alguna, respecto de decisiones o autorizaciones del Estado que puedan afectar al ambiente. Así, tanto la consulta popular como la consulta ambiental se diferencian de la consulta previa principalmente por la no diferenciación del sujeto a ser consultado: es abierta a toda la ciudadanía y no solo a comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianos.

En materia ambiental el Código Orgánico del Ambiente reconoce adicionalmente una participación ciudadana informada en dos ámbitos: uno relacionado con el ciclo de las políticas ambientales³³ y otro ligado a los procesos de regularización ambiental de proyectos, obras o actividades.³⁴

Respecto del primer ámbito, se establece dos mecanismos concretos de participación ciudadana en la gestión ambiental para la deliberación pública entre el Estado, en sus diferentes niveles de gobierno, y la sociedad: i) el Consejo Ciudadano Sectorial, para el Sistema Descentralizado de Gestión Ambiental; y, ii) los Consejos Consultivos Locales, para la formulación, observación, seguimiento, veeduría y evaluación de las políticas públicas en materia ambiental de los Gobiernos Autónomos Descentralizados.

En lo que respecta a la regularización ambiental el Reglamento al Código Orgánico del Ambiente establece el proceso de participación ciudadana,³⁵ señalando su obligatoriedad en obras o actividades de me-

³¹ Constitución de la República del Ecuador. Art. 104.

³² Constitución de la República del Ecuador. Art. 398.

³³ Código Orgánico del Ambiente, Registro Oficial Suplemento 983 de 12-abr.-2017. Art. 18.

³⁴ Código Orgánico del Ambiente, Registro Oficial Suplemento 983 de 12-abr.-2017. Art. 184.

³⁵ Reglamento al Código Orgánico del Ambiente. Registro Oficial Suplemento 507 de 12 de junio de 2019, TÍTULO IV Proceso de Participación Ciudadana para la Regularización Ambiental.

diano y alto impacto ambiental³⁶ orientado a recoger opiniones y observaciones de la población del área de influencia directa³⁷ a los Estudio de Impacto Ambiental. En este contexto el Reglamento también establece los mecanismos de participación ciudadana aplicables a los procesos de regularización ambiental, entre ellos: asamblea de presentación pública, talleres de socialización ambiental, reparto de documentación informativa, página web, Centro de Información Pública y prevé otros futuros que puedan establecerse posteriormente a través de norma técnica.

4. La consulta popular en el ámbito minero

La consulta popular en Ecuador es una herramienta jurídica para someter normas o actos administrativos al voto popular. El procedimiento, el sujeto de la consulta y el objetivo son diferentes a la consulta previa, libre e informado.

Este mecanismo de democracia directa está garantizado a nivel constitucional³⁸ y regulado en la Ley Orgánica de Participación Ciudadana³⁹ y en la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas (Código de Democracia).⁴⁰ El voto en la consulta popular es obligatorio y el resultado vinculante, si se lo aprueba con la mitad más uno de los votos válidos emitidos.⁴¹ La consulta popular puede ser convocada por el Presidente de la República, por los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GAD) con tres cuartas partes de sus integrantes, o por iniciativa ciudadana con un respaldo de firmas a nivel nacional de un 5% de las personas inscritas en el registro electoral, y a nivel local con el 10% respectivo.

Los temas sobre los que se puede convocar una consulta popular son definidos de manera bastante amplios. La Constitución prevé la consulta previa en asuntos de trascendental importancia. La Ley Orgánica de Participación Ciudadana indica que los GAD pueden someter los temas de interés para su jurisdicción a consulta popular, y la consulta por

³⁶ Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, Registro Oficial Suplemento 507 de 12 de junio de 2019. Art. 464.

³⁷ Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, Registro Oficial Suplemento 507 de 12 de junio de 2019. Art. 467.

³⁸ Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Art. 104.

³⁹ Ley Orgánica de Participación Ciudadana, Registro Oficial Suplemento 175 de 20 de abril de 2010. Arts. 19-24.

⁴⁰ Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Registro Oficial Suplemento 578 de 27 de abril de 2009. Arts. 25, 195,

⁴¹ Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Registro Oficial Suplemento 578 de 27 de abril de 2009. Art. 195

iniciativa ciudadana se puede referir a «cualquier asunto». Solamente, se exceptúan asuntos relativos a tributos, a gasto público del gobierno central o a la organización político administrativa del país. En cualquier caso, la Corte Constitucional tiene la última decisión sobre el carácter de las preguntas de la consulta popular y su viabilidad respectiva.⁴²

En los últimos años, opositores a las actividades extractivas han utilizado la consulta popular para buscar el voto ciudadano para dirimir sobre la existencia de proyectos mineros a nivel local. No obstante, aún no existe certeza jurídica sobre si la aplicación de este mecanismo sobre este tipo de asuntos es constitucional. Hasta ahora, la Corte Constitucional emitió varios fallos.

Respecto a la consulta popular en el cantón Girón, que fue permitido por el Consejo Nacional Electoral, la Corte Constitucional declaró el 18 de marzo del 2019 que este caso fue enviado en 2012 y que la anterior Corte Constitucional no decidió sobre el mismo. Por la tanto, la tramitación del caso sobrepasó el límite temporal previsto en el artículo 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. A partir de aquello, se concluyó que la Corte Constitucional carece de competencia para dictaminar sobre la constitucionalidad de las preguntas.⁴³

La segunda vez que la Corte Constitucional emitió un dictamen sobre la constitucionalidad de la consulta popular para el tema minero fue el 20 de junio del 2019.⁴⁴ Un grupo de ciudadanos pertenecientes a las parroquias de Lita, Carolina, Jijón y Caamaño, y Goaltal de las provincias de Carchi e Imbabura, preguntó por la constitucionalidad de una pregunta sobre proyectos mineros. La Corte rechazó el pedido por considerar que la formulación de la pregunta no cumplía con los requisitos previstos en la normativa.⁴⁵ La Corte Constitucional aclaró que, «la Corte no ha entrado a examinar y decidir sobre la procedencia constitucional o no de consultas populares sobre minería».

⁴² En un dictamen del 16 de abril de 2019, la Corte Constitucional cambió el procedimiento. Mientras anteriormente los solicitantes de una consulta popular debían primero entregar las listas con las firmas a la Corte Electoral, ahora el primer paso es que la Corte Constitucional decide sobre la constitucionalidad de las preguntas. Recién en un segundo paso, si el dictamen es favorable, se procede a la recolección de firmas.

⁴³ http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2014/004-14-DCP-CC/REL_SENTENCIA_004-14-DCP-CC.pdf.

⁴⁴ <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/pdf2.php?fc=http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/89a2fd83-8425-42b8-beb2-5f699e275cb3/0002-19-cp-dic.pdf?guest=true>.

⁴⁵ Los requisitos se encuentran en los artículos 104 y 127 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009).

Finalmente, en septiembre de 2019 la Corte Constitucional decidió sobre el pedido a consulta popular sobre actividades mineras en áreas ecológicamente frágiles en la provincia de Azuay.⁴⁶ En su dictamen la Corte rechazó la consulta popular ya que no cumplía con los requisitos formales en la formulación de la pregunta.⁴⁷ La Corte indicó que la pregunta «no provee al elector con información específica que permita contextualizar la problemática concreta» y con eso no se garantizara la plena libertad al elector.⁴⁸

No obstante, en el dictamen se afirmó que la consulta popular puede aplicarse a actividades mineras. En un apartado propio de la sentencia, la Corte se refirió al derecho de la ciudadanía a la participación y a los derechos de la naturaleza, consagrados en la Constitución. Adicionalmente, indicó que las competencias de los GAD están relacionadas con la gestión de los recursos minerales. La Corte determinó que en el futuro decidirá respecto de solicitudes de consulta popular sobre actividades mineras «caso a caso» y verificará «que la consulta propuesta no incurra en prohibiciones constitucionales, que el asunto sea adecuado para la vía propuesta, que no se reforme la Constitución ni se violen o restrinjan derechos y garantías constitucionales».⁴⁹

En un caso reciente, el 12 de enero de 2022 la Corte Constitucional resolvió respecto de dos solicitudes de consulta popular sobre la explotación de minería metálica en los regímenes: artesanal, pequeña, mediana y gran escala, dentro de los territorios de las parroquias de Nono, Calacalí, Nanegal, Nanegalito, Gualea y Pacto, que conforman la Mancomunidad del Chocó Andino. La Corte dictaminó la procedencia de las consultas populares enfatizando que los efectos de la misma, de ser afirmativo, serán «únicamente hacia el futuro y no podrán exceder el ámbito de competencias constitucionales y legales fijadas para cada nivel de gobierno, lo cual incluye a los gobiernos autónomos descentralizados y el gobierno nacional».⁵⁰

⁴⁶ La pregunta planteada fue: ¿Está Usted de acuerdo con la prohibición, sin excepción de actividades de prospección, exploración y explotación de minera metálica en fuentes de agua, zonas de recarga, descarga y regulación hídrica, páramos, humedales, bosques protectores y ecosistemas frágiles en la provincia de Azuay?

⁴⁷ <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/3ace9ac3-28f9-4bc4-99e0-05a00073cc78/0009-19-cp-dictamenyvotoconcurrente.pdf?guest=true>

⁴⁸ Dictamen, p. 13.

⁴⁹ Dictamen, p. 12.

⁵⁰ Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 7-21-CP y acumulado/22 de 12 de enero de 2022. Recuperado de http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcBldGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOic3ZmFhMzk0Mi1YjdmL-TQ4YzYtODVjZS02ZmQ1ODkwYjcxZGEucGRmJ30=.

5. Reflexiones finales: el futuro de la consulta previa, libre e informada en Ecuador

Las recientes sentencias en el ámbito judicial evidencian la necesidad de mejorar el procedimiento de la consulta previa, libre e informada vigente en Ecuador, tanto a nivel administrativo como legislativo, y regularlo de forma apropiada de conformidad con «las disposiciones constitucionales, sentencias de la Corte Constitucional, de la CIDH, Convenio 169 de la OIT y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas» (Carrión, 2012).

De la misma manera, se rescatan precedentes importantes de reglamentación de la consulta previa a nivel nacional, como, por ejemplo, el procedimiento previsto en el marco del Plan de Acción REDD+. Este reglamento se constituye en una experiencia que abre oportunidades para avanzar en una normativa para la consulta previa que supere las limitantes del decreto 1247 (2012).

La regulación del derecho de consulta previa, libre e informada debe realizarse a través de Ley Orgánica, al regular derechos colectivos, y debe necesariamente establecer mecanismos claros y objetivos que garanticen la aplicabilidad efectiva de los derechos colectivos con el fin de disminuir la tensión social existente y evitar a futuro el escalamiento de conflictos socioambientales (CEDA, ASIES & SPDA, 2014; Carrión, 2012). En cualquier caso, es necesario diferenciar la regulación de la consulta previa frente a medidas administrativas y a medidas legislativas, tal como lo establece la Constitución y la Sentencia 001-10-SIN-CC de la Corte Constitucional, para que no se restrinja en estos dos ámbitos su alcance, aplicación y cumplimiento efectivo del derecho.

Contar con una regulación clara y objetiva es importante en el contexto social, político y económico del país. El escalamiento de conflictos sociales, sea por la extracción de recursos naturales o por impactos reales y potenciales a ecosistemas y recursos naturales da cuenta de la necesidad de contar con mecanismos que eviten la vulneración de derechos colectivos, pero también que garanticen un uso y aprovechamiento de los recursos naturales por parte de toda la población.

Frente a esta situación, se encuentra en trámite, desde mayo de 2022, el proyecto de Ley Código Orgánico de Consulta Previa Libre e Informada, Ambiental y Legislativa, como iniciativa conjunta entre la Asamblea Nacional y la Defensoría del Pueblo.⁵¹ Adicionalmente, es im-

⁵¹ <https://prensa.ec/2022/05/11/proponen-proyecto-de-ley-para-normar-las-consultas-previa-libre-e-informada-ambiental-legislativa-y-popular/>.

portante impulsar un proceso de diálogo intercultural de buena fe sobre la consulta previa, libre e informada y superar la dicotomía sobre el alcance de la consulta y su carácter vinculante o no vinculante.

Las protestas de octubre de 2019, bajo el liderazgo de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), como el paro nacional de 2022 evidenciaron la desconfianza que existe entre el sector indígena y el sector gubernamental. El diálogo sobre la consulta requiere un cierto nivel de confianza y la disponibilidad de todas las partes para aceptar un eventual acuerdo y traducirlo en política pública.

Uno de los elementos fundamentales que se debe considerar se relaciona con las capacidades de los actores vinculados. En el caso del Ecuador, si consideramos el desarrollo jurisprudencial de la consulta que se ha evidenciado en los últimos años, un reto importante se relaciona con el fortalecimiento de la judicatura y el desarrollo de capacidades específicas en los administradores de justicia que les permita resolver de manera efectiva y expeditar casos relacionados con la vulneración del derecho a la consulta.

IV

Algunas aproximaciones sobre la implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú

Flavia Noeovich

1. Introducción

El Perú fue uno de los primeros países en ratificar el Convenio 169 de la Organización internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169), mediante Resolución Legislativa 26253, del 2 de diciembre 1993, iniciando su vigencia el 2 de febrero de 1995. Ello coincidió con la apertura a la inversión extranjera y una serie de decretos legislativos que facilitaban, entre otras, actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, con grandes expectativas sobre yacimientos de gas. Las experiencias a nivel internacional y anteriores actividades extractivas en el país pusieron en evidencia la vulnerabilidad de los derechos de los pueblos indígenas, pero también la efectividad de las campañas promovidas por organizaciones internacionales. Ello fue determinante para que las empresas que aterrizaron en el Perú vinieran con una agenda social y ambiental más avanzada que la que existía en el país en ese momento, dando inicio a un nuevo debate sobre los derechos colectivos a la luz del Convenio 169. Asimismo, los años 90 y 2000 marcaron el inicio de un desarrollo legislativo en materia ambiental alineado a los compromisos internacionales asumidos en la Cumbre de Río de 1992, incluyendo la regulación de los estudios de impacto ambiental, participación ciudadana, acceso a la información e incorporación de derechos para los pueblos indígenas en la legislación ambiental.

Sin embargo, la implementación de la consulta previa establecida en el Convenio 169 debió esperar varios años, hasta el 2011 en que se aprueba la Ley de Consulta Previa, luego de un largo y difícil camino de debates, conflictos y negociaciones. El Tribunal Constitucional tuvo también un rol en la interpretación de los alcances de la consulta, con algunas sentencias controvertidas y contradictorias, pero también marcando posiciones y evidenciando un proceso de reflexión y aprendizaje al más alto nivel de los tres poderes del Estado.

En el presente documento se explica brevemente el marco legal referido a la consulta previa en el Perú, mencionando las principales sentencias del Tribunal Constitucional y ejemplos de casos de consulta previa, así como algunas reflexiones sobre las dificultades y retos que aún subsisten para la implementación efectiva del Derecho a la Consulta Previa establecido en el Convenio 169.

2. Antecedentes: del Convenio 169 a la Ley de Consulta Previa

El Convenio 169 de la OIT fue ratificado en 1993 y entró en vigor en el Perú en febrero de 1995. Entre ambas fechas, el Perú promulgó en 1993 una nueva Constitución que entró en vigencia el 1 de enero de 1994, y una serie de decretos legislativos que regularían diversos temas ambientales y sobre actividades extractivas. Pese a la coincidencia en el tiempo, ninguna de estas normas desarrolló o tuvo en cuenta las disposiciones del Convenio 169.

Aun cuando la Constitución de 1993 no estableció con claridad el rango constitucional de los tratados internacionales, posteriores sentencias del Tribunal Constitucional (TC)¹ señalaron que los tratados sobre derechos humanos tienen rango constitucional. Expresamente la sentencia recaída en el expediente N.º 03343-2007- PA/TC (ver cuadro 1) reconoce el rango constitucional del Convenio 169 de la OIT y, además, exhortó al Congreso de la República a desarrollar una legislación sobre consulta previa. El reconocimiento del rango constitucional del Convenio implicaba que este debía ser aplicado por el Estado, sin estar condicionada su implementación a un desarrollo legislativo (La Rosa Calle, 2012).

Además, la Constitución en su Disposición Final Cuarta señala que las normas constitucionales relativas a derechos y libertades deben ser interpretadas de conformidad con los tratados sobre la misma materia. Por lo tanto, las disposiciones de la Constitución aplicables a los pueblos indíge-

¹ Sentencia recaída en los expedientes N.º 0025-2005-PI/TC y N.º 0026-2005-PI/TC.

nas deberán interpretarse a la luz del Convenio 169. Ello ha permitido interponer acciones ante el TC por incumplimiento de las disposiciones del Convenio 169, obligando al Tribunal a sentar posición y reflexionar sobre el tema de la consulta, aun cuando algunas de sus sentencias han sido contradictorias y sus interpretaciones discutibles (La Rosa Calle, 2012).

CUADRO 1

Caso: Cordillera Escalera

Expediente: N.º 03343-2007-PA/TC

Demandante: Hans Bustamante Johnson

Demandados: Talisman Petrolera del Perú, LLC Sucursal del Perú; Repsol Exploración Perú, Sucursal del Perú y Petrobras Energía Perú S.A

Relevancia: Reconoce el rango constitucional del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes

Asunto: Demanda de amparo por amenaza a los siguientes derechos constitucionales: a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida; a la vida, el libre desarrollo y el bienestar; a la protección de la salud, del medio familiar y de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa; a exigir del Estado la promoción de la conservación de la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas; a la alimentación y al agua.

Preensión del demandante: que se reponga el estado de las cosas al momento en que se inició la afectación de los mencionados derechos y se suspenda la explotación y eventual exploración de hidrocarburos en el lote petrolero (103) que se superpone con el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera (creada mediante Decreto Supremo 045-2005-AG).

Fundamentos relevantes sobre derechos colectivos

Si bien este caso versa sobre el derecho a un ambiente equilibrado reclamado por un ciudadano y no por una comunidad (la sentencia declaró fundada la demanda), el TC consideró pertinente pronunciarse, de manera tangencial, sobre los derechos de los pueblos indígenas, basándose en un informe técnico del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social que informaba de la presencia de 64 comunidades nativas pertenecientes a la etnia Cocama Cocamilla y Chayahuita en

el lote 103 (Fundamento 26). Ello motivó que el TC incluyera en el análisis de los derechos constitucionales afectados el derecho constitucional a la identidad étnica y cultural, y su relación con el Convenio 169 y la consulta previa.

Relevancia de la sentencia

Esta sentencia ha sido sustancial en el proceso de reflexión y análisis, y los fundamentos de sucesivas sentencias del TC sobre el derecho a la consulta previa al reconocer, por primera vez en una decisión del TC, el rango constitucional del Convenio 169 (Fundamento 31) y exhortar al Congreso a desarrollar una ley sobre consulta previa (Fundamento 40). También incluyó importantes criterios o pautas para entender la diversidad étnica y su relación con la diversidad cultural (Fundamentos 27 a 30).

Para leer la Sentencia ir a:

<https://derechodelacultura.org/wp-content/uploads/2015/03/Corte-superior-justicia-de-San-Mart%C3%ADn.pdf?view=download>

Cabe señalar que, a diferencia de otros países de la región, el Perú no incorporó en el texto constitucional el término pueblo indígena, manteniendo los conceptos de comunidades campesinas y nativas, aunque reconociendo el derecho fundamental a la identidad étnica y cultural, y a proteger la pluralidad étnica y cultural de la Nación.² Esto ha generado diversos debates e interpretaciones respecto a la titularidad del derecho a la consulta, cuestionando algunos si todas las comunidades (en particular las comunidades campesinas de la sierra y costa) pueden ser consideradas pueblos indígenas al haber perdido su lengua y/o instituciones tradicionales.³

Sin embargo, este desarrollo jurídico no fue suficiente para generar una cultura de aplicación de la consulta previa en las instituciones del Estado. Los sucesos de Bagua del año 2009,⁴ ocurridos a raíz de las demandas de los pueblos indígenas frente a la aprobación sin consulta previa de normas que afectaban sus derechos, impulsaría la aprobación de normas para la regulación de la consulta previa en el Perú. Una primera respuesta

² Ver artículo 2.19, Constitución 1993 y jurisprudencia del TC: Expediente N.º 01126-2011-HC/TC; Expediente N.º 00032-2010-P1/TC.

³ Ver Leyva, 2018 y Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2019.

⁴ Ver: Después del Baguazo: informes, diálogo y debates. Cuaderno de trabajo N.º 13. Omar Cavero Setiembre 2011. para un recuento y análisis detallado de los sucesos y sus resultados.

fue la creación de un Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos, en el marco del cual se elaboró una propuesta consensuada entre el Estado y las organizaciones indígenas amazónicas sobre el derecho a la consulta previa. Además, en el Congreso se presentaron varias propuestas para regular dicho derecho, logrando aprobar un texto de ley en mayo de 2010. Sin embargo, el Poder Ejecutivo, durante el gobierno del presidente Alan García, hizo observaciones al texto del Congreso cuando faltaba poco para culminar su mandato, por lo que la ley tuvo que esperar al siguiente gobierno para ser promulgada en agosto de 2011 (La Rosa Calle, 2012).

Unos meses antes de que se promulgara la Ley de Consulta Previa, el Ministerio de Energía y Minas (Minem) aprobó una norma que regulaba el procedimiento de consulta previa para actividades minero energéticas.⁵ Antes de dicha norma, el Minem venía aplicando sus reglamentos de participación ciudadana para las consultas a los pueblos indígenas. Sin embargo, una sentencia del TC⁶ aclaró que estos reglamentos no desarrollaban de manera adecuada el derecho a la consulta previa y ordenó al Minem que elaborara un procedimiento de consulta para actividades en el marco de sus competencias (La Rosa Calle, 2012).

CUADRO 2

Caso: Tuanama Tuanama

Expediente: N.º 0022-2009-PI/TC

Demandante: Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de más de 5000 ciudadanos.

Relevancia de la Sentencia: Esta sentencia identificó los elementos y características de la consulta previa, delimitó el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa y definió la posición del TC respecto a la afectación directa a los pueblos indígenas para determinar si procede o no la consulta. Además, reconoció que este derecho involucra un diálogo intercultural.

Asunto: Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo N.º 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2008.

⁵ Decreto Supremo N.º 023-2011-EM, publicada el 12 de mayo del año 2011.

⁶ Jurisprudencia del TC: Expediente: N.º 05427-2009-PC/TC.

Pretensión de los demandantes: Los demandantes sostienen que la normativa cuestionada es inconstitucional debido a que fue aprobada sin que se haya realizado una consulta previa e informada a los pueblos indígenas, tal como lo estipula el Convenio N.º 169 de la OIT y los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI). Además, afecta otros derechos fundamentales de los pueblos indígenas contenidos en el Convenio 169 de la OIT, sobre territorios ancestrales, propiedad y posesión de las tierras, libre determinación y al desarrollo (artículos 6, 13 a 19).

Contestación de la demanda: El Poder Ejecutivo, a través del Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros, alega que el Decreto Legislativo N.º 1089 ha dado un marco normativo para simplificar y optimizar los procedimientos de formalización de la propiedad rural, generando condiciones idóneas para que los agricultores obtengan la titularidad sobre sus terrenos y dar seguridad jurídica sobre la tenencia de la tierra. Cuestiona la aplicación del Convenio 169 de la OIT a comunidades campesinas y puntualiza que el mencionado decreto legislativo es de naturaleza temporal y no legisla sobre derechos fundamentales de los pueblos indígena. Considera, además, que no se puede alegar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión por no haberse realizado una consulta previa, pues ... «no existe una norma que establezca cuáles son los pueblos indígenas en nuestro país, qué temas han de ser consultados y bajo qué procedimiento se producirá la consulta».

Breve reseña de los Fundamentos de la sentencia del TC

En esta sentencia el TC estableció algunas pautas y elementos para la consulta previa. En primer lugar, concluyó que el derecho a la consulta configura también un diálogo intercultural (Fundamento 17). Este diálogo se debe activar cada vez que una medida administrativa o legislativa es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. El TC también estableció que, si bien de acuerdo al artículo 6 del Convenio la consulta debe ser llevada a cabo «con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas», ello no implica un derecho de veto (Fundamentos 24 y 25).

El TC identificó los siguientes elementos de la consulta previa, sobre la base de lo dispuesto en el Convenio 169: principio de buena fe, que constituye el núcleo esencial del derecho a la consulta; objetivo de alcanzar un acuerdo; transparencia; y que el proceso de consulta debe ser previo a la decisión (Fundamentos 27 a 36).

Además, precisó que el principio de flexibilidad en la aplicación de la consulta, según se trate de medidas o proyectos que impliquen una mayor o menor intervención y, por ende, una mayor o menor afectación, deberá tenerse «en cuenta al momento de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los que se arriben. Así, mientras mayor intensidad de intervención se prevea, mayor escrutinio tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación» (Fundamentos 31-32).

Respecto a la determinación de la materia a consultar, el TC estableció su posición respecto a la afectación directa para determinar la procedencia de la consulta. Señala que la consulta previa no procede frente a todo tipo de medida administrativa o legislativa que impacte sobre las comunidades indígenas y originarias, sino solo frente a aquellas medidas que las afecten directamente, es decir, que impliquen cambios relevantes y directos en su situación jurídica (Fundamentos 19 y 20). Para ello el TC identificó tres tipos de medidas legislativas: 1. Medidas que regulan exclusivamente aspectos relevantes para los pueblos indígenas, para las cuales la consulta será obligatoria por afectarles directamente. 2. Normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas, donde la consulta no sería obligatoria. 3. Determinados temas incluidos en una norma de alcance general que requiera establecer, en algunos puntos, referencias específicas a los pueblos indígenas. «En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta». (Fundamento 22).

Además, esta sentencia delimitó el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta, señalando que este consiste en: i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa ni la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta (Fundamentos 37).

Adicionalmente, en esta sentencia el TC precisó su postura respecto a la relación entre posesión y propiedad de los territorios de los pueblos indígenas (fundamento 50), conforme a la sentencia de la Corte IDH en la sentencia del Caso Comunidad Indígenas Sawhoyamaya vs. Paraguay (párrafo 128), que señala: «1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de

pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas».

Sentencia

Si bien el TC declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1089, estableció que este decreto legislativo no es aplicable a los pueblos indígenas. Además, para su aplicación debe identificarse previamente los territorios de las comunidades campesinas y comunidades nativas, inscritas o no en los registros públicos, a fin de garantizar que no se aplique sobre sus territorios el procedimiento establecido en el reglamento del Decreto Legislativo cuestionado (Decreto Supremo N.º 032-2008-VIVIENDA).

Para revisar el texto completo de la sentencia ir a: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.pdf>

Una reciente sentencia del TC,⁷ del mes de julio de 2021, proporciona nuevos aportes a la implementación de la consulta previa y clarifica la vía legal para la defensa de este derecho, a partir de una demanda interpuesta por el Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú (IDLADS) contra la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, que implementa la consulta previa en materia de hidrocarburos y electricidad, regulando procedimientos administrativos en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa, la oportunidad en la que será realizada y la dirección a cargo en el Minem de llevar a cabo las consultas (ver Cuadro 3). La sentencia determinó que cuando los actos administrativos para los que se exige la consulta violen o constituyan

⁷ Se puede acceder a la sentencia del TC en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/01717-2014-AC.pdf>.

una amenaza cierta e inminente a un derecho fundamental, la vía idónea para exigir la consulta previa es la acción de amparo. Esto abre un abanico de posibilidades para exigir la consulta, por ejemplo, para leyes y la aprobación de estudios de impacto ambiental (Quispe Mamani, 2021). Otro elemento destacable de esta sentencia es que establece una precisión sobre la oportunidad de la consulta (Fundamento 51).

CUADRO 3

Caso: IDLADS Perú

Expediente: N.º 01717-2014-PC/TC

Demandante: IDLADS Perú

Demandado: Ministerio de Energía y Minas.

Relevancia: Determina la vía idónea para exigir la consulta previa, establece criterios de interpretación sobre la oportunidad en que debe realizarse la consulta previa, el procedimiento administrativo y la instancia del Ministerio de Energía y Minas a cargo de realizarla.

Asunto: Demanda interpuesta por el Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú (IDLADS Perú) contra la resolución de fecha 21 de noviembre de 2013, expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Energía y Minas.

Cuestiones previas: El TC resolvió como cuestiones previas: reconvertir la demanda de cumplimiento en una de amparo toda vez que la pretensión de la demanda es cuestionar la validez de una norma; admitir la solicitud de la Confederación Nacional Agraria como litisconsorte facultativo por considerar y admitir la acumulación de la Resolución Ministerial 362-2015-MEM/DM al proceso.

Pretensión del demandante: Que se deje sin efecto la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM y la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, reglamentos que aprueban los procedimientos administrativos en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa, la oportunidad en la que será realizada y la dirección a cargo en el Minem, al haber sido emitidas sin tomar en cuenta lo dispuesto en la Ley 29785 (Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas u Originarios) al no haber sido sometidas a consulta previa para su aprobación. Ade-

más, se cuestiona la competencia del Sector de Energía y Minas para determinar el momento exacto en el que se realiza la consulta previa.

Contestación de la demanda: El demandado sostiene que la Resolución Ministerial no vulnera el derecho a la consulta previa, pues únicamente aprueba los procedimientos administrativos a través de los cuales se realizará la consulta, la oportunidad en la que será realizada y la dirección a cargo. Tampoco afecta directamente a los pueblos indígenas, dado que no concesiona territorios, no autoriza la utilización de predio o terreno alguno para la realización de actividades mineras, no autoriza la exploración ni explotación de los minerales en los predios de los pueblos indígenas, y tampoco contiene información sobre proyectos mineros.

Breve reseña de los fundamentos de la Sentencia del TC

Sobre la dirección a cargo de realizar la consulta previa

El TC estableció que la dirección a cargo de la consulta a la que hace referencia la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, debe respetar las características y principios del derecho a la consulta previa señalados en el fundamento 35:

«El órgano a cargo de la consulta previa debe garantizar que el procedimiento de consulta previa se realice teniendo en cuenta las características y los principios del derecho a la consulta previa. Para ello, entre otras medidas, debe facilitar el diálogo entre las partes; coordinar de manera efectiva y eficiente con todos los sectores involucrados; coordinar la protección efectiva de los líderes y comunidades indígenas o nativas que se encuentren en peligro por su participación en el procedimiento de consulta previa; y canalizar las demandas realizadas por las comunidades indígenas o nativas. De ese modo, el órgano a cargo de la consulta previa debe promover la participación efectiva de los pueblos indígenas u originarios, coadyuvando a fortalecer la democracia y promoviendo la garantía de la cláusula de Estado social».

Sobre la oportunidad en la que será realizada la consulta previa

El TC estableció que la oportunidad en la que debe ser realizada la consulta previa de las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a las comunidades indígenas u originarias debe ser previa, antes de la aprobación, adopción o autorización de la medida legislativa o administrativa que afecte directamente a las comunidades indígenas u originarias. El momento exacto de la consulta

previa no podría ser determinado como un estándar aplicable indistintamente a toda comunidad. La oportunidad de la consulta previa debería considerar los usos y costumbres de las comunidades indígenas y nativas para la toma de decisiones y el tipo de medida pretende aprobar. Además, no se limita a un solo momento, debe ser un diálogo constante durante todo el proceso de elaboración e implementación de la medida (Fundamentos 41, 42 y 43).

La consulta previa también debe ser apropiada, guiándose por los principios y características del derecho a la consulta previa, tales como la buena fe, la flexibilidad, el objetivo de alcanzar un acuerdo, la transparencia y la implementación previa del proceso de consulta. Los plazos que se establezcan en la realización de la consulta previa son determinantes para la garantía de una participación real de las comunidades indígenas u originarias (Fundamentos 44 y 48).

«de una interpretación conforme con el contenido del derecho a la consulta previa, y teniendo en cuenta el principio pro persona, que obliga a interpretar las normas que consagran derechos fundamentales en sentido amplio, el extremo de la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM que determina la oportunidad de la consulta previa, debe entenderse como un proceso en el que se mantengan abiertos los canales de diálogo durante todo el seguimiento del proyecto, plan, obra o programa. Asimismo, debe tenerse en consideración que la determinación del momento exacto de la consulta previa debe ser previa y apropiada, observando, entre otras medidas y principios, la organización de la comunidad indígena de cara a su participación real y efectiva en la consulta, contar con plazos razonables que permitan tomar acuerdos en la comunidad indígena, aplicar el principio de flexibilidad y tomar medidas compensatorias para reforzar la posición de estas comunidades...» (Fundamento 51).

Sobre la aprobación de los procedimientos administrativos en los que corresponde realizar la consulta previa

El TC concluye que «la identificación de los procedimientos administrativos dispuesta en la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, no puede ser interpretada en un sentido restringido, sino en uno amplio, de conformidad con el contenido del derecho a la consultaprevia, bajo el cual los procedimientos administrativos objeto de consulta previa, en materia de hidrocarburos y electricidad, no se limitan a los enumerados en dicha resolución». (Fundamento 57). (...) la identificación de los procedimientos administrativos en las actividades de hidrocarburos y electricidad establecida en la Resolución

Ministerial 209-2015-MEM/DM, considerando una interpretación amplia, si bien impacta sobre las comunidades indígenas, al referirse a la consulta previa de esos procedimientos administrativos, no plantea una prescripción u obligación de alguna conducta que tenga la potencialidad de alterar directamente la estructura social, económica, ambiental, territorial o jurídica de dicha población. Asimismo, en la medida en que se ha advertido que la determinación del órgano a cargo y los términos en los que está planteada la oportunidad de la consulta previa de los procedimientos administrativos identificados no generan una afectación directa a las comunidades indígenas, se concluye que este extremo de la Resolución Ministerial 209-2015- MEM/DM no activa la obligación de que sea consultada previamente» (Fundamento 59).

Sentencia

Aun cuando la sentencia declara infundada la demanda, ordena interpretar la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM de conformidad con los fundamentos 40, 51, 57 y 59 de la presente sentencia y exhorta al Poder Ejecutivo a que incluya la participación de las comunidades indígenas y originarias en la implementación del procedimiento de consulta previa.

Para revisar el texto completo de la sentencia ir a: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/01717-2014-AC.pdf>

3. Marco legal vigente sobre consulta previa

En agosto de 2011 el Congreso aprobó la Ley 29785, Ley de Consulta Previa, que entró en vigencia en diciembre de ese año; y en abril de 2012 se aprobó su reglamento, mediante Decreto Supremo 001-2012-MC. Posteriormente se aprobarían otras normas para la creación y registro de intérpretes y facilitadores, funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas y procedimiento del derecho de petición de los pueblos indígenas.⁸

La Ley de Consulta Previa (CP) obvió abordar la regularización de las medidas que se hubieran realizado sin consulta previa entre 1995 y diciembre de 2011, y zanjó el tema señalando que los actos anteriores se sujetarían a las normas de participación ciudadana. Además, aunque por una parte la Ley CP derogó el Decreto Supremo N.º 023-2011-EM

⁸ Para una lista completa y actualizada de las normas vinculadas a la Consulta Previa ir a: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/normas-legales/>

que regulaba la consulta previa en el ámbito minero-energético, por otra parte, convalidó los actos administrativos realizados antes de la vigencia de dicha Ley.⁹ Sin embargo, las críticas no se hicieron esperar. En efecto, si bien el mencionado Decreto Supremo incluía como parte del proceso participativo talleres de consulta con las comunidades, estos no podían considerarse un mecanismo de consulta previa tal como lo establece el Convenio 169 (Ruiz Molleda, 2014).

Ley de Consulta Previa y su reglamento

La Ley CP, regula el derecho reconocido en el Convenio 169 de la OIT a los pueblos indígenas u originarios a ser consultados respecto a las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos relacionados a su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo, incluyendo planes, programas y proyectos de desarrollo nacionales y regionales, con la finalidad de alcanzar un acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas respecto a la medida consultada.¹⁰ Además, incluye una serie de principios que deben regir la consulta, basados en el Convenio 169, tales como: oportunidad, interculturalidad, buena fe, flexibilidad, plazo razonable, ausencia de coacción e información oportuna.¹¹

La entidad del Estado promotora de la medida legislativa o administrativa es la encargada de determinar si dicha medida afectará de manera directa a un pueblo indígena y, por ello, requiere realizar un proceso de consulta antes de ser aprobada.¹²

La Ley CP no define que se entiende por afectación directa, sino que fue el reglamento el que lo precisó, señalando que: «se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente a los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que puedan producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos».¹³

Los pueblos indígenas participan en la consulta a través de sus representantes elegidos conforme a sus usos y costumbres. Para determinar quienes son pueblos indígenas la ley ha establecido una serie de criterios objetivos y subjetivos, basados en el Convenio 169, aunque con

⁹ Disposición Complementaria Final Segunda.

¹⁰ Artículos 1, 2 y 3.

¹¹ Artículo 4.

¹² Artículo 9.

¹³ Artículo 3.

algunas precisiones adicionales que han sido cuestionadas por algunos expertos.¹⁴ Estos criterios son:

- Descendencia directa de las poblaciones originaria del territorio nacional;
- estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan;
- instituciones sociales y costumbres propias;
- patrones culturales y modos de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional;
- y el criterio subjetivo de la autoidentificación o conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.

Algunos cuestionan la inclusión del requisito de la «descendencia directa» de poblaciones originarias, no solo porque el Convenio 169 no lo señala, sino que esto puede dar lugar a interpretaciones restrictivas o excluyentes, toda vez que la norma no ha precisado cómo se define y se puede probar la descendencia directa (Duque Morales y Mosquera Monelos, 2018).

El requisito de los vínculos con el territorio también es cuestionado, debido a que los cambios históricos, tales como: terrorismo, colonización, expropiación, entre otros, han forzado a algunos pueblos a trasladarse a otras tierras, por lo que no siempre continúan utilizando u ocupando su territorio ancestral (Duque Morales y Mosquera Monelos, 2018).

Para orientar en la determinación de los sujetos de la consulta previa, la Ley CP creó la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas a cargo del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura (en adelante VMI).¹⁵ El reglamento de la Ley CP (artículo 29.1) aclara que la base de datos no tiene carácter constitutivo de derechos y, por lo tanto, es meramente referencial para ayudar a las entidades promotoras de las medidas a identificar a los pueblos indígenas. Aun así, una norma complementaria¹⁶ que establece los lineamientos para la identificación de los pueblos indígenas, agrega algunos elementos como información adicional para la evaluación de los criterios objetivos y subjetivos de la Ley CP, tales como lengua indígena, organización social y política, uso del territorio, entre otros (ver 7.1.2 de la Directiva N.º 001-2014-VMI-MC. Estos requisitos adicionales

¹⁴ Artículo 7.

¹⁵ Artículo 29 de la Ley CP y artículo 29 de su reglamento, y Resolución Ministerial 202-2012/MC.

¹⁶ Resolución Viceministerial N.º 004-2014-VMI-MC, Lineamientos que establece instrumentos de recolección de información social y fija criterios para su aplicación en el marco de la identificación de los pueblos indígenas u originarios.

les podrían excluir de la base de datos a las comunidades campesinas de la costa o de zonas andinas que ya no conservan su idioma originario, yendo más allá de lo establecido en el Convenio 169 (La Rosa Calle, 2012).

En octubre de 2013 el Ministerio de Cultura publicó la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas con información sobre pueblos indígenas de la Amazonía. Las comunidades campesinas fueron incluidas recién en el año 2015, debido al debate en torno a si podían ser consideradas pueblos indígenas.¹⁷

A la fecha, el VMI ha identificado 55 pueblos indígenas, 51 en la Amazonía y cuatro en los Andes, y ocho organizaciones representativas.¹⁸ Según un informe publicado por Oxfam (Leyva, 2018), aún faltaría incluir a un gran número de comunidades que pertenecen a pueblos indígenas.

El Reglamento de la Ley CP había establecido, en su Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final, excepciones a la consulta para la construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación y servicios públicos. Estas excepciones fueron cuestionadas por las organizaciones indígenas,¹⁹ planteándose acciones legales para su derogatoria. Finalmente, una reciente sentencia de la Corte Suprema, de enero de 2021, luego de un proceso que duró cinco años, falló a favor de la posición de los pueblos indígenas y dispuso la derogatoria de la mencionada disposición, declarando su nulidad con efectos retroactivos.²⁰

La Ley CP establece siete etapas para la consulta previa, y una etapa preparatoria, en la cual la entidad promotora podrá realizar reuniones con las organizaciones representativas e informarles sobre el plan de consulta.²¹ Esta etapa preparatoria, que podría ser muy útil para definir reglas comunes y una metodología que permita un verdadero diálogo intercultural, no suele ser bien aprovechada, y generalmente se utiliza para definir el cronograma, sin abordar temas tan importantes como la metodología; adicionalmente, el contenido del plan suele ser similar en todas

¹⁷ Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (2019) ¿Y los Pueblos Indígenas en el Perú? Cumplimiento de las obligaciones del Estado peruano a 30 años del Convenio 169 de la OIT, CAAAP.

¹⁸ Para información detallada de pueblos indígenas amazónico y andinos, organizados en comunidades nativas, campesinas y otras localidades ir a: <https://bdpi.cultura.gob.pe/>.

¹⁹ «Pueblos Indígenas del Perú: Balance 2014 sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT». Organizaciones que conforman el Pacto de Unidad de Organizaciones Indígenas del Perú, y la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana-AIDSESP, 2015.

²⁰ Para un resumen del fallo ir a: <https://dar.org.pe/corte-suprema-anula-disposicion-que-recortaba-derecho-a-consulta-previa/>. La sentencia puede ser revisada en: <https://dar.org.pe/wp-content/uploads/2021/01/Accion-Popular-contra-el-Reglamento-de-la-Ley-de-Consulta-Previa-por-exonerar-de-consulta-previa-los-servicios-publicos.pdf>.

²¹ Artículo 15 y 16.

las consultas de la entidad, en lugar de adaptarlos a las características específicas de cada comunidad y contexto sociocultural (Leyva, 2018).

*Etapas del proceso de consulta previa*²²

1. **Identificación de la medida administrativa o legislativa que debe ser consultada, por la entidad estatal o autoridad promotora de dicha medida.** En el caso de que la entidad promotora no convoque a una consulta previa, los pueblos indígenas pueden solicitarla a dicha entidad, ejerciendo su derecho de petición. También pueden recurrir a este derecho los pueblos indígenas que se consideren excluidos de una consulta. De ser denegada la solicitud, pueden apelar a esta decisión ante el VMI.
2. **Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados, a cargo de la autoridad promotora de la medida.** Como se mencionará, en la identificación se deberá tomar en cuenta la información contenida en la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas, pero la entidad podría incluir otros pueblos o comunidades no registrados en dicha base.
3. **Publicidad de la medida legislativa o administrativa.** La entidad promotora deberá entregar la medida a ser consultada, así como el plan de consulta, a las organizaciones representativas de los pueblos que serán consultados, utilizando métodos y procedimientos culturalmente adecuados, considerando los idiomas de dichos pueblos.
4. **Información sobre la medida legislativa o administrativa.** La entidad debe brindar información, desde el inicio del proceso y con la debida anticipación, a los pueblos indígenas y sus representantes sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida a consultar.
5. **Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecte directamente.** Se deberá brindar un plazo razonable para evaluar los alcances e incidencia de la medida sobre sus derechos colectivos.
6. **Proceso de diálogo intercultural entre los representantes del Estado y los representantes de los pueblos indígenas u originarios.** El diálogo se realiza sobre los fundamentos y posi-

²² Artículos 8 a 16 Ley CP y 14 a 26 Reglamento CP.

bles consecuencias de la medidas, así como sobre las sugerencias y recomendaciones que se formulen. El proceso de diálogo debe quedar plasmado en un acta de consulta.

7. **Decisión.** La decisión final le corresponde a la entidad estatal promotora, la cual debe estar debidamente motivada. La decisión puede culminar o no en un acuerdo. En el caso de que no se llegue a un acuerdo, la entidad debe adoptar medidas para garantizar el respeto de los derechos colectivos, a la vida, integridad y desarrollo de los pueblos consultados. Si culmina con un acuerdo, el contenido de este es obligatorio entre las partes y exigible administrativa y judicialmente.

Casos anteriores a la Ley de Consulta Previa

Un tema de debate aún abierto y que ha sido materia de demandas por la vía judicial, está referido a los actos administrativos o medidas adoptadas a partir de la vigencia del Convenio 169 y anteriores a la Ley CP. La Segunda Disposición Final y Complementaria de la Ley CP estableció la validez de estos actos administrativos incluyendo aquellos aprobados dentro del marco de las normas sobre participación ciudadana. Además, el artículo 2 del Decreto Supremo 001-2012-MC que aprueba el Reglamento de Consulta Previa ahonda en este punto, al precisar que el reglamento solo se aplicará a los actos administrativos y normativos posteriores a su entrada en vigor. Para algunos autores, ello implicaría que las medidas adoptadas dentro de la vigencia del Convenio 169 de la OIT, iniciada el 2 de febrero del año 1995 y anteriores a la promulgación de Ley CP no serían objeto de consulta, desconociendo al propio Convenio 169 y la jurisprudencia del TC²³ (Ruiz Molleda, 2014).

Sin embargo, otra interpretación que podría esgrimirse es que el Reglamento de la Ley CP no estaría negando el derecho a la consulta para medidas anteriores a la Ley CP, sino que solo estaría excluyéndolas de la aplicación del procedimiento aprobado por esta. De tal manera que las medidas adoptadas entre la entrada en vigor del Convenio 169 y la Ley CP que debieron ser consultadas, podrían ser objeto de reclamo mediante una acción de amparo. Esta interpretación sería consistente con el pronunciamiento del TC.²⁴

²³ Jurisprudencia TC: expediente 00025-2009-PI/TC, que precisó que la consulta previa es exigible desde la entrada en vigor del Convenio 169 de la OIT.

²⁴ Sentencia que recae sobre el expediente No 02420-2012-PC/TC.

4. Implementación de la consulta previa

Hasta octubre de 2022 se han iniciado 81 procesos de consulta, con 70 procesos implementados y 11 aún en curso.²⁵ Más de la mitad de estos procesos corresponden a proyectos mineros y de hidrocarburos. También existen algunas consultas previas a cargo de gobiernos regionales, relacionadas a áreas naturales protegidas en Loreto, Cusco y Ucayali. Entre las medidas nacionales consultadas y culminadas en acuerdo se encuentran: los reglamentos de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre de 2011,²⁶ el reglamento de la Ley de Cambio Climático²⁷ y medidas relacionadas a la creación de áreas protegidas, zonificación y actualización de planes maestros para dichas áreas²⁸; además, se ha sometido a consulta la Política de Salud Intercultural,²⁹ el Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe³⁰ y el Reglamento de la Ley de Lenguas Indígenas u Originarias.³¹ Todas las consultas han sido realizadas a iniciativa de la entidad promotora, a excepción de la consulta para el proyecto Hidrovía Amazónica, sobre las cláusulas del contrato de concesión y la propuesta de Resolución Directoral que aprueba los Términos de Referencia para la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental, que se realizó por mandato judicial³²; y la consulta para el reglamento de la Ley de Cambio Climático, para cuya realización las organizacio-

²⁵ Para ver el estado actual de los procesos de consulta ir a: <https://centroderecursos.cultura.pe/es/registrobibliografico/datos-y-cifras-de-la-consulta-previa>.

²⁶ Para una información detallada del proceso de consulta previa sobre los reglamentos de la Ley Forestal y de Fauna Silvestres (Ley 29763) y sus acuerdos, ir a: <https://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/reglamento-de-la-ley-forestal-y-fauna-silvestre>.

²⁷ Para una información detallada del proceso de consulta previa sobre el reglamentos de la Ley Marco sobre Cambio Climático (Ley 30754) y sus acuerdos, ir a: <https://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/reglamento-de-la-ley-marco-sobre-cambio-climatico>.

²⁸ Ver la Resolución Presidencial N.º 136-2020-SERNANP.

²⁹ Para una información detallada de este proceso de consulta previa ir a: <https://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/politica-sectorial-de-salud-intercultural>.

³⁰ Para una información detallada de este proceso de consulta previa ir a: <http://www.minedu.gob.pe/campanias/consulta-previa-del-plan-nacional-de-educacion-intercultural-bilingue.php>.

³¹ Para una información detallada de este proceso de consulta previa ir a: <https://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/reglamento-de-la-ley-de-lenguas-indigenas>.

³² Para una información detallada de este proceso de consulta previa ir a: <https://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/proyecto-hidrovia-amazonica> y <https://es.mongabay.com/2021/01/hidrovia-amazonia-peru-consulta-previa-pueblos-indigenas/> y para información detallada del Proyecto Hidrovías y los principales hitos ir a: <https://www.dar.org.pe/inframazonia/informacion-ambiental/>.

nes indígenas debieron hacer uso de su derecho de petición.³³ Sin embargo, pese a los avances, temas tan importantes como contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, otorgamiento de concesiones mineras y estudios de impacto ambiental no son consultados a los pueblos indígenas (Leyva, 2018).

Durante el Estado de Emergencia declarado por el gobierno para atender la emergencia sanitaria a causa del Covid-19, se dictaron una serie de medidas que determinaron la suspensión temporal de los procesos de consulta en curso.³⁴ Durante el gobierno del presidente Vizcarra, la Ministra de Economía sugirió que, debido al Covid-19, parte de la consulta (es decir, las etapas previas a la etapa de diálogo) se desarrollara de manera virtual (Arana y Barrero, 2021). Sin embargo, esta propuesta fue descartada ante la oposición de diversas organizaciones indígenas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que señalaron que ello vulneraría el derecho a la consulta, toda vez que no es posible garantizar un proceso informado e inclusivo para pueblos sin acceso a internet y dificultad para participar de manera efectiva en un proceso virtual.³⁵ Aun así, el reinicio paulatino de los procesos de consulta si consideró que algunas acciones preparatorias y de coordinación pudieran realizarse de manera virtual de común acuerdo con los pueblos indígenas. En efecto, a principios del mes de abril de 2020 el Ministerio de Cultura suspendió las actividades de los procesos de consulta previa a cargo de entidades públicas que implicaran contacto directo con pueblos indígenas. Aun cuando al mes siguiente continuaban suspendidas las consultas, si autorizó la realización de actividades preparatorias que no implicaran contacto directo, tales como coordinaciones, elaboración, diseño y preparación de documentos y metodologías para ser implementados en el proceso de consulta una vez que se levantarán las restricciones.³⁶ Además, estableció que la determinación de otros mecanismos para realizar procesos de consulta que no impli-

³³ Ver la página de Servindi: <https://www.servindi.org/actualidad-noticias/22/11/2018/triunfo-indigena-reglamento-de-ley-sobre-cambio-climatico-ira>.

³⁴ Ver el Decreto Supremo N.º 008-2020-SA y Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM que declaran la Emergencia Sanitaria y el Estado de Emergencia, así como sus sucesivas prórrogas.

³⁵ Ver el documento del CAAAP en: <https://www.caaap.org.pe/website/2020/07/13/hay-nueve-consultas-previas-que-se-retomaran/>.

³⁶ Para un ejemplo de un plan de consulta previa desarrollado durante la Emergencia Sanitaria causada por el Covid19, ver el Plan de Consulta del Proyecto de Explotación Minera «San Gabriel», http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Consulta%20previa%20-%20minería/En%20Proceso/03%20San%20Gabriel/Plan%20de%20CP%20Corire%20completo%20_con%20anexos.pdf.

quen contacto directo deben ser acordados previamente con los pueblos indígenas y deberán garantizar el derecho a la consulta previa.³⁷

Después de que se aprobara el Decreto Supremo N.º 117-2020-PCM, el 30 junio 2020, para la reanudación de actividades económicas en forma gradual y progresiva dentro del marco del Estado de Emergencia a consecuencia del Covid-19, El Ministerio de Cultura, mediante Oficio N.º 000524-2020-DGPI/MC, del 2 de julio del 2020, estableció que las reuniones presenciales podrían realizarse excepcionalmente con acuerdo de las partes, siempre que no se ponga en riesgo la salud pública. Uno de los procesos reiniciados fue la consulta previa del Lote 192, la cual culminó en agosto de 2021 con un acuerdo.³⁸

Las consultas en minería e hidrocarburos

Con base en la Ley CP, el Minem ha definido mediante normas sectoriales³⁹ los temas que serán materia de consulta en su sector, incluyendo el inicio/reinicio de actividades de exploración, desarrollo, preparación, explotación en concesiones mineras metálicas/no metálicas y modificaciones; y excluyendo medidas tan importante como, el contenido de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, el otorgamiento de concesiones mineras, los estudios de impacto ambiental, y reasentamiento o instalación de desechos tóxicos en territorios indígenas. De acuerdo a la normativa de este sector, cuando la concesión de beneficio, el plan de minado⁴⁰ y la concesión de transporte minero

³⁷ Ministerio de Energía y Minas (2021) Plan de Consulta del Proyecto de Explotación Minera «San Gabriel», http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Consulta%20previa%20-%20minería/En%20Proceso/03%20San%20Gabriel/Plan%20de%20CP%20Corre%20completo%20_con%20anexos.pdf.

³⁸ Ver CAAAP: <https://www.caaap.org.pe/website/2020/07/13/hay-nueve-consultas-previas-que-se-retomaran/>.

³⁹ Resolución Ministerial No.350-2012-MEM/DM, modificada por Resolución Ministerial No.209-2015-MEM/DM; Resolución Ministerial No. 003-2013-MEM/DM, Resolución Ministerial No.RM 014-2015-MEM-DM-TUPA DGM, Resolución Ministerial No. 362-2015-MEM/DM, y Resolución Ministerial No. 444-2016-MEM/DM, Resolución Ministerial No. 522-2016-MEM/DM, Resolución Ministerial No. 514-2017-MEM/DM, Resolución Ministerial No. 403-2019-MINEM, y Resolución Ministerial 254-2021-MINEM.

⁴⁰ «El plan de minado es el documento que contiene todas las actividades o acciones a realizar durante el período de un año y que comprende, entre otras: la identificación de los límites de las áreas de exploración, preparación, explotación, beneficio y otras actividades inherentes, metodología y parámetros de trabajo, equipos a ser utilizados, presupuestos y costos, personal, medidas de Seguridad y Salud Ocupacional, y posibles impactos en el entorno y medidas a tomar frente a posibles eventos adversos, cuantificando las metas a alcanzar» *DS 024-2016-EM, artículo 7). Se encuentra regulado por

formen parte de un mismo proyecto, se debe realizar un solo proceso de consulta previa si la afectación directa es al mismo pueblo indígena (Leyva, 2018).

El Minem no consulta el otorgamiento de la concesión minera, porque entiende que constituye un derecho expectatio, y, por consiguiente, la afectación de derechos a las comunidades dependerá de si se realiza en el futuro la actividad minera. Sin embargo, esto es discutible, ya que el solo hecho de haberse otorgado una concesión minera, aunque no se utilice, establece limitaciones a la comunidad y actividades que se puedan realizar en el área concesionada; por ejemplo, no se pueden establecer áreas de conservación privada (Leyva, 2018).

El caso de la consulta referida al lote 192⁴¹ es interesante, pues las comunidades cuentan con experiencia en materia de impactos de la actividad de hidrocarburos, al ser un área de explotación de más de 40 años. Aun así, en uno de los procesos de consulta para este lote no lograron incluir acuerdos significativos para reducir impactos y medidas de protección o reparaciones frente a los constantes derrames en el área. Sin embargo, sí pudieron incluir como beneficios un 0,75% de las regalías (Leyva, 2018).

A la fecha existen aproximadamente 23 casos de demandas constitucionales de pueblos indígenas referidas al derecho a la consulta previa, con seis sentencias a favor, incluyendo los casos de Atuncolla, cuya sentencia estableció que no se puede otorgar una concesión minera en esa área sin antes haber realizado una consulta previa⁴²; y el caso Jatucachi,⁴³ en el que se declaró la nulidad de un acto normativo por omisión a la consulta previa. Aunque estas sentencias solo se aplican a los casos demandados, constituyen precedentes importantes para avanzar en la mejora de la normativa para casos similares. También han reclamado por la vía judicial el cumplimiento del derecho a consultar el

el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería (DS 0024-2016-EM) y su modificatoria el DS 0023-2017-EM. Para revisar el reglamento ir a: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Mineria/PUBLICACIONES/LIBROS/RSSO/RSSO2020.pdf>.

⁴¹ El lote 192 tiene 2 procesos de consulta. Uno de ellos culminado en 2015 y otro iniciado en 2019, debido a que el lote incorpora áreas adicionales para la explotación. Este proceso fue interrumpido en 2020 debido a la Emergencia Sanitaria declarada por el gobierno a causa del Covid19, y culminado en agosto de 2021. Ver: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/proceso-de-consulta-previa-sobre-el-lote-192-2019/>. y <https://elperuano.pe/noticia/127045-lote-192-volvera-a-operar-tras-finalizar-la-consulta-previa>.

⁴² Para un análisis detallado de esta sentencia ir a: <https://www.enfoquederecho.com/2019/06/04/poder-judicial-nulas-concesiones-mineras-y-eia-por-falta-de-consulta-previa-en-la-cordillera-del-condor/>.

⁴³ Para leer la sentencia ir a: <https://ia600100.us.archive.org/34/items/SentenciaJatucachi/Sentencia%20Jatucachi..pdf>.

otorgamiento de licencias de explotación o concesiones de lotes petroleros, como el caso del pueblo Matsés, que presentó una acción de amparo referida a su derecho a la consulta previa en los lotes petroleros otorgados a las empresas Maurel et Prom y Pacific Rubiales;⁴⁴ y la demanda de amparo presentada por los pueblos Awajún y Wampis cuyos fallos en primera y segunda instancia han sido a favor de los pueblos indígenas.⁴⁵ Aun cuando la sentencia es definitiva, esta no anula la adjudicación de los lotes, sino que se pronuncia solo sobre la obligación de la consulta previa, ordenando la suspensión de actividades hasta tanto se realice dicha consulta (O'Diana Rocca, 2020).

Aunque la mayoría de sentencias del TC han sido desfavorables a las demandas de los pueblos indígenas, en algunos casos, como hemos analizado aquí, han permitido clarificar los alcances de la consulta previa, con importantes posiciones definidas por el TC respecto al rango constitucional del Convenio 169, criterios y elementos de interpretación sobre la consulta y otros derechos colectivos. Sin embargo, en ocasiones el TC o algunos de sus miembros vuelven a revisar sus propias interpretaciones, que podría atentar contra la seguridad jurídica y coherencia de las decisiones del órgano de control constitucional. Un ejemplo de ello lo encontramos la reciente sentencia del TC sobre el expediente EXP. N.º 03066-2019-PA/TC que ha generado preocupación al cuestionar el rango constitucional del Convenio 169. Si bien no es una posición compartida por la mayoría de miembros del TC ni deja sin efecto la posición previa del TC sobre este tema, puede ser vista como señal de alerta sobre un posible retroceso en esta y otras interpretaciones sobre el derecho a la consulta. Dicha sentencia versa sobre una demanda de amparo que solicita la nulidad de las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa minera Cemento Sur S.A. que se superpone en más del 50% sobre el territorio de la comunidad de Chilla Chambilla, debido a que dicha concesión ha sido otorgada sin respetar el derecho a la consulta previa, el derecho a la propiedad comunal, a la libre determinación de los pueblos a la identidad cultural y religiosa. La sentencia declara improcedente la demanda de amparo y confirma su posición expresada en sentencias anteriores respecto a que, tratándose de recursos naturales, el Convenio 169 contempla la consulta a los pue-

⁴⁴ Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (2019) ¿Y los Pueblos Indígenas en el Perú? Cumplimiento de las obligaciones del Estado peruano a 30 años del Convenio 169 de la OIT. CAAAP.

⁴⁵ <http://www.parthenon.pe/columnas/la-jauria-hortelano/una-sentencia-historica-el-lote-116-y-la-obligacion-de-realizar-de-realizar-la-consulta-previa-desde-1995/>.

blos interesados en forma previa a la exploración o explotación de dichos recursos, pero no antes de su concesión.⁴⁶

También la Defensoría del Pueblo ha marcado su posición respecto a la calidad de los procesos de consulta a cargo del Minem, observando la falta de idoneidad de la oportunidad de la consulta que no permite que los pueblos indígenas puedan arribar a acuerdos vinculados al diseño del proyecto e incidir en la protección concreta de sus derechos colectivos y, por ende, los acuerdos alcanzados generalmente versan sobre funciones del Estado reconocidas en las normas, tales como: supervisar, trasladar quejas o alcanzar copia de documentos (Ley-va, 2018). Además, la Defensoría se pronunció sobre la necesidad de que se lleven a cabo consultas sobre los estudios de impacto ambiental (EIA). En esta línea, organizaciones indígenas presentaron una petición al Ministerio del Ambiente (Minam)⁴⁷ para la consulta previa del proyecto de Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley N.º 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, para que se incluya la obligación de realizar consulta previa para la aprobación de EIA,⁴⁸ sin respuesta favorable hasta la fecha.

Otros cuestionamientos a los procesos a cargo del Minem han sido descritos por Leyva (2018), luego de una evaluación exhaustiva de los procesos de consulta, entre los que se incluye la necesidad de mejorar la oportunidad de la consulta en los proyectos mineros y de hidrocarburos, pues estos se desarrollan dentro de un proceso con varias etapas y decisiones en las que se podría afectar derechos colectivos. La autora (Leyva, 2018), señala que las consultas en este sector se centran en los impactos de la actividad extractiva sobre los derechos colectivos, pero la matriz de impactos entregada a las organizaciones representativas no es suficientemente detallada como para realizar aportes sustanciales. A ello se suma la falta de experiencia y conocimientos técnicos de los consultados sobre las actividades. En consecuencia, las discusiones derivan en demandas muy generales sobre medidas para evitar, eliminar o mitigar esos impactos, las cuales no tienen mayor incidencia en la protección de los derechos colectivos (Leyva, 2018).

⁴⁶ Ver el texto completo de la sentencia aquí: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/03066-2019-AA.pdf>.

⁴⁷ Para ver la petición ir a: <http://www.orpio.org.pe/wp-content/uploads/2019/10/Cargo-de-Carta-de-Petici%C3%B3n-de-Consulta-Previa-de-Orpio.pdf>.

⁴⁸ Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (2019).

5. Retos de los procesos de consulta previa

Como punto de partida, resulta indispensable completar la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas, para dar claridad y certeza sobre quiénes son los pueblos con derecho a la consulta previa, y evitar debates interminables y demandas judiciales con el consiguiente costo para el Estado, los propios indígenas y la seguridad jurídica. Este proceso debe realizarse con la participación y consulta de dichos pueblos, con criterios alineados al Convenio 169 y demás compromisos internacionales adoptados por el Perú.

Otro reto, es entender cuál es la justificación del derecho a la consulta y que este es distinto del derecho a la participación ciudadana. Esto ayudaría a reducir las dificultades para definir e implementar un proceso de consulta adecuado y evitar el rechazo de un sector de la población a reconocer la necesidad e importancia de la consulta previa a los pueblos indígenas. Evidentemente, la asimetría y desigualdad entre las partes, núcleo de la relación entre Estado, empresa y pueblos indígenas, constituyen una limitación del proceso de consulta que será difícil de modificar en el mediano plazo (Hallazi, 2019); por lo que los funcionarios responsables de la definición e implementación de estos procesos deberán ser conscientes de esta asimetría y establecer mecanismos para reducirla o compensarla. Por ejemplo, reducir la asimetría en el acceso y comprensión de la información relativa a la medida a consultar y establecer un verdadero diálogo intercultural (Hallazi, 2019).

Una condición básica del derecho a la consulta previa es lograr el consentimiento, aunque la consulta no esté sujeta a un derecho de veto.⁴⁹ En efecto, la ausencia de un derecho a veto no impide que la voluntad de las partes deba orientarse a lograr un acuerdo satisfactorio para todos los involucrados. De otra manera, nunca se pondrían todos los esfuerzos en el proceso y terminaría siendo la consulta una mera formalidad con acuerdos generales, imprecisos y difíciles de requerir su cumplimiento por la vía judicial; con el consecuente desgaste y desconfianza de los pueblos indígenas, gasto de recursos y tiempo en procesos que no garantizan el respeto a sus derechos ni a reducir los conflictos.

Según informes sobre la Ley CP, entre los problemas identificados en las consultas, además de la asimetría entre las partes, se incluyen la dificultad para asegurar la participación de los representantes, la equidad de género, la logística, la falta de información y la asesoría técnico-

⁴⁹ Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (2019).

jurídica para cada caso. Sin embargo, a pesar del escepticismo latente respecto a la efectividad de la consulta,⁵⁰ los representantes indígenas que participan en estos procesos señalan que en diversos casos, como la aprobación de reglamentos, planes y políticas, han logrado influir en el texto final (Leyva, 2018) y continúan participando porque, en la práctica, estos procedimientos de consulta son también una vía para mejorar las negociaciones con el Estado y las empresas, así como un espacio para plantear sus demandas y oponerse a algunas medidas.⁵¹

El contenido de los acuerdos, así como su seguimiento y cumplimiento, también ha sido objeto de crítica. Según observa Hallazi (2019), una limitante de la efectividad de la consulta radica en el diseño mismo del proceso, que no ofrece el espacio suficiente para profundizar en los temas, lo cual se ve reflejado en las propuestas de las comunidades consultadas y la baja implementación de los acuerdos derivados de la consulta.

Además, se ha resaltado la necesidad de fortalecer a las organizaciones indígenas y el rol del Viceministerio de Interculturalidad, para un mejor seguimiento de la calidad de los procesos de consulta y sus acuerdos (Banco Mundial, 2016). Por otro lado, se ha señalado que es necesario mejorar el procedimiento, para asegurar que la consulta cumpla con su objetivo y no se conviertan en un proceso cuyo fin es solo cumplir con una formalidad (Lanegra, 2017).

Toda vez que las comunidades aprovechan estos procesos para incorporar todas sus demandas, independientemente de si están vinculadas o no a la materia a consultar, para algunos expertos, una manera de hacer más eficiente las consultas sería incluir en el proceso a las diversas autoridades en las que puedan recaer los acuerdos (Leyva, 2018). Sin embargo, otros alertan de que esto podría desvirtuar el objeto de la consulta, centrándose en generalidades y demandas alejadas del tema en cuestión, como viene ocurriendo (Leyva, 2018). Una solución sería que las demandas de temas ajenos a la medida que se consulta, definidas al inicio del proceso,⁵² podrían no incluirse en la discusión y solo incorporarlas al final de la consulta.

⁵⁰ Ver: «Pueblos Indígenas del Perú: Balance 2014 sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT». Organizaciones que conforman el Pacto de Unidad de Organizaciones Indígenas del Perú, y la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana-AIDASEP, 2015.

⁵¹ Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (2019).

⁵² Para ver las etapas del proceso de consulta, incluyendo las condiciones para la determinación de la medida a consultar ir a: <https://consultaprevia.cultura.gob.pe/etapas>.

También debería excluirse del proceso de consulta los acuerdos sobre obligaciones que el Estado o la empresa está obligada a realizar por el ordenamiento legal y no requieren de un acuerdo entre partes para su cumplimiento. Para ello, sería necesario que las comunidades cuenten con un asesor legal. Esto haría más costo-eficiente los procesos y facilitaría el seguimiento del cumplimiento de los compromisos del acuerdo de consulta, poniendo mayor énfasis en las obligaciones de prevención y mitigación, y estipular reparaciones económicas, con mecanismos legales para exigirlos. Ello, por supuesto, requiere que los acuerdos sean redactados como cláusulas contractuales precisas y ejecutables, sustentadas en el propio Convenio 169. Por ejemplo, todos los acuerdos relacionados a minería y petróleo deberían incluir cláusulas de beneficios y de reparación o indemnización en caso de daño, tal como lo establece el artículo 15.2. del mencionado Convenio, y las demandas sobre temas que no estén relacionados directamente con la medida consultada incluirlos en un documento separado o anexo.

6. Conclusiones

Luego de diez años de aprobado el Reglamento de Consulta Previa se han culminado 70 procesos que han logrado acuerdos entre el Estado y las comunidades consultadas, aunque sin una clara evidencia de la efectividad o impacto positivo de su implementación, salvo en el caso de las consultas sobre normas como los reglamentos de la Ley Forestal y de la Ley de Cambio Climático.

No cabe duda de que el derecho a la consulta previa es necesario. Sin embargo, su aplicación efectiva es un reto enorme tanto para el Estado como para las propias comunidades y sus organizaciones representativas. Si son consultas nacionales, el reto es aún mayor, considerando la amplitud del territorio peruano, la diversidad de pueblos indígenas y las diferencias culturales entre los pueblos andinos y amazónicos.

La consulta bien aplicada requiere tiempo, preparación, capacidad para concertar, así como para entablar un verdadero diálogo intercultural, con aportes sustentados, un análisis exhaustivo y especializado de la medida y la eliminación de la asimetría entre las partes. Es importante evitar que la consulta se convierta en una mera formalidad, con acuerdos sobre generalidades o compromisos que el Estado o la empresa ya estarían obligados a cumplir por el marco legal y no requieren un acuerdo adicional con las comunidades para exigirlo.

Otro punto clave es la delimitación de la medida a consultar y de los elementos concretos de esta medida. No es posible consultar todo, pero tampoco es dable dejar fuera de la consulta medidas fundamentales como son los estudios de impacto ambiental.

Otro tema pendiente sigue siendo la identificación del sujeto de la consulta y los criterios para determinar quiénes son parte de un pueblo indígena. La Base de Datos de Pueblos indígenas es un instrumento fundamental y debería completarse, con el apoyo de especialistas, autoridades y organizaciones indígenas.

Aunque la lengua es importante para la identificación de un pueblo indígena, no puede ser un elemento excluyente a priori, así como tampoco la ocupación ancestral que en algunos casos se ha visto trastocada por conflictos ajenos a las comunidades que las han obligado a trasladarse. Esto lleva a reflexionar sobre la necesidad de que el proceso de consulta previa sea lo suficientemente ágil y flexible para adaptarse a los procesos de cambio cultural y a las características de cada pueblo o comunidad, y la naturaleza de su tránsito por esos cambios.

También, se debe definir algunos lineamientos para la implementación del artículo 15.2 del Convenio 169, directamente asociado a la consulta para actividades de aprovechamiento de recursos como minería e hidrocarburos, a de fin incorporar beneficios e indemnizaciones en los acuerdos que se adopten en el marco de los procesos de consulta previa.

Asimismo, un tema pendiente es la definición por parte del Congreso de un procedimiento para la consulta previa a las leyes que puedan afectar derechos de los pueblos indígenas.⁵³ Hasta la fecha el Congreso no ha realizado ninguna consulta previa.

Finalmente, queda aún abierto el debate sobre las medidas no consultadas entre la fecha de entrada en vigor del Convenio 169 y la aprobación de las normas sobre consulta previa, y cómo se abordaría este tema en la práctica.

⁵³ «Pueblos Indígenas del Perú: Balance 2014 sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT». Organizaciones que conforman el Pacto de Unidad de Organizaciones Indígenas del Perú, y la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana-AIDSESP, 2015.

V

Jurisprudencia relevante en otras jurisdicciones adherentes al Convenio: una mirada a México y Guatemala

José Claudio Mozó H.

El conflicto con la comunidad es un riesgo casi inherente a los proyectos extractivos. Mayor relevancia cobra esta conflictividad cuando hablamos de proyectos que buscan desarrollarse en zonas de comunidades indígenas que habitan en un país que ha ratificado el Convenio 169 de la OIT. Hay experiencias en donde los países han buscado de una manera activa (con mayor o menor entusiasmo) regular la consulta que busca obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades que garantiza el referido convenio. Sin embargo, la experiencia indica que en muchos países se ha ratificado este convenio y no se ha llegado a una regulación adecuada o a un consenso político con relación a como ha de regularse este proceso. Así, han sido los tribunales de justicia los que han resuelto las controversias que se suscitan con respecto a este derecho de los pueblos indígenas y afrodescendientes quienes han debido tomar el camino judicial ante la ausencia de un procedimiento concreto. Los tribunales entonces han resuelto y junto con eso han exhortado a los otros poderes del estado a tomar acciones o han terminado por reglamentar debido a la falta de respuestas del poder político en una cuestión que es responsabilidad del Estado.

A continuación, se expondrán someramente las situaciones recientes que se han vivido en México y Guatemala y que aparecen como relevantes a este respecto y que además representan dos formas de abordar la situación de la consulta previa.

El caso mexicano

México ratificó el convenio en 1990 y desde 1992 reconoce constitucionalmente el carácter pluricultural de su sociedad y desde 2011 se les otorga rango constitucional a los tratados internacionales referidos a derechos humanos, por lo que el convenio 169 goza de este carácter. Sin embargo, no ha sido posible para México elaborar una política pública consistente para proteger los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes y menos aún dictar una ley que regule el marco general de la consulta previa que establece el convenio 169. Así ha de estarse a las pautas que han establecido los Tribunales superiores de Justicia.

Durante la última década se han obtenido valiosos fallos desde la Suprema Corte de Justicia Nacional. Así identificamos las decisiones de los conflictos que se han suscitado con las comunidades Yaqui (2013), Maya (2015), Zapoteca (2020) y más recientemente el de la comunidad Nahua de Tecoltemi, que logra una histórica insubsistencia de los títulos de concesión minera otorgados sin la realización de consulta.

Acueducto Independencia y la tribu Yaqui

El conflicto con la Tribu Yaqui se produce tras la licitación que realiza el gobierno de Sonora para la construcción y operación del «Acueducto Independencia» que buscaba trasladar agua desde la cuenca del río Yaqui a la cuenca del río Sonora con la finalidad de trasladarla hasta la ciudad de Hermosillo. Dicho plan fue autorizado por la autoridad ambiental obviando al pueblo Yaqui que contaba con derechos sobre caudal de dichas aguas. Ante este problema, los representantes de la tribu presentaron un recurso de amparo por las violaciones a sus derechos humanos al territorio, a la consulta y al medio ambiente sano. El recurso —presentado en 2011 y fallado en primera instancia en 2012— reconoce que la autoridad ambiental violó el derecho a consulta de los pueblos indígenas al otorgar el permiso de impacto ambiental. Esta resolución fue confirmada un año más tarde por la Suprema Corte de Justicia Nacional. Dentro de los párrafos más destacables de esta decisión está la referencia a los criterios del convenio 169 en cuanto a la forma de realizar la consulta y la obtención del consentimiento expresado por la Corte Interamericana en *Sarayaku vs. Ecuador*

Bajo estos parámetros, se extraen las características mínimas que deben tener este tipo de consultas:

— La consulta debe ser previa (...)

- La consulta debe ser culturalmente adecuada (...)
- La consulta informada (...)
- La consulta debe ser de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo. (...) La obligación del Estado es asegurar que todo proyecto en área indígena o que afecte su hábitat o cultura, sea tramitado y decidido con participación y en consulta con los pueblos.¹

y la distinción que se hace entre consentimiento y consulta, en el sentido de que la obligación es a hacer la consulta y no a la obtención del consentimiento, cuestión que ha sido largamente criticada por organizaciones de derechos humanos, puesto que iría en contra de la tendencia del Derecho Internacional Humanitario.

«[E]sta Primera Sala estima conveniente resaltar la diferencia entre consulta y consentimiento, pues sin perjuicio del hecho de que todo proceso de consulta debe perseguir el objetivo del consentimiento, en algunos casos, puede que su ausencia no impida a las autoridades decretar las acciones correspondientes, lo cual dependerá del nivel de impacto que tendrá el funcionamiento u operatividad del Acueducto Independencia sobre la comunidad o grupo indígena, debiéndose ponderar los intereses sociales en juego, esto es, tanto de los afectados como de los beneficiados por la obra, quedando en aptitud las autoridades correspondientes a decretar, en la medida de sus facultades, las acciones necesarias para resarcir o aminorar las eventuales afectaciones que deriven de la operatividad del proyecto (...).»²

La SCJN entonces concedió el amparo y ordenó la suspensión del acto impugnado, esto es la autorización de impacto ambiental expedida por la autoridad y la deja sujeta a la consulta que debía a llevarse a cabo a la comunidad afectada bajo los estándares previstos por la corte. Esto fue refrendado por la misma corte en la aclaración solicitada por la autoridad ambiental.

Comunidades Mayas y Monsanto

Este caso se refiere a tres amparos presentados por las comunidades mayas de Yucatán y Campeche en contra de la empresa Monsanto que La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió

¹ Suprema Corte de Justicia Nacional Amparo en Revisión 631/2012 pp. 84.

² *Ibid.*, pp. 87.

por unanimidad otorgar el amparo y protección de la justicia a los quejosos con el fin de que se dejara sin efectos jurídicos el permiso de liberación al ambiente en fase comercial de soya genéticamente modificada, respecto a los territorios en los que se ubican, hasta el momento en que la Comisión Intersecretarial de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados y la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, lleven a cabo la consulta a las comunidades indígenas a las que pertenecen las personas físicas quejosas.

La queja de las comunidades mayas decía relación con 1) La inquietud respecto a la afectación a la biodiversidad de la zona debido al uso de herbicidas químicos y la penetración que estos tendrían en los cursos de agua; 2) los impactos en la salud de las personas que tendrían estos herbicidas y; 3) los impactos que tendrían en la actividad apícola que realizan estas comunidades.

Conviene aquí citar como relevante al voto concurrente del ministro José Fernando Franco González Salas y la adopción del criterio señalado por la CIDH en *Saramaka* en relación con que la afectación significativa responde a una apreciación subjetiva que no debe restringir los derechos de las comunidades

«[C]onviene aclarar que si bien es cierto como lo afirma la Segunda Sala en la presente sentencia, el citado término es referido en el fallo del caso *Saramaka Vs. Surinam*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también lo es que no se hace en el sentido que pretende la Segunda Sala, pues más bien se utiliza para enfatizar que cuando la afectación pueda ser “significativa” es decir importante para la comunidad indígena, no será suficiente con realizar una consulta previa sino que se requerirá adicionalmente de su consentimiento para llevar a cabo el acto en cuestión. Por lo tanto, es posible afirmar que la Corte Interamericana hace una diferencia importante cuando menciona que la consulta previa deberá realizarse cuando se prevean medidas susceptibles de afectar directamente y que cuando exista un impacto significativo para las comunidades, se requerirá además obtener su consentimiento».³

Comunidades Zapotecas de San Sebastián Tutla (Oaxaca) con Cámara de Diputados y Senadores del Congreso de la Unión

Este amparo fue promovido por las comunidades zapotecas que denuncian la omisión absoluta por parte del congreso de la unión pues

³ Voto concurrente que formula el ministro José Fernando Franco González Salas en el amparo en revisión 198/2015 p. 3.

desde 2001 se encuentra vigente un artículo transitorio que los obliga a dictar una ley para reglamentar la consulta previa, libre, informada, adecuada culturalmente y de buena fe.

«[E]l Tribunal Pleno ha concluido que, en términos de lo dispuesto por el párrafo primero de los artículos 1 y 2 de la Constitución Federal, y 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT, los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas tienen el derecho humano a ser consultados. Esa consulta debe realizarse mediante procedimientos culturalmente adecuados, libres, informados y de buena fe con la finalidad de llegar a un acuerdo a través de sus representantes, cada vez que se prevean medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente».⁴

Así, el Tribunal exhorta al legislador puesto que

«[L]as legislaturas tienen el deber de prever una fase adicional en el proceso de creación de las leyes para consultar a los representantes de esos sectores de la población, cuando se trate de medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente, debiendo observar, como mínimo, las fases establecidas por el Pleno de este Tribunal al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 81/2018, en resolución emitida el pasado veinte de abril de dos mil veinte, consistentes en: 1. Fase preconsultiva. 2. Fase informativa de entrega de información y difusión del proceso de consulta. 3. Fase de deliberación interna. 4. Fase de diálogo entre los representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas. 5. Fase de decisión, comunicación de resultados y entrega de dictamen».⁵

Lo realmente relevante de esta sentencia es que la SCJN constata, a pesar de los descargos emitidos por las cámaras de diputados y senadores, la omisión por parte del legislador de emitir una regulación para la figura de la Consulta

«[E]sta Segunda Sala estima que la Constitución Federal si bien no establece expresamente la obligación del Congreso de la Unión de emitir una “ley” que reglamente el derecho de consulta de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, lo cierto es que sí se advierte el imperativo de regular esta figura, lo que podrá realizar a través de la adecuación a las leyes o de la emisión de una ley especial, en su ámbito de atribuciones, a fin de observar lo previsto en la reforma al artículo 2.º constitucional».⁶

⁴ Amparo en revisión 1144 /2019 p. 34.

⁵ *Ibid.*, p. 36.

⁶ *Ibid.*, p. 41.

Finaliza esta sentencia ordenando al congreso a emitir la legislación e iniciar dicho proceso en esta legislatura o, a más tardar en la siguiente.

Comisariado Ejidal de Tecoltemi y la Comunidad Indígena Nahua de Tecoltemi con Camara de Diputados y Senadores del Congreso de la Union, Director General de Minas de la secretaria de Economía y Minera Gorrion

Este amparo, promovido por el Comisariado Ejidal y la Comunidad Tecoltemi buscaba, por una parte, constatar la omisión legislativa por parte del legislador mexicano al no adecuar la ley minera y por otra, dejar sin efecto los títulos de concesión minera otorgados a Minera Gorrion por no haberse cumplido con la consulta previa establecida por el convenio 169 de la OIT, del cual México forma parte.

La Corte difiere del juzgado de primera instancia que concedió el amparo y declaró inconstitucionales las normas reclamadas al no cumplirse la obligación de legislar sobre el derecho a la consulta previa y al libre consentimiento en la Ley Minera.⁷ La Corte se remite al amparo en revisión 1144/2019 que determinó que el segundo transitorio de la reforma constitucional de 2001 contenía un mandato expreso al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los estados, de reglamentar la consulta indígena⁸ y revoca la decisión respecto a la omisión legislativa y la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos legales impugnados al no haberse reclamado la omisión legislativa absoluta por parte de la quejosa.⁹

Respecto de la omisión de Consulta, la Corte hace una primera declaración, señalando respecto del artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT que plantean la obligación de consulta

Dicha prerrogativa implica que todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, están obligadas a consultar a dichos pueblos antes de adoptar cualquier acción o medida relacionada directamente con sus derechos e intereses, a fin de entablar un diálogo entre ambas partes para, de ser posible, arribar a un consenso.¹⁰

En este sentido, la Corte hace un análisis en abstracto de la normativa, concluyendo que la omisión de la consulta en materia minera no

⁷ Amparo en Revisión 134/2021 pp. 15.

⁸ *Ibid.*, pp. 19.

⁹ *Ibid.*, pp. 26.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 41.

representa una omisión legislativa debido a que la mencionada instancia ya está contemplada a nivel constitucional y en tratados internacionales. Así, dados los principios de transversalidad,¹¹ la consulta le sería aplicable a las resoluciones que otorgan concesiones mineras en tierras indígenas, por cuanto son actos administrativos del Estado que aceptan los derechos de los pueblos indígenas reconocidos por este; y por otro lado el principio de especialidad, en virtud del cual el Tribunal argumenta que los párrafos reclamados como inconstitucionales reglamentan la actividad minera propiamente tal. Por tanto, la ley minera no sería inconstitucional pues se trata de una norma general y no particular, enfatizando que

[S]iguiendo el criterio objetivo comentado, el Máximo Tribunal entendió que, si bien dichos ordenamientos podían contener preceptos que pudieran vincularse con los pueblos indígenas, lo cierto es que el objeto de regulación de esos instrumentos normativos no se relaciona directamente con sus intereses y derechos.¹²

Así, la omisión de consulta en la dictación de la ley minera no representa inconstitucionalidad alguna, lo que no impide el hecho de que en la aplicación de la ley se pueda incurrir en conductas que son inconstitucionales en el caso concreto. De esta forma,

Aun cuando el procedimiento para otorgar una concesión minera no prevea expresamente la obligación de las autoridades aplicadoras de realizar dicha consulta previa, no implica que no estén obligadas a realizarla en el procedimiento cuando los terrenos vinculados con el título respectivo se relacionen con pueblos o comunidades indígenas, pues ese derecho humano reconocido a tal grupo vulnerable, se reitera, deriva del propio texto constitucional y convencional anteriormente analizados, es decir, de normas de jerarquía superior y que permean todo el sistema jurídico.¹³

¹¹ En relación al particular, el considerando 159 de esta resolución judicial lo explica latamente «Tal aspecto es lo que se conoce en el derecho como principio de transversalidad que con lleva que la prerrogativa en cuestión, en este caso, el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas permea o involucra a los demás derechos humanos y a todo el sistema jurídico y, sobre todo, los derechos colectivos de dichos pueblos tales como el derecho a la propiedad colectiva y el aprovechamiento de sus recursos naturales a fin de crear un enfoque de análisis que permita cumplir su objetivo que no es otro que el ejercicio real de sus derechos y la expresión de su identidad individual y colectiva para superar la desigualdad de oportunidades que tradicionalmente les han afectado».

¹² Amparo en Revisión 134/2021 pp. 51.

¹³ *Ibid.*, p. 62.

En relación con los títulos de concesión, esto es, con el caso concreto que se refiere a la emisión de los títulos de concesión minera reclamados, la Corte declara que la autoridad competente, es decir, la secretaria de economía,

[D]ebió prever un procedimiento de consulta a la comunidad indígena, a la hoy parte quejosa, que cumpliera con todos los requisitos señalados por el Convenio 169 de la OIT, pues las actividades de extracción de los minerales del subsuelo —objeto de los títulos concesionarios— son bienes que comparten un doble régimen. Esto es, por una parte, el dominio pertenece al Estado Mexicano, sin embargo, el propio Convenio reconoce como parte de los derechos de las comunidades indígenas la participación en su utilización, administración y conservación.¹⁴

Es decir, la corte constata una omisión en la obligación de realizar la consulta, la que se encuentra consagrada en el ordenamiento mexicano tanto en la constitución política como en el convenio 169 de la OIT que se encuentra ratificado por México. Ante la omisión manifiesta del Estado, la corte ordena la insubsistencia de los títulos de concesión minera reclamados y emitirlos nuevamente considerando un procedimiento de consulta, aun cuando este no se encuentra reglado en el ordenamiento mexicano.

El caso guatemalteco

Guatemala ratificó el convenio el año 1997, luego de los acuerdos de paz que pusieron fin a la guerra interna que vivió Guatemala entre 1960 y 1996.

Si bien cuenta con un procedimiento de consulta en el código municipal, esta consulta no debe confundirse con aquella que se refiere al convenio 169.

OXEC y la comunidad indígena q'eqchi;

La empresa OXEC busca construir dos represas en el río Cahabón con fines de generación hidroeléctrica. La queja presentada ante la Corte Suprema de Justicia busca que las licencias otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas sean suspendidas hasta que las comunidades sean consultadas. La Corte Suprema ordena la suspensión provisional y los denun-

¹⁴ *Ibid.*, p. 86.

ciados presenta documentación para indicar que la consulta ya se había realizado, ante lo cual la suspensión es levantada. La Corte Suprema termina dándole la razón a la Comunidad Indígena, pero dicha resolución es recurrida. Los antecedentes pasan entonces a la Corte Constitucional de Guatemala resuelve en este caso en favor de la comunidad q'eqchi.

En cuanto al fundamento de la consulta, la Corte indica que la construcción progresiva que se ha ido dando en el derecho internacional de los Derechos Humanos respecto a la consulta forma parte del bloque de constitucionalidad guatemalteco y que, en consecuencia

«[A]nte las solicitudes de que sean autorizados proyectos, operaciones o actividades vinculadas al aprovechamiento de recursos naturales, los órganos competentes están obligados a atender los preceptos atinentes que estén contenidos, tanto en las leyes ordinarias y disposiciones reglamentarias vigentes, como en los instrumentos de Derecho internacional suscritos y ratificados por el Estado de Guatemala». ¹⁵

Por lo tanto, si el proyecto en estudio implica una afectación directa a las comunidades indígenas, se debe poner en práctica la consulta establecida en el Convenio 169. Asimismo, recalca que la pasividad del legislador no puede significar la nulidad o inexistencia de dicha consulta, pues significaría avalar que la inacción del poder público vacía de contenido los derechos fundamentales. ¹⁶

La corte para estima que

«para que la consulta sea procedente es necesario que concurren dos componentes: por un lado, el encuadramiento de determinadas acciones o decisiones del poder público como medidas administrativas o legislativas; y por otro, la circunstancia de que pueda razonablemente preverse que el proyecto, operación o actividad cuya autorización se pide originará afectación directa de poblaciones indígenas». ¹⁷

Y agrega que dicha afectación no se circunscribe a lo meramente patrimonial, sino que engloba la cosmovisión propia de los pueblos indígenas y está orientada a entregarles una especial protección para que las medidas del poder público no lleven aparejadas un detrimento en la vida de dichas comunidades que por diversas circunstancias son más vulnerables.

¹⁵ Expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 Y 92-2017 CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD REPÚBLICA DE GUATEMALA, C.A P. 49.

¹⁶ *Ibid.*, p. 50.

¹⁷ *Ibid.*, p. 51.

La corte determina que la aprobación de una central hidroeléctrica conlleva afectación ambiental y que dicha afectación influye de manera significativa en la vida de las comunidades ubicadas en el área de influencia del proyecto, por lo que, de conformidad a la legislación vigente en Guatemala, procede la realización de una consulta. Procede la enumeración de los estándares internacionales mínimos que ha establecido la Corte Interamericana en los casos *Saramaka* y *Sarayaku*. Asimismo, se establecen pautas para la realización de la consulta concordantes con dicha jurisprudencia internacional, pero atendiendo las circunstancias de que se trata de un proyecto que ya fue autorizado y que incluso se encontraba listo para operar, se otorga un plazo de doce meses para la realización de la consulta para que, cumplido el plazo se rinda informe ante el tribunal y se determine una prórroga, la terminación del permiso o la operación definitiva del proyecto.

Caso de la Mina San Rafael

En el caso guatemalteco quizá la decisión más relevante con relación a la consulta previa es la que dictó la Corte Constitucional de Guatemala en la controversia suscitada entre la comunidad Xinca y el proyecto minero Escobal-San Rafael. Se trata de una sentencia extensa, con más de 550 páginas, que contiene valiosos informes. La corte optó por emitir una sentencia que supliría la falta del legislador al no emitir la regulación adecuada para la consulta.

«[S]e ha considerado necesario emitir una sentencia atípica con matices “nomogenéticos” que integre el ordenamiento jurídico y proporcione lineamientos que puedan vincular a diferentes actores que, aunque no aparezcan como autoridades reprochadas en el asunto examinado, sean vinculados en la decisión que se emita a fin de superar una situación inconstitucional advertida por la evidente omisión de realizar la consulta previa e informada que corresponde cuando se emprendan proyectos que puedan causar afectación a las comunidades indígenas (...) Es por ello que, a falta de una normativa local sobre el tema, en párrafos subsiguientes se fijarán los lineamientos que deben observarse en las consultas para que estas sean consideradas válidas».¹⁸

¹⁸ Expediente 4785-2017 CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD REPÚBLICA DE GUATEMALA, C.A. p. 55.

Así, la Corte define lo que se debe entender por afectación directa a las comunidades indígenas¹⁹ y que para que los proyectos puedan desarrollarse, se debe tener en cuenta en el estudio de impacto ambiental, la opinión de las comunidades indígenas y la especial relación de estos con los territorios.²⁰ La Corte señala las condiciones que debe tener la consulta, en concordancia con lo que CIDH ha establecido en su jurisprudencia. La corte las enumera de esta manera²¹

- a) La consulta debe realizarse con carácter previo a asumir la medida gubernativa que se pretende implementar.
- b) La consulta debe ser libre e informada.
- c) La consulta debe ser un verdadero diálogo en el cual previen la buena fe, la comunicación constante, la transparencia, el entendimiento y el respeto mutuos —no se agota con la sola información.
 - i) La consulta no debe comprenderse como un mero trámite formal.
 - ii) La consulta es un proceso de diálogo entre las partes, basado en principios de confianza y respeto mutuos.
- d) La consulta debe estar dirigida a arribar a acuerdos: el consenso como vía para la toma de decisiones —no tiene como propósito legitimar que una parte se imponga a la otra—.
- e) La consulta debe agotarse mediante procedimientos culturalmente adecuados, en los cuales se respetan las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, especialmente en cuanto a sus instituciones representativas.
- f) La consulta debe ser sistemática.

Uno de los argumentos que fueron esgrimidos por los recurridos para que el recurso fuera rechazado obedecía a que los habitantes del sector afectado no se identificaban como Xinca. El tribunal determino que la circunstancia de que los habitantes del sector no se identificaran como indígenas de esa comunidad obedecía más bien a la circunstancia histórica de discriminación en contra de la población indígena en Guatemala y que por lo mismo esa circunstancia histórica de discriminación no podría operar en su contra.²²

¹⁹ *Ibid.*, p. 266.

²⁰ *Ibid.*, p. 273, 288, 295.

²¹ *Ibid.*, pp. 301 y ss.

²² *Ibid.*, pp. 373.

A mayor abundamiento,

«En el Considerando precedente, esta Corte, al analizar los medios de convicción incorporados al presente proceso de amparo, arribó a la conclusión que en el municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, habita el pueblo indígena Xinka. A esa conclusión llegó luego de analizar los estudios antropológicos que determinaron que, en el colectivo humano radicado en esa área, confluye tanto el elemento subjetivo como los elementos objetivos que el Convenio 169 y la Organización Internacional del Trabajo, han definido como distintivos de los pueblos indígenas. Esa afirmación conllevó a este Tribunal a asegurar que, en aquella área, sí radica pueblo titular del derecho de consulta previsto en ese instrumento internacional. «Esas dos premisas se reiteran en el presente apartado y sirven de base para afirmar que, previo a otorgar la licencia de explotación Escobal, el Estado de Guatemala, a través del Ministerio de Energía y Minas, debía consultar al pueblo indígena radicado en el área de influencia de ese proyecto extractivo».²³

La Corte constitucional arriba a la conclusión de que el Estado de Guatemala violó los derechos humanos de la comunidad Xinka al no realizar la consulta previa durante el estudio de impacto ambiental y otorgar la licencia de exploración minera²⁴ y de esta manera impedir la incidencia de la comunidad en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo que serían susceptibles de afectarles.

Cabe destacar que se precisa que el derecho no debe confundirse con el mecanismo similar establecido en el código municipal y que el Estado de Guatemala tiene la obligación de realizar el proceso de consulta antes de desarrollar proyectos de aprovechamiento de recursos naturales y de asegurar el cumplimiento de lo que se acuerde fruto del proceso de consulta.

La corte concluye confirmando la sentencia de primera instancia, esto es otorgando el amparo a la comunidad Xinka y revocando la licencia otorgada previamente y ordenando un nuevo estudio de impacto ambiental en el que se debe realizar también la consulta a la comunidad asentada en el área de influencia.

²³ *Ibid.*, p. 452-453.

²⁴ *Ibid.*, p. 469.

VI

Los estándares internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas a la consulta y el consentimiento y consideraciones para su aplicación

Leonardo J. Alvarado

1. Introducción

Este capítulo abordará los estándares internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado. Se recogen observaciones de mecanismos de los sistemas universal e interamericano de derechos humanos, sobre los fundamentos, el contenido, ámbito de aplicación, finalidad y otros elementos de la consulta indígena y consideraciones particulares que se deben tener en cuenta en relación con la implementación de la consulta por medio de reglamentación u otros medios.

En ese sentido, este artículo aporta algunas reflexiones para tener en cuenta en discusiones y debates a nivel regional de América Latina respecto a los elementos necesarios para la implementación de la consulta indígena. Se enfatiza el rol de la consulta y consentimiento libre, previo e informado como salvaguarda de derechos humanos de los pueblos indígenas y la importancia de que los mecanismos para consultarles también sean producto de consulta y consenso. Se concluye con reflexiones finales sobre los mecanismos desarrollados por los propios pueblos indígenas como una opción importante en la discusión sobre la implementación de esos estándares internacionales y de que este derecho sea entendido como una expresión de la libre determinación de estos pueblos.

2. Fundamentos normativos de la consulta y su rol de salvaguarda

La consulta indígena constituye un derecho de los pueblos indígenas, y a la vez, un deber de los Estados que se fundamenta en distintos instrumentos y jurisprudencia internacionales. No es una obligación que deriva únicamente del Convenio 169 sobre los pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).¹ Desde la adopción del Convenio 169 por la OIT en 1989, se han dado avances significativos en la normativa internacional relacionada con los pueblos indígenas que deben ser tomados en cuenta. El mismo Convenio 169 precisa en su artículo 35 que su aplicación «no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios... instrumentos internacionales, tratados [...]»

Por tanto, se deben tener en cuenta e incorporar otras fuentes jurídicas internacionales, en particular, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas («la Declaración»),² la jurisprudencia de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos y los comentarios y recomendaciones generales de los órganos de supervisión de tratados de las Naciones Unidas (ONU). Asimismo, los análisis jurídicos y recomendaciones de la Relatoría Especial de la ONU sobre los pueblos indígenas y del Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas³ también han brindado lineamientos para la interpretación y aplicación de los estándares internacionales relativos a la consulta indígena.

La consulta indígena no debe entenderse como un simple procedimiento o formalidad que se debe cumplir para la consecución de medidas, proyectos o actividades en tierras o territorios indígenas, ni tampoco como un derecho aislado o independiente. La consulta indígena tiene una función de protección de derechos humanos. La Corte Interamericana ha establecido que la consulta indígena constituye una salvaguarda ante medidas o actividades propuestas por el Estado que podrían restringir los derechos de los pueblos indígenas, como la propiedad colectiva

¹ Organización Internacional del Trabajo, Convenio N.º 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989.

² Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Resolución aprobada por la Asamblea General 61/295 del 13 de septiembre de 2007.

³ Ver, Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *Consentimiento libre, previo e informado: un enfoque basado en los derechos humanos*, AC/HRC/39/62 (10 de agosto de 2018).

y su identidad cultural.⁴ La consulta y el principio conexo del consentimiento libre, previo e informado «se deben entender como salvaguardas esenciales que complementan y ayudan a que se hagan efectivos los derechos humanos sustantivos de los pueblos indígenas».⁵

En la sentencia de la Corte Interamericana en el caso de *Pueblo Kichwa de Sarayaku*, la Corte reconoció que «la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas» además de constituir una norma convencional, también constituye un principio general del derecho internacional.⁶ La Corte determinó que Ecuador violó los derechos a la consulta, a la propiedad comunal y la identidad cultural de Sarayaku, según su interpretación del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Entre las reparaciones ordenadas por la Corte, Ecuador «debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades».⁷

3. Naturaleza, objeto, finalidad de la consulta indígena

Un primer punto fundamental es que la consulta indígena constituye un proceso diferenciado que va más allá de otros procesos de participación ciudadana disponibles a la población nacional. Los procesos de consulta con los pueblos indígenas responden a realidades y necesidades distintas. A manera de ejemplo, la Relatoría sobre pueblos indígenas ha explicado que en el caso de medidas o actividades que

⁴ Ver, Corte Interamericana de Derechos Humanos («Corte IDH»), Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia de 28 de noviembre de 2007 («Caso Saramaka»), párrs. 129, 130; y Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012 («Caso Sarayaku»), párrs. 212-220.

⁵ Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, «Consulta y consentimiento: principios, experiencias y desafíos», Presentación para el *Coloquio Internacional sobre la consulta libre, previa e informada: Estándares y experiencias internacionales y regionales-México*, 8 de noviembre de 2016 [«Relatora Especial Tauli-Corpuz, Coloquio-México (2016)»], pág. 4; Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, A/HRC/21/47 (6 de julio de 2012), [«Informe Relator Especial Anaya (2012)»] párr. 49.

⁶ Caso Sarayaku, párrs. 164-5.

⁷ *Ibid.*, párrs. 301, 341.2, 341.4.

podiesen afectar los pueblos indígenas, se requieren procedimientos especiales y diferenciados de consultas «que derivan del carácter distinto de los modelos e historias culturales de los pueblos indígenas, y *porque los procesos democráticos y representativos corrientes no suelen bastar para atender a las preocupaciones particulares de los pueblos indígenas*, que por lo general están marginados en la esfera política. El deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas ... [se basa] en el reconocimiento generalizado... de las características distintivas de los pueblos indígenas y de la necesidad de medidas especiales que permitan corregir sus condiciones desfavorecidas.⁸

Dado el rol de la consulta como salvaguarda de derechos humanos internacionalmente reconocidos, cualquier normativa o mecanismo desarrollado para implementar la consulta indígena no debe reducir las garantías establecidas en los estándares internacionales. Este es un grave riesgo al tener en cuenta el debate regional sobre el propósito de la consulta y si es vinculante o no, o en otras palabras, si la consulta y el consentimiento confiere a los pueblos indígenas un poder de veto. La Relatoría de la ONU sobre pueblos indígenas ha analizado esta cuestión enfatizando que al reducir los principios de consulta y consentimiento a un debate sobre la existencia de un veto, se pierde de vista el espíritu y carácter de dichos principios internacionales. Los principios de consulta y consentimiento buscan crear un diálogo de buena fe entre los Estados y los pueblos indígenas para que mediante consensos y acuerdos que garanticen los derechos humanos de los pueblos indígenas, se pueda poner fin a modelos históricos en los que se han impuesto decisiones sobre los pueblos indígenas que han amenazado su supervivencia física y cultural.⁹ Por tanto, la consulta y el consentimiento no deben ser comprendidos como la imposición de un veto, sino como mecanismos mediante los cuales los Estados pueden asegurar que las decisiones que adoptan cumplan con sus obligaciones internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas.

⁸ Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, *Nota técnica sobre la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en México* (febrero de 2019) [«Relatora Especial Tauli-Corpuz, Nota técnica-México (2019)»], pág. 6.

⁹ Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas Victoria Tauli-Corpuz, Observaciones adicionales de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre el proceso de regulación de la consulta previa en Honduras, 9 de junio de 2017, pág. 10; Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34 (15 de julio de 2009) [«Informe Relator Especial Anaya (2009)»], párrs. 48,49.

Las distintas fuentes normativas universales y regionales de derechos humanos precisan que la finalidad de los procesos de consulta indígena es la obtención del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas afectados. Ello se refleja en la Declaración que establece que finalidad de las consultas es la obtención del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas antes de la adopción de medidas legislativas o administrativas que les afecten y antes de la aprobación de proyectos de desarrollo que afecten a sus tierras, territorios y otros recursos (arts. 19, 32). Según la Corte Interamericana, «cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro [de un territorio indígena] el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los [pueblos indígenas] sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones».¹⁰ En su análisis de la normativa y jurisprudencia internacional, la Relatoría Especial ha expuesto que el consentimiento de la parte indígena sería exigible cuando una medida, plan o programa pudiera resultar en impactos significativos sobre las tierras, territorios, recursos naturales, culturales y otros derechos sustantivos de los pueblos indígenas.¹¹

Teniendo en cuenta este entendimiento de la consulta y consentimiento, el contenido y la aplicación de una normativa o ley sobre consulta indígena, no se enfoque en el tema de un veto, sino asegurar que como parte de un proceso de consulta de buena fe, los pueblos indígenas puedan participar de manera libre e informada con el fin de que puedan tomar decisiones informadas sobre cualquier medida o actividad que pudiera suponer una restricción o limitación de sus derechos humanos reconocidos internacionalmente. La voluntad y libre determinación del pueblo indígena consultado debería ser respetado por las autoridades estatales, teniendo siempre en cuenta sus obligaciones internacionales para con los derechos humanos de los pueblos indígenas.

En ese sentido, un instrumento normativo u otro mecanismo para implementar la consulta indígena debería abogar por un mecanismo mediante el cual, de manera previa a la toma de decisiones respecto a

¹⁰ Caso Saramaka, párr. 134.

¹¹ Informe Relator Especial Anaya (2012), párr. 65; Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, *Comentarios de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el Anteproyecto de Ley Marco de consulta libre, previa e informada a los pueblos indígenas y afrohondureños (Honduras)* (22 de diciembre de 2016) [«Relatora Especial, Comentarios sobre Anteproyecto de Ley de Consulta-Honduras»], págs. 19; Relatora Especial Tauli-Corpuz, *Nota técnica-México (2019)*, pág. 7.

aprobación de proyectos de explotación de recursos naturales u otros similares que afecten a los pueblos indígenas, las consultas realizadas con los pueblos indígenas cumplan con su objetivo de ayudar a salvaguardar sus derechos humanos con la finalidad de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas afectados. Para tal fin, los pueblos indígenas deben contar con la información necesaria para tomar una decisión sobre medidas o actividades que pudieran afectarles mediante mecanismos culturalmente apropiados que respeten sus estructuras representativas, sus tiempos y formas de toma de decisión de los pueblos indígenas. No deben existir presiones sobre los pueblos indígenas para poder analizar toda la información necesaria y tomar una decisión en el marco de los procesos de consulta, ya que socavaría el carácter de «libre» que deben tener las consultas.

4. El momento y ámbito de aplicación de la consulta indígena

Como ha señalado la Relatoría Especial de la ONU sobre pueblos indígenas, «[e]l carácter previo de las consultas exige que éstas se realicen antes de la adopción de una medida, la concesión de autorizaciones y permisos, y la firma de contratos u otros tipos de compromisos por parte del Estado relacionados con actividades o proyectos que pudiesen afectar a los pueblos indígenas». ¹² La Corte Interamericana explica claramente que «se debe consultar, de conformidad con las propias tradiciones del pueblo indígena, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera el caso, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado». ¹³

La consulta debe ser realizada antes de la aprobación y el inicio de cualquier etapa relacionada, por ejemplo, con proyectos mineros, petroleros, hidroeléctricos u otros, inclusive en las etapas exploratorias de dichos tipos de proyectos, ya que constituyen actividades con posibles impactos sobre un pueblo indígena o tribal. En el caso de la *Comunidad Garifuna de Punta Piedra vs. Honduras*, la Corte declaró que hubo violación de derechos humanos debido a que no se efectuó una consulta previa en relación con un proyecto minero en tierras comunitarias y porque el reglamento minero hondureño supeditaba los procesos de

¹² Relatora Especial Tauli-Corpus, Nota técnica-México (2019), pág. 6.

¹³ Caso Sarayaku, párr. 180.

consulta sobre proyectos mineros a la fase anterior a la explotación. La Corte ordenó al Estado de Honduras a «adoptar las medidas suficientes y necesarias, a fin de que sus disposiciones reglamentarias sobre minería no menoscaben el derecho a la consulta, en el sentido de que ésta deba realizarse inclusive de forma previa a la autorización de programas de prospección o exploración».¹⁴

Un punto importante es que «los procesos de consulta indígena no son un solo acto puntual, sino que deben realizarse en todas las fases de planeación e implementación de la medida o actividad en cuestión, lo que implica una comunicación constante entre el Estado, como garante de las consultas, y la parte indígena».¹⁵ Esto es particularmente importante cuando las modificaciones posteriores de un proyecto en marcha pudiesen generar nuevos impactos no contemplados en un proceso de consulta, por lo que nuevas consultas serían necesarias.

Si bien, desde el punto de vista empresarial, se consideraría que la consulta resultaría difícil antes de las etapas de prospección y exploración, por ser una fase en la que no se sabe si hay un depósito de valor comercial, o su ubicación, o la modalidad de extracción que se realizaría, la adopción de decisiones sobre la realización de dichas etapas y de contratos relacionados y la presencia de personas externas realizado dicha etapas, sin el conocimiento de los pueblos afectados, son situaciones que en sí generan gran malestar y conflictividad para los pueblos indígenas cuyas tierras ancestrales se verían afectadas. Dicha situación perpetúa la exclusión de los pueblos indígenas sobre decisiones que afectan sus derechos y demuestran porqué es necesario un proceso continuo de consultas previas sobre todas las etapas de una actividad propuesta y los impactos que cada una generaría.

5. Los sujetos de la consulta y la representatividad indígena

Teniendo en cuenta que la identificación de los pueblos indígenas que deben ser consultados y sus correspondientes estructuras representativas son cuestiones particularmente problemáticas en muchos países de la región latinoamericana, se deben tomar medidas para asegurar el debido reconocimiento e identificación de los sujetos de la consulta, atendiendo al criterio de auto identificación conforme a los estándares internacionales sobre pueblos indígenas. Es importante recordar que

¹⁴ Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*, Sentencia de 8 de octubre de 2015, párrs. 224, 345.

¹⁵ Relatora Especial Tauli-Corpuz, *Nota técnica-México* (2019), pág. 6.

son los mismos pueblos indígenas los que deben identificar sus instituciones representativas y mecanismos de toma de decisiones. Se deben evitar situaciones en las que una normativa sobre consulta limite la participación indígena únicamente a representantes u organizaciones que cuenten con algún tipo de reconocimiento o acreditación por parte de entidades estatales.¹⁶

Por otro lado, se deben evitar acciones que resulten en la creación de divisiones y estructuras paralelas de representación en los procesos de consulta indígena. Asimismo, en los procesos de consulta previa, se debe tener en cuenta que «los pueblos indígenas y sus estructuras representativas requieren el tiempo necesario para prepararse y construir capacidad para participar de manera eficaz en los procesos de consulta y para poder tener acceso a asesoría y asistencia técnica independientes».¹⁷ Por lo cual, una ley o un reglamento de consulta que impone un límite muy corto de tiempo podría generar conflictos en vez de disminuirlos.

6. Elementos necesarios para la realización de los procesos de consulta indígena

La consulta indígena «no debe entenderse como un simple proceso de socialización sobre decisiones previamente tomadas por el Estado, sino como un proceso de diálogo horizontal con el fin de llegar a un acuerdo o consentimiento respecto a la medida, teniendo en cuenta los derechos de los pueblos indígenas que podrían resultar afectados».¹⁸ Cabe recordar que las consultas no constituyen un solo momento o acto puntual y que deben realizarse de buena fe y a través de procedimientos culturalmente adecuados. Además, «deben proporcionar el tiempo y los espacios necesarios para que los pueblos indígenas puedan tener pleno conocimiento sobre el alcance y los impactos de la medida propuesta antes de su aprobación y para que puedan incidir e influir en la toma de decisiones que repercuten en sus derechos, así como para plantear sus propias propuestas».¹⁹

Como señaló la anterior Relatora Especial sobre pueblos indígenas, «otro elemento imprescindible es la realización de estudios de impacto

¹⁶ Relatora Especial, Comentarios sobre Anteproyecto de Ley de Consulta-Honduras, pág. 14.

¹⁷ Relatora Especial Tauli-Corpus, Coloquio-México (2016), pág. 11.

¹⁸ Relatora Especial Tauli-Corpus, Nota técnica-México (2019), pág. 6.

¹⁹ Relatora Especial Tauli-Corpus, Nota técnica-México (2019), pág. 6.

social, cultural, ambiental y de derechos humanos antes de la aprobación de la medida o proyecto en cuestión».²⁰ Según la Corte Interamericana, los Estados deben garantizar que no emitirán concesiones dentro de un territorio indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental».²¹ En el caso Sarayaku, la Corte precisa que estos estudios «deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto; respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas; y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio».²²

7. Metodología de consulta de la norma y otros temas

Cualquier instrumento normativo para implementar la consulta previa debe ser producto de una consulta adecuada con los pueblos indígenas. Para garantizar un clima de confianza y mutuo respeto entre un Estado y los pueblos indígenas sobre una normativa de consulta previa «el procedimiento consultivo en sí debe ser el resultado del consenso».²³ De igual manera, este tipo de consenso también sería necesario para consultas relacionadas con proyectos en casos específicos.

En proyectos u otros casos concretos o en el desarrollo de una normativa de consulta, el anterior Relator Especial sobre derechos de los pueblos indígenas señaló que los estándares internacionales apuntan hacia un proceso de «consulta sobre la consulta» que debe consistir «en un diálogo abierto y exhaustivo entre las partes sobre los varios aspectos del procedimiento de consulta a establecerse, inclusive la definición de las diversas etapas de la consulta, los plazos correspondientes y las modalidades específicas de participación, entre otros. No se debería iniciar este diálogo con posiciones predeterminadas sobre estos aspectos.»²⁴ También «es necesario que los actores estatales tengan pacien-

²⁰ Relatora Especial Tauli-Corpuz, Nota técnica-México (2019), pág. 7.

²¹ Caso Sarayaku, párr. 205, citando Caso Saramaka, párr. 130.

²² Caso Sarayaku, párr. 206.

²³ Informe Relator Especial Anaya (2009), párr. 51.

²⁴ Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica* (30 de mayo de 2011), párr. 32.

cia para que las partes indígenas puedan definir sus modalidades de representación, y también para que puedan prepararse adecuadamente antes de iniciar el diálogo». ²⁵

En relación a propuestas legislativas sobre consulta previa, la Relatoría Especial de la ONU sobre pueblos indígenas ha recomendado que éstas sean producto de un amplio proceso de consulta que cuente con una debida representación de los pueblos indígenas, conforme a sus modelos propios de representación, para definir el proceso consultivo y el contenido de una normativa de consulta. ²⁶

8. Conclusión

La implementación de la consulta indígena a nivel regional ha sido un desafío dado los intereses económicos que en muchos casos están en juego y las divergentes interpretaciones entre los pueblos indígenas, los Estados y sectores empresariales respecto a los fundamentos, el alcance, contenido y finalidad de la consulta previa. Como se ha reflejado en el presente artículo, los organismos y mecanismos internacionales de derechos humanos de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano han sentado lineamientos importantes para entender los elementos necesarios para la implementación de la consulta.

A pesar de estos lineamientos, la implementación de estos estándares en la práctica ha sido decepcionante para los pueblos indígenas. Las iniciativas normativas y leyes aprobadas en los Estados han sido consideradas como perjudiciales a sus derechos y contrarias al espíritu de los instrumentos y jurisprudencia internacionales sobre pueblos indígenas referidas en este artículo. De igual manera, la realización de consultas en casos concretos no ha cumplido con elementos esenciales como su carácter previo, o que se realice de buena fe, con las autoridades verdaderamente representativas de un pueblo o comunidad, entre otros.

Un factor importante ha sido que la consulta se ha disociado de su rol de salvaguarda de derechos humanos que los Estados y actores privados deben respetar en todo momento, incluso en relación con la planificación de actividades y políticas de desarrollo económico. Asimismo, la consulta se ha disociado del derecho de los pueblos indígenas a su

²⁵ *Ibid.*, párr. 33.

²⁶ Ver en general, Relatora Especial, Comentarios sobre Anteproyecto de Ley de Consulta-Honduras; y Observaciones adicionales de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre el proceso de regulación de la consulta previa en Honduras, 9 de junio de 2017, pág. 12.

libre determinación. Como explicó la anterior Relatora Especial sobre pueblos indígenas, «[l]a consulta y el consentimiento libre previo, e informado deben entenderse también como una ampliación del derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación. Por consiguiente, esos pueblos deberían poder decidir su propio destino social, cultural, económico y político y, en última instancia, salvaguardar sus derechos amparados por la Declaración de los Pueblos Indígenas y otras fuentes internacionales de derechos humanos».²⁷ Tal como ha señalado recientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), para los pueblos indígenas y tribales, el derecho a la libre determinación es un derecho inherente, preexistente y originario desde sus propias cosmovisiones, historias y derecho propio. Por tanto, los Estados deben implementar la consulta y el consentimiento desde un enfoque del derecho a su libre determinación, respetando los protocolos propios u otros mecanismos adoptados por estos pueblos para su implementación, y respetando y reconociendo «las decisiones adoptadas por los pueblos concernidos en relación con el otorgamiento o denegación de su consentimiento con respecto a las medidas o actividades que pudiesen afectar sus derechos humanos».²⁸

Debido a la problemática expuesta, varios pueblos indígenas de Latinoamérica han desarrollado sus propios protocolos autónomos de consulta o de relacionamiento con terceros, como mecanismo para establecer las reglas que Estados u otros actores deben seguir en relación con medidas o actividades propuestas en sus territorios. Estos protocolos de consulta han sido importantes mecanismos mediante los cuales los pueblos indígenas buscan fortalecer sus procesos de autonomía, gobernanza y libre determinación.²⁹

Las propuestas desarrolladas por los propios pueblos indígenas para implementar la consulta previa constituyen una alternativa impor-

²⁷ Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígena, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas Victoria Tauli-Corpus al Consejo de Derecho Humanos, 18 de junio de 2020, A/HRC/45/34, párr. 71.

²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2021): Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales. OEA/Ser.LV/II. 28 de diciembre de 2021, párrs. 55, 365.12.

²⁹ Para mayor información sobre el desarrollo de protocolos de consulta en Brasil, Colombia y Perú, ver, Doyle, C., Whitmore, A y Tugendhat, H. (2019) (eds.): *Los protocolos de consentimiento libre, previo e informado como instrumentos de autonomía: sentando las bases para interacciones basadas en los derechos*; y Millaleo Hernández, Salvador, (2020) (ed.): *Protocolos Autónomos de Consulta Previa Indígena en América Latina: Estudios de casos en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Honduras, México y Perú*, Copenhague: IWGIA, Octubre de 2020.

tante ante los modelos de leyes, reglamentos y otros instrumentos que hasta ahora se han adoptado en distintos países de la región. Esto permite que cada pueblo o comunidad defina los procedimientos, las autoridades que participarían y los métodos de toma de decisiones en procesos de consulta, en vez de que se imponga un modelo único de consulta mediante una ley que podría no ser adecuada para todos los pueblos indígenas de un país. Mediante el desarrollo de estos protocolos, se pudieran superar muchos de los problemas identificados en este artículo respecto a la definición de las autoridades representativas, las modalidades de intercambio de información (incluyendo de los resultados de estudios de impactos sociales, culturales y ambientales), aspectos de temporalidad y en la determinación de los resultados finales en cuanto al consentimiento o no de una medida, y el seguimiento de acuerdos alcanzados, en caso de haber consentimiento.

Estos tipos de iniciativas requieren de apoyo por parte de instituciones nacionales o internacionales, lo que requiere tiempo y recursos. Una opción que se puede considerar es desarrollar un marco normativo que establece principios básicos de la consulta indígena, incluyendo los elementos necesarios de su carácter previo, de buena fe, y el respeto al consentimiento libre, previo e informado. En cuanto a los procedimientos de consulta en situaciones concretas, ello estaría sujeto a los protocolos de consulta desarrollados por los pueblos en cuestión.

En conclusión, la implementación de la consulta requiere un espacio de diálogo y consenso entre los pueblos indígenas y los Estados que parta desde la base de los derechos humanos de estos pueblos reconocidos internacionalmente y que forman parte de las obligaciones de la gran mayoría de los países de región latinoamericana. Es evidente que, para cumplir con el objetivo de salvaguarda de la consulta, los pueblos indígenas también deben gozar del pleno reconocimiento y garantía de sus derechos sobre sus territorios ancestrales, sus recursos naturales, culturas, libre determinación y otros derechos fundamentales. La implementación de la consulta ya sea mediante leyes o reglamentos específicos, o el reconocimiento de protocolos indígenas de consulta, o una combinación de estos mecanismos, debe ser objeto en sí de procesos de consulta y concertación con los pueblos indígenas.

VII

Los procesos de consulta a comunidades y grupos indígenas desde el punto de vista del inversionista minero

Andrés Rodríguez

1. Utilidad de los procesos de consulta y la licencia social para operar

Durante las últimas décadas el sector extractivo minero ha fortalecido su conciencia y acciones frente a la importancia de su entorno social y de respeto a los derechos colectivos de los pueblos donde opera. Cada vez se pueden constatar más ejemplos exitosos de estos acercamientos y trabajo conjunto entre la empresa minería y minorías étnicas por el desarrollo de la comunidad y de reconocimiento de los derechos humanos.

Es importante destacar que la empresa minera responsable en el sector entiende la importancia de desarrollar aspectos ambientales, sociales, y de gobernabilidad frente a sus proyectos en recursos naturales. Uno de los aspectos más importante es la obtención de la licencia social para operar. Aquellos proyectos que la alcanzan incorporan un activo invaluable para atraer inversionistas al avance del proyecto extractivo. Sin embargo, hoy en día los inversionistas involucrados en la financiación de proyectos mineros ven con cautela los procesos adelantados por los gobiernos para llevar a cabo la consulta a comunidades en América Latina. En varios casos acontecidos el proceso y el mecanismo de consulta parecen no haber sido acordado de antemano con los pueblos indígenas y comunidades. La participación ciudadana en estas consultas también parece haber sido alentada unilateralmente por organismos en contra de la minería sin objetivos palpables de desarrollo de las comunidades.

Un ejemplo polémico frente a la consulta popular aconteció en Colombia y tenía como objetivo el proyecto aurífero La Colosa, administrado por Anglo Gold Ashanti («AGA») en Cajamarca, departamento del Tolima. El congreso colombiano en 2015 reconoció el mecanismo para convocar consultas populares de origen ciudadano. Así, la recolección de firmas para llevar a cabo la consulta en Cajamarca fue llevada concretada por un colectivo de ciudadanos motivados en contra de la minería. Luego de recoger un mínimo de firmas, la consulta fue aprobada y la registraduría llevó a cabo el proceso en 2017 mediante votación. Se obtuvo una participación del 37% que superaba mínimamente el umbral de participación ciudadana requerido (33%). La consulta preguntó: «¿Está de acuerdo, sí o no, con que en Cajamarca se ejecuten proyectos y actividades mineras?» resultando en 99% del voto en favor de prohibir la minería en el municipio. A este punto AGA ya había invertido cerca de US\$370 millones en desarrollo de La Colosa. Hasta ahora varias entidades siguen cuestionando el grado de validez de esta consulta y si fue o no vinculante. Este caso evidenció una alta incertidumbre jurídica en la minería colombiana y generó recelo sobre si es posible avanzar grandes proyectos mineros en dicho país, en 2017 la empresa multinacional manifestó que no descartaba una demanda a la nación colombiana por cuenta de este caso. A la fecha la empresa se dedica a desarrollar otro proyecto de cobre y oro conocido como Quebrado en Antioquia, Colombia. Aunque Quebradona aún se encuentra bajo factibilidad, el proyecto ha generado alguna resistencia. Sin embargo, desde el inicio del proyecto AGA ha desplegado una labor enorme en la integración de componentes sociales y ambientales en esta etapa del proyecto, así como diálogo permanente y apoyo a las comunidades.

El sector minero responsable de hoy es altamente autocrítico y ha aprendido varias lecciones después de muchos casos en los que en los que no se escucharon las necesidades de las comunidades vecinas y en los que los beneficios de la actividad minera no se percibieron en la zona de influencia del proyecto. Dos ejemplos contrastantes de la importancia de la licencia para operar se pueden constatar con la Nación Navajo en los estados de Arizona y Nuevo México, EE. UU., En las décadas de los años 50's y 60's la compañía Kerr-McGee operó con prácticas muy pobres minas de uranio y dejó pilas de desechos radioactivos expuestas en áreas de sensibilidad cultural para la Nación Navajo. Estos desechos generaron daños irreversibles a la salud de la comunidad. Después de casi seis décadas se pudo llegar a un acuerdo en que se reconocería una indemnización destinada a limpiar los sitios contaminados y que incluyó un monto de US\$5.15 billones a ser asumidos por Anadarko, compañía propietaria de Kerr-McGee. La comunidad Navajo ha dado muestras que no permitirá desarrollar mi-

nería de uranio en sus tierras o de permitir el acceso a compañías dedicadas a esta actividad. Una de las empresas que falló en entender la historia de esta comunidad y en la consecución de su licencia social para operar dentro sus territorios fue Uranium Resources Inc., que planteaba desde 2012 un proyecto de extracción de uranio que requería una inversión de capital por US\$35 millones. En julio de 2014, la Nación Navajo decidió anular cualquier discusión sobre el acceso y uso de la tierra por parte de este proyecto extractivo. Aunque la mayor parte del área del recurso mineral no estaba dentro de la reserva Navajo (ver Figura 1) se requería transitar 100 metros de vía dentro de la reserva indígena para acceder al área. El paso por esta vía fue vetado por la comunidad Navajo y así hoy el proyecto aún no ha avanzado materialmente desde 2012.

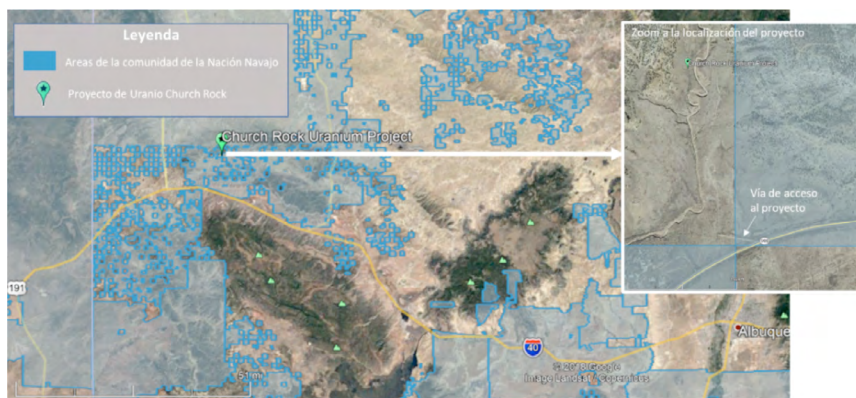


Figura 1

Mapa de Localización del Proyecto de Uranio Church Rock en Nuevo México, EE. UU.

Sin embargo, tenemos otro ejemplo exitoso de licencia social para operar con la comunidad Navajo. Durante más de 30 años la compañía BHP Billiton operó la mina de carbón Navajo en Nuevo México. Sus estándares de operación y colaboración con la comunidad fueron altos, el respeto al entorno prevaleció, y logró emplear 80% de su personal desde la comunidad indígena. En 2013, BHP Billiton vendió la mina a la comunidad y la extracción de carbón continuó con altos estándares de calidad traspasados a la comunidad por parte de la multinacional australiana. Hoy los operadores de la mina son 100% de la etnia Navajo y se esfuerzan por operar con respeto a las comunidades tribales y no tribales de su zona de influencia.

2. Puntos para tener en cuenta para procesos de consulta previa, libre e informada en América Latina

En términos generales las iniciativas de plantear procesos de consulta en el en Latinoamérica a comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroamericanos y montubios, para concesiones mineras es un proceso que al ser bien implementado podría ayudar a los objetivos de acercamiento y cooperación de la empresa privada a las comunidades en el continente americano. Sin embargo, cabe resaltar que este es un proceso delicado y que la implementación de estos procesos debería tener en cuenta lo siguiente:

Revisión continua

La metodología debe tener una revisión constante y retroalimentación que incluya el aprendizaje obtenido en la aplicación de los mecanismos de consulta de cada caso que ha sido ejecutado y del tiempo transcurrido en cada proceso.

Es necesario para los gobiernos reflejar en sus iniciativas de consulta que el tiempo transcurrido desde la exploración inicial hasta constituir la fase de explotación de un proyecto minero puede llegar a tomar décadas y las condiciones de factibilidad del proyecto fluctúan con los mercados, la liquidez del titular minero, factibilidad técnica, y acceso a infraestructura. Durante este periodo las expectativas de las comunidades y áreas van a cambiar significativamente. Por eso se debería tener en cuenta si el momento de la aplicación puede nutrirse de una revisión o actualización periódica de ésta. Esto podría servir como instrumento monitor del interés y entendimiento para las comunidades consultadas hacia el proyecto minero. Es factible que la comunidad modifique sus opiniones y argumentos en el momento en el que se otorga el derecho minero y cuando se inicia la fase de explotación. En muchos casos es necesario plantear pactos de contingencia para clarificar situaciones o cambios que puedan afectar lo que en principio fue objeto de consulta.

Certificación

Se debe demostrar a la empresa privada de una manera efectiva que las comunidades están de acuerdo con la metodología del proceso. Respecto a este tema, se debe verificar y obtener los créditos en los cuales certifiquen, como un soporte para el inversionista, que tanto

el gobierno como las comunidades, pueblos, naciones indígenas, pueblos afroamericanos, han llegado o no a una concertación, como producto de una consulta previa, y que sean documentos tan claros en los que deban arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir, o restaurar los efectos, que las medidas de autoridad produzca o pueda generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.

La necesidad de un diagnóstico social veraz

Se deben reconocer garantías que exista una verdadera identificación a través de censos recientes de las comunidades y los representantes de dichas comunidades estén debidamente acreditados.

Un caso donde la identificación de comunidades fue deficiente aconteció en julio 2017 en Guatemala donde la compañía Tahoe Resources («Tahoe») se vio obligada a suspender la producción de la mina polimetálica conocida como El Escobal. La suspensión de operaciones se dio acatando la orden de la corte constitucional de ese país después de que el Centro de Acción Legal Ambiental y Social de Guatemala presentará una acción de amparo argumentando que no se realizó las consultas comunitarias al pueblo indígena Xinca previo a autorizar las licencias para la operación de El Escobal. En una comunicación de Tahoe a sus inversionistas en julio 5, 2017 se manifiesta que la compañía creyó que todos los requisitos de la consulta previa fueron llevados a cabo por el Ministerio de Energía y Minas de Guatemala en 2013 y que el censo indicaba que no existía presencia Xinca en el área de influencia del proyecto. El inconveniente pudo haber resultado de que el último censo que se había realizado en el área fue datado en 2002 y al mismo se le reconocen varias deficiencias en la categorización étnica del territorio.

El caso de Tahoe es importante ya que es una mina que comenzó operaciones en 2014 después de una inversión significativa de \$500M en inversión de capital, generó ventas en 2017 por US\$356 millones, y regalías a Guatemala por US\$18.7 millones. Ese anuncio hizo que la empresa perdiera inmediatamente en 42% de su capitalización del mercado equivalente a US\$1.13 billones. Hoy, las entradas al fisco guatemalteco por cuenta de la mina El Escobal están en cero y el índice de atracción minera publicado por el Fraser Institute en 2019 calificaba a Guatemala como el tercer peor destino de inversión en minería (después de Venezuela y Neuquén, Argentina). Una posición que en 2015 era mejor y ubicaba al país en el puesto 97/109 en atractividad a la inversión.

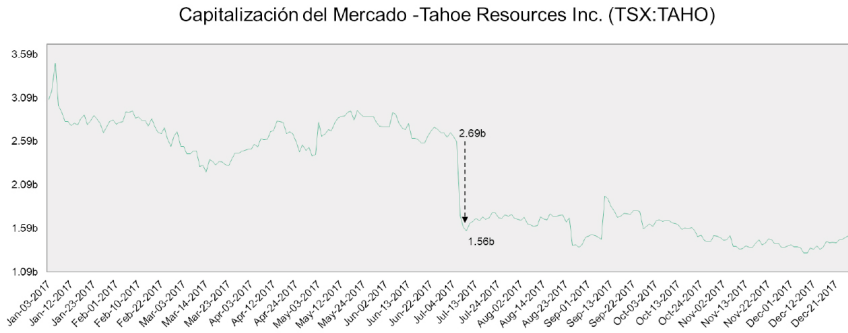


Figura 2

Capitalización del Mercado en 2017 para Tahoe Resources Inc.

El caso de referencia en Guatemala también indica como los plazos para la inclusión y exclusión de áreas de la concesión minera podrían generar malestar social. La huella de impacto de los proyectos de desarrollo minero puede cambiar en cada fase. Una comunidad puede estar silenciosa durante las fases exploratorias y de estudios técnicos, esa comunidad podría no tener mucho interés en hacer parte de los procesos de consulta en etapas tempranas, sin embargo, al iniciar etapas de explotación sus ánimos podrían caldearse al ver tangiblemente el alcance que tiene el proyecto.

Han existido casos como por ejemplo en el proyecto aurífero Amulsar, en Armenia, el cual consiguió financiación de US\$425M por parte de varios fondos de inversión. Este proyecto se planeaba completar en octubre de 2018, pero en junio de 2018 se vio bloqueado por la comunidad del pueblo de Jermuk, localizada a 15 kilómetros de la mina. La comunidad argumentó que no fue completamente incluida por gobiernos anteriores durante los procesos de consulta llevados a cabo entre 2009 y 2016. Esta comunidad paró el proyecto completamente mediante bloqueos ilegales a las vías de acceso. En diciembre de 2019 Lydian se vio obligada a entrar en un proceso de reestructuración debido a la incapacidad de cumplir las obligaciones con sus prestatarios. Este ejemplo destaca la necesidad de permitir un mayor plazo a las comunidades vecinas entrar en el proceso y de generar acercamientos proactivos para alentar a estas comunidades a entrar al proceso de consulta de manera temprana. El inversionista de hoy en el sector minero no puede estimar cuantitativamente el riesgo al que se expone frente a comunidades que permanecen silenciosas en las márgenes del proyecto y durante etapas de exploración.

En el caso de Amulsar, la empresa Lydian International perdió cerca de US\$150 millones de capitalización bursátil desde los bloqueos de las comunidades hasta ser removida de la lista de empresas cotizando en la bolsa de valores de Toronto en diciembre de 2020. La posición de sus dos mayores propietarios con 46.6% (junio de 2018) de propiedad accionaria se redujo significativamente y el valor de la empresa posiblemente llegó a un punto casi irrecuperable. En Lydian International sus dos principales inversionistas ya habían invertido más de \$300 millones en el avance de la construcción de este proyecto aurífero.



Figura 3

Capitalización del Mercado en Jun 2018-Dec 2020 para Lydian International Limited

La inclusión de una agenda temática

La empresa privada minera responsable crea relaciones con sus comunidades vecinas y reconoce que las mismas tienen planes propios de desarrollo y ordenamiento, que generalmente pueden armonizarse con el proyecto minero. Es importante que el proceso de consulta incorpore un componente en su agenda que indague y compile la visión de desarrollo de la comunidad consultada y se trabaje con la empresa minera sinérgicamente para que esa visión se desarrolle.

Podemos citar aquí de nuevo el caso del proyecto Amulsar. En este se pudo haber ignorado los planes de desarrollo que la comunidad de Jermuk, la cual tenía una proyección económica basada en el turismo. La visión de esta comunidad nunca se armonizó con el plan de desarrollo del proyecto minero dentro de los planes de consulta llevados a cabo en el proyecto. Por ende, esto da a pensar que, aunque posiblemente la afectación física de la comunidad hoy no se dé, la visión de

desarrollo futuro si podría tener discrepancias fuertes que se deben armonizar y dialogar.

Integración de las regalías mineras en desarrollo económico de la comunidad

Para la empresa privada e inversor en el sector es importante que se destaquen y discutan los métodos de veeduría y transparencia para garantizar que las regalías mineras llegarán a las comunidades. Si una porción de las regalías va a ser directamente manejada por comunidades también se recomienda trabajar en iniciativas de competencias en formación para el trabajo y educación en la gestión de proyectos comunitarios. La empresa privada ha visto la necesidad de fortalecer estas competencias. Por ejemplo, en la mina de carbón del Cerrejón en Colombia después de varias décadas de operación, se evidenció que la comunidad indígena wayú necesitaba capacitarse en la gestión de proyectos y autogestión de comunidades. En 2016 la compañía Cerrejón LLC contrató seminarios educativos con líderes de estas comunidades. La empresa minera privada responsable ve con mejores ojos la creación de alianzas con las comunidades para empoderarlas y brindarles las herramientas necesarias que les permitan tener una mayor gobernabilidad y desarrollo.

El sector minero debe valorar los acuerdos alcanzados para la distribución de regalías en procesos de consulta previa, pero para recibir el interés y adecuado entendimiento de la comunidad, debe asegurarse de que las regalías de la actividad minera se distribuyan en proyectos más allá de satisfacer las necesidades básicas de la comunidad. Es importante también que la comunidad sepa que la empresa minera responsable potencializa los encadenamientos productivos existentes en su zona de influencia. Se pueden formalizar acuerdos entre la empresa y la comunidad para generar un desarrollo económico paralelo y culturalmente aceptable durante la operación del proyecto. Así se recomienda que la creación de una agenda temática para los procesos de consulta trate la generación de oportunidades de empresarismo y de establecimiento de clústeres económicos en el área de influencia.

Otro de los puntos que se debe contemplar en la agenda es concernientes a «procedimientos apropiados y metodología cultural adecuada» orientada a cómo la empresa minera debe garantizar el respeto de la conservación del componente cultural en su área de influencia. Por ejemplo, en la Columbia Británica, Canadá, la empresa minera Teck trabaja con comunidades aborígenes en el entendimiento de las tradiciones ancestrales e investiga métodos para fortalecer su comunicación

intercultural. Similarmente, Rio Tinto en la Península del Cabo York, Australia, maneja acuerdos comunitarios que incluyen la protección de la herencia cultural, empleo, entrenamiento, y soporte a negocios locales operados por indígenas.

Creación de consejos para los procesos de consulta acorde con las leyes vigentes

Siempre será necesario evaluar las resoluciones y leyes que los gobiernos de Latinoamérica puedan expedir y que faculten expresamente el nombramiento de consejos o comités para la consulta, como mecanismo de participación ciudadana para la toma de decisiones de las políticas mineras locales. Son estos consejos quienes pueden sin desconocer los derechos de esas minorías prever y plasmar las necesidades y planes que se tengan en cada región frente al desarrollo minero. Estos consejos deben tener un alto nivel de independencia frente a las posiciones suscitadas hacia el proyecto minero así como un buen conocimiento de las condiciones socioeconómicas de las comunidades. Es también prudente evaluar la posibilidad de certificación de estos consejos por mecanismos internacionales en el área de comunidades, aspectos ambientales, y en materia de responsabilidad extractiva en recursos naturales.

VIII

Conclusiones

Luke Danielson

Estamos en la región de nuestro estudio en un momento de muchos cambios en las relaciones entre los gobiernos y nuestras comunidades originarias y tradicionales. Esta nos presenta con muchos desafíos, pero también con grandes oportunidades de mejorar un pasado que ha sido lamentable.

Hemos pasado de la época de asimilación forzada de las comunidades minoritarias a una visión de repúblicas pluriculturales en que, a pesar de nuestras diferencias e historias, podemos imaginar un futuro de un desarrollo equitativo, compartido y sustentable. Y solucionar el problema de la toma de decisiones es necesario para que este futuro brille.

Las obligaciones destacadas en el Convenio OIT 169 y otros instrumentos son obligaciones de los Estados que han ratificado el convenio. Que indica que la naturaleza de la consulta no debe depender de que ministerio tiene la competencia en una materia determinada.

Pero así es en la gran mayoría de los países que hemos estudiado. Las pautas, las guías, y los reglamentos para la consulta se han adoptado organismos específicos del gobierno para las actividades dentro de sus competencias, y no aplican al gobierno entero. Hay un número de fuentes importantes de derecho internacional que son vinculantes para los gobiernos y que establecen derechos para los pueblos indígenas si el gobierno ha ratificado o no el Convenio OIT 169. Pero el hecho que los tribunales en los países que han ratificado el convenio lo están aplicando como parte de su cuerpo jurídico domestico es alentador.

Las obligaciones destacadas en el convenio e instrumentos relacionados son obligaciones de los estados que han ratificado el convenio.

Esto para nosotros indica que la naturaleza de la consulta, al menos en sus elementos fundamentales, no debe depender de qué ministerio esta encargado de un proyecto específico.

Pero desafortunadamente, este es el caso en la mayoría de los países que hemos estudiado. En la ausencia de leyes o reglamentos que aplican a todos los organismos del gobierno, contornos, pautas, y reglamentos sobre la consulta han sido adoptado por varios ministerios u agencias para las actividades dentro de sus competencias. No aplican a otros organismos, y la variación en sus contenidos es notable en sus contenidos es notable.

Puede ser que la experiencia de los varios ministerios u otros organismos de gobierno pueden iluminar las necesidades de un proceso aceptable. Pero el objetivo debe ser una ley, o un reglamento de aplicación general a las actividades del gobierno. Y cualquier normativa o mecanismo desarrollado para implementar la consulta indígena no debería reducir las garantías establecidas en los estándares internacionales.

Como explicó el Rapporteur anterior, «la consulta y el consentimiento libre previo e informado deben ser entendidos como la extensión del derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación. Por lo tanto deberían ser capaces de decidir sus propios destinos sociales, culturales, y políticos y en fin salvaguardar sus derechos reconocidos en la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas y otras fuentes sobre derechos humanos».

Flexibilidad

Esta no indica que una disposición legal tiene que proveer que los requisitos de la consulta deben siempre ser los mismos.

Una ley o un reglamento pueden reconocer las diferencias entre los proyectos dependiendo de su tamaño e impactos que puedan generar ya sea en los ecosistemas o en las mismas comunidades. Carreteras, represas, y parques eólicos no son iguales, y las diferencias pueden y deben ser reconocidas. Debemos aprovechar la experiencia especializada dentro de agencias.

Y deberían estas disposiciones adaptarse también a las características de las comunidades. La consulta indígena debería ser un proceso diferenciado, dentro de un marco común que aplica a todos, y que va más allá de otros procesos de participación ciudadana disponibles a la población nacional.

Si la consulta ocurre mediante mecanismos culturalmente apropiados que respeten las estructuras representativas, los tiempos y formas

de toma de decisión de los pueblos indígenas involucradas, tiene que existir una cierta flexibilidad en un reglamento o una ley.

Debería considerar los usos y costumbres de las comunidades indígenas y nativas para la toma de decisiones y el tipo de medida pretende aprobar.

Puede ser que esta requiere, como existe en ciertos países, que una ley destaca una etapa preliminar en cada caso en que se acerca a la comunidad para determinar sus necesidades y para definir, junto con la comunidad, el proceso de la consulta. Es decir, una etapa preparatoria en la cual la entidad promotora podrá realizar reuniones con las organizaciones representativas e informarles sobre el plan de consulta. Esta etapa preparatoria podría ser muy útil para definir reglas comunes y una metodología que permita un verdadero diálogo intercultural.

El Tribunal Constitucional de Perú nos ha enseñado que:

«El momento exacto de la consulta previa no podría ser determinado como un estándar aplicable indistintamente a toda comunidad. la oportunidad de la consulta previa debería considerar los usos y costumbres de las comunidades indígenas y nativas para la toma de decisiones y el tipo de medida pretende aprobar»... (Caso IDLADS Perú, Fundamentos 41, 42 y 43)

La consulta sobre la consulta para una ley nacional

Nos parece que el Convenio en su artículo 6.º requiere que una ley o un reglamento que pretende definir los lineamientos de las consultas por todas actividades del gobierno tiene que ser consultado. El desarrollo previo de un proceso de consulta de la reglamentación de la consulta indígena, también llamado «consulta de la consulta», aparte de ser una obligación es crítico para que la reglamentación goce de legitimidad social y por tanto cumpla el objetivo. Como ha dicho Profesor Donoso:

«Una primera lección aprendida es la importancia de consensuar con los pueblos indígenas la metodología de la *consulta de la consulta*, o al menos informarla claramente si no es posible dicho consenso total o parcialmente. Se trata de una cuestión compleja considerando que un proceso de *consulta de la consulta* se realiza habitualmente sin un parámetro normativo a nivel doméstico respecto a la metodología que se debe observar, pues dicho proceso precisamente busca eso. Así, la metodología de la *consulta de la consulta* es importante no solo porque debe garantizar el ejercicio del propio derecho de consulta, sino además porque la falta de acuerdo respecto a la misma podría afectar sensiblemente la legitimidad del proceso».

Pero esta nos presenta unas preguntas fundamentales. En esta consulta nacional, hay dificultades en decidir cómo se identifican los participantes indígenas. Algunas comunidades indígenas o tradicionales son grandes. Otros pequeños. Algunos pueden tener más recursos económicos que otros, o dominar mejor el idioma nacional, o tener mejor acceso a expertos o abogados. En ciertos países, hay congresos u otros organismos indígenas con cierto grado de aceptación y legitimidad como representantes de los intereses de todas las comunidades, Pero en otros países estos organismos pueden ser regionales, o no existir.

Es habitual que los pueblos indígenas impugnen o critiquen procesos de consulta por considerar que los participantes indígenas no han sido validados para representarlos o bien no encarnan adecuadamente la pluralidad de visiones que existen entre ellos.

El diálogo sobre la consulta requiere un cierto nivel de confianza y la disponibilidad de todas las partes para aceptar un eventual acuerdo y traducirlo en política pública. Como dijo Benito Juárez, Presidente de México, «El respeto al derecho ajeno es la paz».

No es decir que todos los problemas de representatividad están a lado de los pueblos tradicionales e indígenas. En varios gobiernos hay conflictos internos sobre quien tiene la palabra en pronunciar las posiciones del gobierno. Minería no se siente representado por la agencia indígena nacional. Y estos dos no quieren ser representados por energía, o por transporte.

Solucionar estos conflictos internos requiere un cierto liderazgo por el ejecutivo máximo del gobierno, que tiene que decidir como los varios intereses dentro del gobierno pueden ser representados en un dialogo sobre como reglamentar la consulta.

¿Cuándo ocurre la consulta?

Una idea que ha surgido repetidamente es que la consulta sobre un proyecto determinado debe ser puntual, y ocurrir una vez. Muchos de los partidarios de esta visión son también partidarios de un plazo muy corto para la consulta y que, si no hay acuerdo dentro del plazo, el gobierno tiene la libertad de tomar decisiones unilaterales. Es como decir que el proceso es tan desagradable que se debe hacerlo lo más rápido posible, y después cortar la comunicación y volver a sistemas de toma de decisión que no incluyen la voz de la comunidad afectada.

Pero esta desvaloriza lo que los empresarios más sabios entienden que tiene un valor enorme: las buenas relaciones, cooperación, y los

intereses comunes entre vecinos. Esta a veces se llama la «licencia social». Si logramos una buena comunicación, ¿por qué terminarlo?

Como ha escrito Andrés Rodríguez:

«Uno de los aspectos más importante es la obtención de la licencia social para operar. Aquellos proyectos que la alcanzan incorporan un activo invaluable para atraer inversionistas al avance del proyecto extractivo».

El ciclo de vida de un proyecto minero puede ser de décadas. Todo tipo de evento puede ocurrir, muchos de ellos completamente impredecibles. Van a afectar a las comunidades cercanas, a la empresa, al gobierno. Van a presentar la necesidad de tomar decisiones que afectan los intereses de todos. Y cuando esta ocurre, buena comunicación tiene un valor inestimable.

La idea que la consulta ocurre no más de «una vez en la vida» tiene también conflictos lógicos. Pocas comunidades indígenas aceptan la idea que el Estado otorga concesiones en sus territorios sin consultarles. Cuando los gobiernos lo han hecho, ha generado muchos conflictos.

Y cuando llega a la exploración, no van a aceptar la idea que equipos de exploración entran a sus territorios sin consulta. Pero en esta etapa, nadie sabe si existe un depósito, si es económicamente viable, exactamente donde esta, o cuales pueden ser las técnicas mejores para su explotación. Es decir que cuando empieza la fase de exploración, un diálogo sobre una posible mina futura no puede ser informada.

Mientras que suben y bajan los precios de minerales, que cambian tecnologías, que son identificados extensiones del depósito, u otros factores cambian, no nos parece que hay alternativas positivas a dialogo y consulta adicional.

Como ha dicho el Tribunal Constitucional del Perú en el caso IDLADS Perú,

«debe ser un diálogo constante durante todo el proceso de elaboración e implementación de la medida». (Fundamentos 41, 42 y 43)

Y Dr. Alvarado dice:

«Un punto importante es que «los procesos de consulta indígena no son un solo acto puntual, sino que deben realizarse en todas las fases de planeación e implementación de la medida o actividad en cuestión, lo que implica una comunicación constante entre el Estado, como garante de las consultas, y la parte indígena».

En breve, la consulta no debería ser concebida como si fuera un permiso otorgado en un punto que dura por la vida del proyecto. La consulta es una relación continua entre vecinos.

Participación de privados

No cabe duda de que bajo el Convenio y el fallo *Sarayaku*, y los varios fallos nacionales, el deber de consultar es un deber del estado, que no puede ser delegado a un interés privado.

A la misma vez, cuando hay intereses económicos importantes que dependen en los resultados de la consulta, es difícil decir que los inversionistas o los privados que tienen intereses privados no tienen ningún rol en el proceso.

Hay seguramente cosas que están prohibidas, como las prácticas destacadas en *Sarayaku*: acercarse a miembros de la comunidad para establecer polos de oposición dentro de la comunidad, ofrecer beneficios a los que expresan opiniones a favor del proyecto, financiar las campañas de opositores a los líderes tradicionales, en fin dividir a la comunidad. El gobierno tiene cierta responsabilidad para asegurar que estas cosas no ocurren, y un reglamento de consulta debería contener cláusulas que definan las prácticas proscritas.

Pero más allá de esta, los inversionistas pueden estar en condiciones de ofrecer cosas que de veras quieren. Esta puede ser empleo, el fomento de pequeñas empresas. O transporte, como mejores caminos o ferrocarriles o aeropuertos. O servicios básicos como energía eléctrica, torres de celulares, agua potable, tratamiento de aguas servidas, o acceso al internet. O apoyo para escuelas, o puestos de salud.

En un mundo ideal, proveer muchas de estas cosas serían responsabilidad del estado. Pero este no es un mundo ideal, y muchos gobiernos han sido lentos en hacerlo, sobre todo en las comunidades aisladas, rurales y pobres, como son muchas de las comunidades indígenas.

Es en algunos países es casi universal que una empresa promotora de un proyecto de inversión negocie un acuerdo con la comunidad expresando sus compromisos en estas dimensiones del proyecto. Ver por ejemplo el *Impact Benefit Agreement Guidebook* de Simon Fraser University,¹ o IIED, *Mapping community development requirements in the mining sector*.²

¹ Ver https://rem-main.rem.sfu.ca/planning/IBA/IBA_Guidebook_2-24.pdf

² <https://www.iied.org/mapping-community-development-requirements-mining-sector>

En muchos casos, las comunidades al menos van a querer saber que puede ofrecer la empresa en un acuerdo de este tipo. Pero hay mucha incertidumbre sobre como este elemento se relaciona con la consulta gubernamental:

- Seguramente este proceso debe estar libre de las prácticas prohibidas destacadas en *Sarayaku*.
- Seguramente debe dar espacio para un dialogo honesto sobre las prioridades de desarrollo de la comunidad, los beneficios que el proyecto puede traer a la comunidad.
- Seguramente debe empezarse y dar espacio para la debida consideración dentro de cualquier plazo que es aplicable a la consulta entre la comunidad y el gobierno.
- Seguramente no debe servir como excusa para el gobierno de abandonar su rol como garante del proceso.

Probablemente es el momento de proveer recursos a la comunidad para contratar a abogados, especialistas u otros para que le comunidad puede negociar desde una posición mas cerca de igualdad. Apoyo básico para fortalecer la capacidad de las comunidades puede llevar la negociación a resultados constructivos para el beneficio de todos. El sistema chileno tiene disposiciones para este tipo de apoyo, como discutimos en adelante.

Los reglamentos que tenemos no iluminan mucho este aspecto del proceso. Por ejemplo en Chile, no está regulada explícitamente pero tampoco excluida expresamente. Existe un instructivo de agosto de 2016 que recomienda —para la etapa de diálogo— la realización de reuniones con los titulares de los proyectos que se han denominado «reuniones tripartitas». Esto tiene sentido y es importante en la medida que los acuerdos que se adoptan en la consulta indígena se refieren a medidas ambientales y compromisos voluntarios que asume y deberá ejecutar el titular del proyecto, y cuyo cumplimiento es fiscalizado por la Superintendencia del Medio Ambiente.

Recursos para apoyar a las Comunidades

A nuestro juicio, una de las razones principales por lo cual algunas comunidades son menos entusiastas en participar en los diálogos es que son muy conscientes de su posición de desigualdad de recursos. La empresa o el gobierno llegan a las reuniones con equipos de abogados, ingenieros, biólogos, especialistas de todo tipo. Y en estas materias, es difícil no imaginar que un representante de una comunidad rural no tiene temor de ser engañado.

Por lo cual hemos tenido muchas sugerencias que es al interés de todos proveer algunos recursos a las comunidades para que puedan obtener la pericia necesaria para evaluar la información especializada que están recibiendo. Esta en principio una oportunidad de generar confianza y generar acuerdos.

Nuestro colega José Claudio Mozó opina que:

«Esta problemática se torna aún más dramática cuando se busca desarrollar proyectos en zonas donde habitan comunidades que históricamente se han visto en una posición desmejorada frente al Estado. Tal es el caso de las comunidades indígenas».

En Chile, el Servicio de Evaluación Ambiental cuenta con disponibilidad presupuestaria para aportar recursos a los GHPPI consultados para este efecto.

Dra. Noejovich ha escrito que es:

«necesario que las comunidades cuenten con un asesor legal. Esto haría más costo-eficiente los procesos y facilitaría el seguimiento del cumplimiento de los compromisos del acuerdo de consulta».

Coordinación con el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

También es importante decidir como relacionar el proceso de evaluación ambiental con la consulta indígena. La consulta de comunidades indígenas o tradicionales es algo específico, con su base en los acuerdos y disposiciones legales internacionales. La consulta pública en la evaluación de impacto ambiental pertenece a todos ciudadanos y tiene su base en la Declaración de Rio, y legislación nacional.

Por ejemplo, en el 8 de septiembre del 2021, la Corte Constitucional de Ecuador aclaró que la consulta ambiental estipulada en el artículo 184 del Código Orgánico del Ambiente (2018)

«no aplica ni reemplaza al derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas».

Las comunidades indígenas han tenido un temor muy realista que algunos van a decir que, por participar en el proceso de consulta pública de evaluación ambiental, han sido acordado una consulta que cumple con el Convenio 169 OIT.

A la misma vez, la consulta indígena tiene que ser «informada». Y el estudio de impacto ambiental es una de las fuentes más importantes de información relevante a las preocupaciones de las comunidades. Por lo cual tiene poco sentido, al menos en la mayoría de las circunstancias, tener un plazo para la consulta indígena en que se espera la decisión de la comunidad antes de que el estudio de impacto ambiental esta disponible para un tiempo suficiente para su debida evaluación.

EL «DERECHO DE VETO»

Lo que en nuestra opinión nos ha distraído y puesto obstáculos a progresar el debate es la pregunta repetida de si ¿«tienen las comunidades el derecho de veto, o no?»

Como ha dicho Dr. Alvarado:

«La Relatoría de la ONU sobre pueblos indígenas ha analizado esta cuestión enfatizando que al reducir los principios de consulta y consentimiento a un debate sobre la existencia de un veto, se pierde de vista el espíritu y carácter de dichos principios internacionales. Los principios de consulta y consentimiento buscan crear un diálogo de buena fe entre los Estados y los pueblos indígenas».

Los principios de consulta y consentimiento están dirigidos a establecer un dialogo de buena fe entre estados y pueblos indígenas para llegar a consenso y acuerdos que garantizan los derechos humanos de los ciudadanos indígenas. Es decir poner fin a los patrones históricos en que se han impuesto decisiones de otros en una manera que ha amenazado la sobrevivencia física y cultural de los pueblos originarios de nuestros países.

La Comisión de Expertos de la OIT, en su Observación General 2011 sobre la obligación de consulta del Convenio 169, estableció lo siguiente respecto a la finalidad de las consultas:³

«1. las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; **debe producirse un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo;**» (...)

³ CEACR OIT, Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (n.º 169). Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Organización Internacional del Trabajo (2011).

De acuerdo con esta visión son el fallo de la Corte Interamericana en *Sarayaku v. Ecuador*, más varios de los fallos de tribunales nacionales destacados en este artículo.

La consulta y el consentimiento no deberían ser comprendidos como la imposición de un veto, pero simplemente como mecanismos mediante los cuales el Estado puede asegurar que las decisiones que adopta cumplan con sus obligaciones internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas.

Hay que notar que existen puntos de referencia importante. Por ejemplo, las normas de desempeño de la CFI (Norma 7), aplicable a todos sus préstamos, y aplicable a los préstamos de los muchos bancos privados que son integrantes de los Principios del Ecuador,⁴ ya requieren el «consentimiento» de las comunidades. De acuerdo son las disposiciones de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de las Comunidades Indígenas de 2007. El programa más reconocido de certificación de minas, la Iniciativa para el Aseguramiento de la Minería Responsable (IRMA por sus siglas en inglés) tiene todo un capítulo (2.2) en su estándar dirigido a la consulta, y requiere consentimiento de la comunidad.

Entonces a pesar de la pregunta si las disposiciones jurídicas de un país determinado requieren o no el consentimiento, la realidad es que obtener el consentimiento es la mejor practica.

Si el objetivo es alcanzar un acuerdo, en la opinión de Profesor Donoso:

«esta discusión no está bien enfocada y la vinculabilidad de la consulta indígena debe abordarse de un modo distinto. En efecto, si el resultado de un proceso de consulta indígena es un acuerdo con los pueblos consultados, no puede haber duda de que ese acuerdo es vinculante para el gobierno respectivo. Por otra parte, si el resultado del proceso de consulta es un desacuerdo con los pueblos consultados, podría afirmarse que el resultado de dicho proceso no es vinculante en el sentido que no implica un derecho de veto, pero puede igualmente entenderse que es vinculante en tanto el gobierno debe necesariamente tener a la vista y considerar la opinión recibida de los pueblos indígenas al dictar la respectiva medida».

⁴ Ver https://equator-principles.com/app/uploads/EP4_Spanish.pdf.

Bibliografía

1. Chile

- CEACR OIT (2011): *Observación General 2011*, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (n.º 169).
- Comisión asesora presidencial para la evaluación del seia (2016): Informe Final, Ministerio del Medio Ambiente.
- Carmona, Cristóbal (2020): «Evaluación ambiental, consulta indígena y el “desplazamiento de los derechos de los pueblos indígenas”», *Revista de Derecho* de la Universidad de Concepción, N.º 248, pp. 199-232.
- Hartling, Jay (2017): *Guía de buenas prácticas para la Consulta Previa en las Américas*, Programa Regional de «Participación Política Indígena» en América Latina, Fundación Konrad Adenauer Stiftung.
- Núñez, Manuel (2014): «La consulta indígena en el procedimiento de calificación ambiental: desarrollo reglamentario y configuración judicial», *Anuario de Derecho Público 2014*, Universidad Diego Portales, pp. 317-338.
- Becerra, L. F. (2017): ¿Cumple Chile los estándares internacionales en materia de consulta a los pueblos indígenas? *Estudios Constitucionales Año 15*, N.º 1, 129-152.
- Meza-Lopehandía, M. (2015): *Consulta previa indígena en Chile: marco jurídico e implementación*. Valparaíso: Biblioteca del Congreso Nacional.

2. Colombia

- Organización Indígena de Antioquia y Comunidad Indígena EMBERA-CATIO de Chajeredó vs. Corporación Nacional de Desarrollo del Chocó (CODE-CHOCO) y la Compañía de Maderas del Darién (MADARIEN) (Tercera Sala de Revisión de la Corte Constitucional) <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-380-93.htm>.

- Procuradora Delegada para Asuntos Etnicos vs. Gobernador del Departamento del Cesar, el Registrador Nacional del Estado Civil y el Registrador Departamental del Cesar (Septima Sala de Revisión de la Corte Constitucional) (1999) <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-634-99.htm>.
- Julio Alberto Torres Torres y otros vs. Ministerio del Interior y de Justicia y otros (Cuarta Sala de Revisión de la Corte Constitucional) (2010) <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-547-10.htm>.
- Oscar Carupia Domicó y otros, a nombre de los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito pertenecientes a la etnia Embera-Katío vs. Ministerios de Transporte, Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Interior y de Justicia, de Minas y Energía, de Agricultura, de Defensa, el Consejo Asesor de Regalías (Quinta Sala de Revisión de la Corte Constitucional) (2011); Jovannys Pardo Castro vs. la Dirección General Marítima de la Capitanía de Puerto de Cartagena (Dimar) (Primera Sala de Revisión de la Corte Constitucional) (2012) <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-376-12.htm>.
- Junta Directiva del Consejo Comunitario de Mulaló vs. Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio del Interior, Instituto Nacional de Vías (INVIAS), Consorcio D.I.S. S.A-EDL LTDA (Primera Sala de Revisión de la Corte Constitucional) (2013) <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-657-13.htm>.
- Zully Amparo Archibold vs. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la Corporación Autónoma Regional Coralina y el Municipio de Providencia y Santa Catalina Islas (Cuarta Sala de Revisión de la Corte Constitucional) (2014) <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-800-14.htm>.
- Jacinto Epinayú, Luis Geronel Quintana y otros, identificados como indígenas del pueblo wayúu, vs. el Incoder, con vinculación de Agromar SAS (Primera Sala de Revisión de la Corte Constitucional) (2015) <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-661-15.htm>.
- Barragán, D., Muñoz, L. & Sanhueza, A. (en edición). La importancia de la democracia ambiental para la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en América Latina y el Caribe en *Escuela de Derecho Ambiental Homenaje a Gloria Amparo Rodríguez*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Barragán, D. (2017). Derechos de Acceso en asuntos ambientales en Ecuador. Hacia el desarrollo de una actividad minera respetuosa del entorno y las comunidades. Santiago de Chile: CEPAL.
- Carrión, P. (2012). *Consulta previa: Legislación y aplicación. Análisis de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador*. Quito: Konrad Adenauer Stiftung / Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental.
- CEDA, ASIES & SPDA. (2014). *El derecho a la consulta previa, libre e informada: Hallazgos de un proceso de aprendizaje entre pares para la investigación y la acción en Ecuador, Guatemala y Perú*. Lima: CEDA, ASIES & SPDA.

- Due Process of Law Foundation & Oxfam. (2011). *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Lima: Due Process of Law Foundation & Oxfam.
- Fontaine, G. (editor). (2004). *Petróleo y desarrollo sostenible en Ecuador. 2. Las apuestas*. Quito: Flacso.
- Martínez, A. & Aguilar, V. (2015). La consulta prelegislativa y la participación de los titulares de derechos colectivos: ¿mito o realidad? Análisis del caso de la Ley de Aguas. *OBETS. Revista de Ciencias Sociales*. Vol. 10, n.º 2, pp. 335-368 DOI: 10.14198/OBETS2015.10.2.03.
- Orellana, M. (2014). Democracia Ambiental y Desarrollo Sostenible: Hacia un Instrumento Regional sobre Derechos de Acceso en *Informe Ambiental Anual 2014*. Buenos Aires: Fundación Ambiente y Recursos Naturales.
- Rodríguez, G. (2014). De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia. Bogotá: Cooperación Alemana GIZ y Universidad del Rosario.
- Tello, M. (2016). *Conflictos Mineros e Institucionalidad Estatal: el caso del Proyecto Llurimagua, en el período 2000-2014* (tesis de maestría). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Normas revisadas

- Constitución Política de la República del Ecuador, 1998. Registro Oficial 1 de 11 agosto de 1998.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- Ley Orgánica de Participación Ciudadana. Registro Oficial Suplemento 175 de 20 de abril de 2010.
- Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Registro Oficial Suplemento 578 de 27 de abril de 2009.
- Código Orgánico del Ambiente, Registro Oficial Suplemento 983 de 12-abr.-2017.
- Reglamento al Código Orgánico del Ambiente. Registro Oficial Suplemento 507 de 12 de junio de 2019.
- Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa de la Asamblea Nacional. Registro Oficial Suplemento 733 de 27 de junio de 2012.
- Acuerdo Ministerial N.º 116, Registro Oficial Edición Especial 985 de 29 de marzo de 2017. Art. 10.
- Criterios para la vigilancia del debido proceso en los procesos de consulta previa, libre, informada de buena fe y de la consulta ambiental. Registro Oficial 465 de 10 de abril de 2019.
- Proyecto de Ley Código Orgánico de Consulta Previa Libre e Informada, Ambiental y Legislativa. 13 de mayo de 2022.

Sentencias

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia-Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador de 27 de junio de 2012.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 001-10-SIN-CC de 18 de marzo de 2010.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 22-18-IN/21 de 8 de septiembre de 2021.
- Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.º 0920-19-EP. Auto Sala de admisión.
- Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 9-19-CP/19 de 17 de septiembre de 2019.
- Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 1149-19-JP/20 de 10 de noviembre de 2021.
- Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 7-21-CP y acumulado/22 de 12 de enero de 2022.

3. Perú

- Arana, Rocío y Barrero, Keyla (2021): Perú: Retrocesos en tiempos de Covid-19. Evaluación de los cambios en las salvaguardias sociales y ambientales en Perú durante la pandemia Covid-19 y las consecuencias para los pueblos indígenas y sus territorios. Documento de Debate, GIZ. Recuperado de: https://www.forestpeoples.org/sites/default/files/documents/Peru%20Roll-back%20report%20ES_1.pdf.
- Cavero, Omar (2011): *Después del Baguazo: informes, diálogo y debates*. Cuaderno de trabajo N.º 13. Septiembre. Departamento de Ciencias Sociales, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú. Recuperado de: https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/52663/baguazo_cavero.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Duque Morales, D. y Mosquera Monelos, S. (2018): «Comentarios sobre la adaptación de los criterios de identificación indígena del Convenio 169 de la OIT en el ordenamiento jurídico peruano», *Derecho & Sociedad*, (50), pp. 221-233. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/20389>.
- Freire, German Nicolás and PÉREZ SERRANO, Sergi (2016): *Prior Consultation in Peru: lessons learned and challenges: main report (Spanish)*. World Bank Group, Washington, D.C. Recuperado de: <http://documents.worldbank.org/curated/en/164661472713448678/main-report>.
- Griffiths, Tom (2007): Exigiendo Responsabilidad al BID y la CFI en Camisea II: Una Revisión de Estándares Internacionales Aplicables, y Diligencia y Conformidad Debidas. Amazon Watch. Recuperado de: [Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, n.º 103
ISBN: 978-84-1325-180-6, 2022, Bilbao](https://www.fores-</p>
</div>
<div data-bbox=)

- tpoples.org/sites/default/files/publication/2010/08/perucamiseaiiidbifc-sept07sp.pdf.
- Grupo de trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de derechos humanos (2019): *¿Y los Pueblos Indígenas en el Perú? Cumplimiento de las obligaciones del Estado peruano a 30 años del Convenio 169 de la OIT*. CAAAP, Perú. Recuperado de: <http://www.caaap.org.pe/Libros/Informe%20Alternativo%202019.pdf>.
- Hallazi, Luis (2019) «El derecho a la consulta previa y su aplicación en el Perú. 30 años después del Convenio 169 -OIT». *Ecuador Debate*, Número 106, Abril, pp. 111-127. Recuperado de: <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/16237/1/REXTN-ED106-09-Hallazi.pdf>.
- Lanegra, Ivan (2017): «La evaluación de la política pública de la consulta previa». *Revista Argumentos*, Edición N.º 3, Año 11, pp. 14-20. Recuperado de: <http://argumentos-historico.iep.org.pe/articulos/la-evaluacion-la-politica-publica-la-consulta-previa>.
- La Rosa Calle, Javier (2012): «El Derecho a la Consulta Previa y su Implementación en el Perú según las Reglas Legislativas y el Tribunal Constitucional», *Derecho & Sociedad*, (39), pp. 196-203. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13076>.
- Leyva, Ana (2018): *Consúltame de verdad. Aproximación a un balance de la consulta previa en el Perú en los sectores minero e hidrocarburífero*. Oxfam América y CooperAcción, Perú. Recuperado de: <http://cooperaccion.org.pe/wp-content/uploads/2018/07/Consultame-de-verdad.pdf>.
- Quispe Mamani, Maritza (2021): Tribunal Constitucional emite nuevos parámetros que desarrolla el derecho a la consulta previa libre e informada. Instituto de Defensa Legal. Recuperado de: <https://www.idl.org.pe/tribunal-constitucional-emite-nuevos-parametros-que-desarrolla-el-derecho-a-la-consulta-previa-libre-e-informada/>.
- Ministerio de energía y minas (2021): Plan de Consulta del Proyecto de Explotación Minera «San Gabriel». Recuperado de: http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Consulta%20previa%20-%20minería/En%20Proceso/03%20San%20Gabriel/Plan%20de%20CP%20Corire%20completo%20_con%20anexos.pdf.
- O'Diana Rocca, Richard (2020) «¿Cuántos abogados se necesitan para detener el deshielo mundial?: el derecho como instrumento frente al cambio climático» *Ius Inkarrí. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política* N.º 9, pp. 347-360. Recuperado de: <https://revistas.urp.edu.pe/index.php/Inkarri/article/view/3698/4567>.
- Organizaciones que conforman el pacto de unidad de organizaciones indígenas del Perú y AIDSESP (2015) *Pueblos Indígenas del Perú: Balance 2014 sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*. Fundación Ford, Perú. Recuperado de: <https://dokumen.tips/documents/pueblos-indigenas-del-peru-balance-2014-sobre-el-cumplimiento-del-convenio.html>.

- Ruiz Molleda, Juan Carlos (2014): «Problemas Jurídicos en la Implementación de la Consulta Previa en el Perú: o los «Pretextos Jurídicos» del Gobierno para Incumplirla», *Derecho & Sociedad*, (42), pp. 179-192. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12474>.
- Ruiz Molleda, Juan Carlos (2015): El desarrollo jurisprudencial por el Tribunal Constitucional del derecho a la consulta previa: La exigencia judicial de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Documento de Trabajo N.º 41. Instituto de Defensa Legal. Recuperado de: http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4957/Desarrollo_jurisprudencial_por_el_Tribunal_Constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Vargas, Karina. (compiladora) (2016): *La implementación del derecho a la consulta previa en el Perú. Aportes para el análisis y la garantía de los derechos colectivos de los pueblos indígenas*. GIZ, Perú.

Normas relevantes

- Ley N.º 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).
- Reglamento de la Ley N.º 29785, Decreto Supremo N.º 001-2012-MC.
- Resolución Ministerial N.º 375-2012-MC, que aprueba la Directiva que regula el procedimiento del registro de intérpretes de las lenguas indígenas u originarias.
- Resolución Viceministerial N.º 001-2012-MC Creación del registro de intérpretes y facilitadores.
- Resolución Ministerial N.º 202-2012-MC Base de Datos Oficial.
- Resolución Viceministerial N.º 004-2014-VMI-MC: «Lineamientos que establece instrumentos de recolección de información social y fija criterios para su aplicación en el marco de la identificación de los pueblos indígenas u originarios».
- Resolución Viceministerial N.º 010-2013-VMI-MC Procedimiento del derecho de petición de los pueblos indígenas para su inclusión en un proceso de consulta previa o para la realización del mismo, en el Ministerio de Cultura.
- Resolución Viceministerial N.º 013-2016-VMI-MC Procedimiento para aplicación de lo dispuesto en 10mo 5ta Decisión Complementaria transitoria y final del Reglamento de Ley 29785 reconocido en C 169 de OIT.
- Resolución Viceministerial N.º 025-2015-VMI-MC que regula el procedimiento para la entrega de información e implementación del Libro de Registro de Resultados de los Procesos de Consulta Previa.

4. Otras jurisdicciones

- Galvis Patiño, María Clara y Ramírez Rincón, Ángela María «Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la

- participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria» Due Process of Law Foundation, 2013 http://www.dplf.org/sites/default/files/digesto_indigenas_web_final.pdf.
- Implementación de la consulta y consentimiento previo, libre e informado Experiencias comparadas en América Latina y discusiones sobre una ley de consulta en México, Due Process of Law Foundation, 2018 http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_sobre_consulta_y_cpli_mexico_final_web.pdf.
- Convenio n.º 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la consulta previa a los pueblos indígenas en proyectos de inversión. Reporte regional: Colombia, Costa Rica, Guatemala, Chile. Lima: OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2016 Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_507556.pdf.

México

- Acueducto Independencia y la tribu Yaqui. Disponible en https://www.escri-net.org/sites/default/files/Sentencia%20SCJN%20%28Acueducto%20Independencia%29_0.pdf.
- Aclaración de la sentencia Disponible en https://www.escri-net.org/sites/default/files/Aclaracion%20de%20sentencia%20SCJN_0.pdf.
- Mayas con Monsanto. Voto Concurrente disponible en <https://franco.scjn.gob.mx/votos/amparo-en-revision-1982015>.
- Zapotecas con Congreso de la unión. Disponible en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2020-05/1144.pdf?fbclid=IwAR3eCRzDxCgntFN98D7h63jYY8ZKuWRGvulcuw-SFz5_MfJePGdMHNE_Zgl.
- Comisariado Ejidal de Tecoltemi y la Comunidad Indígena Nahua de Tecoltemi con Cámara de Diputados y Senadores del Congreso de la Unión, Director General de Minas de la secretaria de Economía y Minera Gorrión disponible en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2022-01/AR-134-2021-12012022.pdf.

Guatemala

- OXEC y Comunidad q'eqchi. Disponible en https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Oxec_Apelacion%20sentencia%20amparo_CC.pdf.
- Comunidad Xinca y Minera El Escobal disponible en <http://138.94.255.164/Sentencias/840212.4785-2017.pdf>.

5. Internacional

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2021): *Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*. OEA/Ser.LN/II. 28 de diciembre de 2021.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Sentencia de 8 de octubre de 2015.
- Doyle, C., Whitmore, A y Tugendhat, H. (2019) (eds.): *Los protocolos de consentimiento libre, previo e informado como instrumentos de autonomía: sentando las bases para interacciones basadas en los derechos*. (Infoe, ENIP).
- Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *Consentimiento libre, previo e informado: un enfoque basado en los derechos humanos*, A/HRC/39/62 (10 de agosto de 2018).
- Millaleo Hernández, Salvador, (2020) (ed.): *Protocolos Autonómicos de Consulta Previa Indígena en América Latina: Estudios de casos en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Honduras, México y Perú*, Copenhague: IWGIA, octubre de 2020.
- Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Resolución aprobada por la Asamblea General 61/295 del 13 de septiembre de 2007.
- Organización Internacional del Trabajo. *Convenio No. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989.
- Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34* (15 de julio de 2009).
- Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica* (30 de mayo de 2011).
- Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, A/HRC/21/47* (6 de julio de 2012).
- Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, «Consulta y consentimiento: principios, experiencias y desafíos», Presentación para el *Coloquio Internacional sobre la consulta libre, previa e informada: Estándares y experiencias internacionales y regionales-México*, 8 de noviembre de 2016).

- Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, *Comentarios de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el Anteproyecto de Ley Marco de consulta libre, previa e informada a los pueblos indígenas y afrohondureños (Honduras)* (22 de diciembre de 2016).
- Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli Corpuz. *Observaciones adicionales de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre el proceso de regulación de la consulta previa en Honduras*, 9 de junio de 2017.
- Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, *Nota técnica sobre la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en México* (febrero de 2019).
- Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígena, *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas Victoria Tauli-Corpuz al Consejo de Derecho Humanos*, 18 de junio de 2020, A/HRC/45/34.

6. Otra bibliografía

- Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989* (n.º 169). (2013). Organización Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf.
- Organización Internacional del Trabajo. (2022, June 14). *Consulta Tripartita*. <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/tripartite-consultation/lang--es/index.htm>.
- Raygorodetsky, G. (n.d.). *Indigenous peoples defend Earth's biodiversity-But they're in danger*. <https://www.nationalgeographic.com/environment/article/can-indigenous-land-stewardship-protect-biodiversity->
- Indigenous Sovereignty, Consent for Mining on Indigenous Lands*. (2022). BC First Nations Energy and Mining Council.
- Organización de Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, disponible en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.
- OIT, *Convenio número 107*, disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107.

Anexo: Tabla de Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos			
Caso	Tribunal	Año	Disponible en
Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam		2007	http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf
Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador		2012	http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf
Chile			
Caso	Tribunal	Año	Disponible en
Comunidades Indígena Inalafquen e Inocente Panguilef y la Asociación Indígena Futa Koyagtun Coz Coz Mapu vs. Servicio de Evaluación Ambiental	Corte Suprema de Justicia, 3.ª Sala	2014	https://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/comunidad-inalafken-serv-n-ambiental-rios-526728010?_ga=2.217878294.1w068722711.1505931977-240913226.1505931977
Oficina de Asuntos Indígenas de la Conadi vs. S.Q.M. Salar S.A	Corte Suprema de Justicia	2014	http://sentenciasrelevantes.blogspot.com/2014/05/excma-corte-suprema-rol-num-16817-2013.html
Organización Comunitaria «Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya, Miñi Miñi» vs. Servicio de Evaluación Ambiental	2.º Tribunal Ambiental	2015	http://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2014/07/R-54-2014-01-12-2015-Sentencia.pdf
<i>Comunidad Indígena Atacameña de Peine c. Dirección General de Aguas</i>	Corte de Apelaciones de Antofagasta	2020	https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2020/11/CA-Antofagasta-5-2020.pdf
<i>Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y Sus Afluentes con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama</i>	Corte Suprema de Justicia	2021	https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/getRulingNew/9198

Colombia			
Caso	Tribunal	Año	Disponible en
Organización Indígena de Antioquia y Comunidad Indígena EMBERA-CATIO de Chajeradó vs. Corporación Nacional de Desarrollo del Chocó (CODE-CHOCO) y la Compañía de Maderas del Darién (MADARIEN)	Tercera Sala de Revisión de la Corte Constitucional	1993	http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-380-93.htm
Procuradora Delegada para Asuntos Étnicos vs. Gobernador del Departamento del Cesar, el Registrador Nacional del Estado Civil y el Registrador Departamental del Cesar	Séptima Sala de Revisión de la Corte Constitucional	1999	http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-634-99.htm
Julio Alberto Torres Torres y otros vs. Ministerio del Interior y de Justicia y otros	Cuarta Sala de Revisión de la Corte Constitucional	2010	http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-547-10.htm
Oscar Carupia Domicó y otros, a nombre de los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito pertenecientes a la etnia Embera-Katío vs. Ministerios de Transporte, Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Interior y de Justicia, de Minas y Energía, de Agricultura, de Defensa, el Consejo Asesor de Regalías	Quinta Sala de Revisión de la Corte Constitucional	2011	http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm
Jovannys Pardo Castro vs. la Dirección General Marítima de la Capitanía de Puerto de Cartagena (Dimar)	Primera Sala de Revisión de la Corte Constitucional	2012	http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-376-12.htm
Junta Directiva del Consejo Comunitario de Mulaló vs. Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio del Interior, Instituto Nacional de Vías (INVIAS), Consorcio D.I.S. S.A-EDL LTDA	Primera Sala de Revisión de la Corte Constitucional	2013	http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-657-13.htm
Zully Amparo Archibold vs. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la Corporación Autónoma Regional Coralina y el Municipio de Providencia y Santa Catalina Islas	Cuarta Sala de Revisión de la Corte Constitucional	2014	http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-800-14.htm

Colombia			
Caso	Tribunal	Año	Disponible en
Jacinto Epinayú, Luis Geronel Quintana y otros, identificados como indígenas del pueblo wayúu, vs. el Incoder, con vinculación de Agromar SAS	Primera Sala de Revisión de la Corte Constitucional	2015	http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-661-15.htm
Santacoloma Méndez y Negrete Montes	Corte Constitucional	2016	https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-389-16.htm
Comunidad Indígena Awá La Cabaña vs. Consorcio Colombia Energy	Corte Constitucional	2018	https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU123-18.htm
Perú			
Caso	Tribunal	Año	Disponible en
Bustamante con Occidental Petrolera del Perú	Tribunal Constitucional de la República del Perú	2009	https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.pdf
Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana con Ministerio de Energía y Minas	Tribunal Constitucional de la República del Perú	2010	https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05427-2009-AC.pdf
Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5.000 Ciudadanos vs. Presidencia del Consejo de Ministros	Tribunal Constitucional de la República del Perú	2010	http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html
Ministerio de Energía y Minas vs. Gobierno Regional de Junín	Tribunal Constitucional de la República del Perú	2012	http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00005-2012-AI.pdf
Instituto de Defensa Legal vs. Ministerio de Energía y Minas	Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú	2013	https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3281fc0040b6a3268819c9726e1ea793/Sentencia+A.P.N%C2%B0+22322012+LIMA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3281fc0040b6a3268819c9726e1ea793
Instituto de Defensa Legal vs. Ministerio de Energía y Minas	Tribunal Constitucional de la República del Perú	2014	https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/02420-2012-AC%20Resolucion.pdf
Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú (IDLADS Perú) vs. Corte de Justicia de Lima	Tribunal Constitucional de la República del Perú	2021	https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/01717-2014-AC.pdf

Perú			
Caso	Tribunal	Año	Disponible en
Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana – AIDSESP	Corte Suprema de Justicia de la República del Perú	2021	https://dar.org.pe/wp-content/uploads/2021/01/Accion-Popular-contra-el-Reglamento-de-la-Ley-de-Consulta-Previa-por-exonerar-de-consulta-previa-los-servicios-publicos.pdf
Comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucara vs. Instituto Minero Metalúrgico (Ingemmet) y Ministerio de Energía y Minas (MEM)	Tribunal Constitucional de la República del Perú	2019	https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/03066-2019-AA.pdf
Canadá			
Caso	Tribunal	Año	Disponible en
Delgamuukw vs. British Columbia	Supreme Court of Canada	1997	https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1569/index.do
Haida Nation vs. British Columbia (Minister of Forests)	Supreme Court of Canada	2004	https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2189/index.do
Taku River Tlingit First Nation vs. British Columbia (Project Assessment Director)	Supreme Court of Canada	2004	https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2190/index.do
Rio Tinto Alcan Inc. vs. Carrier Sekani Tribal Council (Supreme Court of Canada) (2010)	Supreme Court of Canada	2010	https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/7885/index.do
Behn vs. Moulton Contracting Ltd.	Supreme Court of Canada	2013	https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13038/index.do
Tsilhqot'in Nation vs. British Columbia	Supreme Court of Canada	2014	https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14246/index.do
OXEC y Comunidad q'eqchi		2017	https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Oxec_Apelacion%20sentencia%20amparo_CC.pdf
Guatemala			
Caso	Tribunal	Año	Disponible en
Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala (CALAS) contra Ministro de Energía y Minas	Corte de Constitucionalidad	2017	http://138.94.255.164/Sentencias/840212.4785-2017.pdf

México			
Caso	Tribunal	Año	Disponible en
Acueducto Independencia y la tribu Yaqui	Suprema Corte de Justicia Nacional	2013	https://www.escri-net.org/sites/default/files/Sentencia%20SCJN%20%28Acueducto%20Independencia%29_0.pdf https://www.escri-net.org/sites/default/files/Aclaracion%20de%20sentencia%20SCJN_0.pdf
Mayas con Monsanto. Voto Concurrente disponible en	Suprema Corte de Justicia Nacional	2015	https://franco.scjn.gob.mx/votos/amparo-en-revision-1982015
Norma Angélica Garzón Martínez y otros vs. Cámara de Diputados y Cámara de Senadores del Congreso de la Unión	Suprema Corte de Justicia Nacional	2020	https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2020-05/1144.pdf?fbclid=IwAR3eCRzDxC-GntFN98D7h63jYY8ZKuWRGvulcuw-SFz5_MfJePGdMHNE_Zgl
Comisariado Ejidal de Tecoltemi y la Comunidad Indígena Nahua de Tecoltemi con Cámara de Diputados y Senadores del Congreso de la Unión, Director General de Minas de la secretaria de Economía y Minera Gorrión	Corte Suprema de Justicia Nacional	2022	https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2022-01/AR-134-2021-12012022.pdf
Ecuador			
Caso	Tribunal	Año	Disponible en
Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador y otros contra Ley de Minería	Corte Constitucional	2010	http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=001-10-SIN-CC
Consulta popular del Consejo Nacional Electoral	Corte Constitucional	2014	http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=004-14-DCP-CC
Consulta Popular Galo Patriocio Mina Espinoza, Luis Amador Mina Espinoza y otros pobladores de las comunidades asentadas en las parroquias de Lita	Corte Constitucional	2019	https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaCausa.aspx?numcausa=0002-19-CP
Consulta Popular del Prefecto del Azuay	Corte Constitucional	2019	https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaCausa.aspx?numcausa=0009-19-CP

Ecuador			
Caso	Tribunal	Año	Disponible en
José Rivadeneira Serrano, Coordinadora Ecuatoriana de Organizaciones para la Defensa de la Naturaleza y ambiente CEDENMA, Pedro Bermeo Guarderas, Asociación Animalista LIBETA Ecuador, y Alexandra Almeida Albuja, Acción Ecológica	Corte Constitucional	2021	https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=22-18-IN/21
All Metals Minería y otros v. Corte Provincial	Corte Provincial de Justicia de Sucumbios	2019	https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaCausa.aspx?numcausa=0920-19-EP
GAD de Santa Ana de Cotacachi v. ENAMI y otros	Corte Constitucional	2021	https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=1149-19-JP/21
Arcos Torres y otros v	Corte Constitucional	2022	http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBldGE6J3RyYW1pd-GUnLCB1dWlkOic3ZmFhMzk-0Mi1lYjdmLTQ4YzYtODVjZS02ZmQ1ODkwYjcxZGEucGRmJ30=

Autores

1. **Luke Danielson**

Es abogado, profesor, investigador y consultor en política de minerales, estrategias de desarrollo nacional y desempeño ambiental y social en las industrias de minería y petróleo y gas. Es conocido por su trabajo tanto a nivel internacional como nacional en políticas de minerales, y ha trabajado con más de una docena de gobiernos, incluidos Chile, Mongolia, Mozambique, la República Popular de China y Perú. Fue Director Ejecutivo del Proyecto de Desarrollo Sostenible y Minerales Mineros del IIED. También fue el director fundador de la Iniciativa de Investigación de Políticas Mineras, un proyecto del Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo que apoyó y realizó investigaciones sobre los impactos sociales, económicos y ambientales de la inversión minera en los 23 países de América Latina y el Caribe. Fue miembro del comité de la Asociación Internacional de Abogados que desarrolló el Acuerdo Modelo de Desarrollo Minero. Fue admitido en 2015 en el Salón de la Fama de la Tecnología Minera Internacional por sus contribuciones a la Gestión y Administración Ambiental. Es presidente y cofundador de Sustainable Development Strategies Group.

2. **Andrés Rodríguez**

Ingeniero en Minas y Metalurgia de la Universidad Nacional de Colombia, MSc en Mining and Earth Systems Engineering de Colorado School of Mines. 15 años de experiencia en operaciones mineras y financiamiento de proyectos. Ha sido analista de planificación minera en Colombia y profesional de inversión en proyectos de minería. Ha estructurado inversiones de Private Equity globalmente y liderado procesos de

reestructuración y reorganización de negocios en compañías mineras. Ha sido profesor Adjunto en la Universidad Nacional de Colombia y Revisor de Premios para la oficina de desarrollo económico y comercio internacional de Colorado, Estados Unidos. Fue Vicepresidente de Inversiones en Massey LC, una compañía dedicada a inversiones en recursos naturales, tecnología y la industria marítima. También fue Presidente del directorio de Fortia Minerals S.A., una compañía colombiana líder en producción y comercialización de materiales para la industria metalúrgica y del acero.

3. **Carlos Cante P.**

Economista de la Universidad Católica de Colombia, Magister en Gobierno y Asuntos Públicos de FLACSO. Ha sido viceministro de Minas de Colombia, Director Nacional de Minas y director de formalización minera, así como Asesor para regalías en el Ministerio de Minas y Energía. Ha sido profesor y conferencista en las Universidades del Rosario, Cooperativa y Externado de Colombia e Investigador Asociado en el Norman B. Keevil Institute of Mining Engineering de la Universidad British Columbia. Recientemente ha sido consultor de la Corporación Financiera Internacional IFC en el programa global «From Disclosure to Development»; así como Coordinador de Relacionamento del Observatorio Colombiano de Minería OCMI de la Universidad del Rosario y Asesor de empresas mineras en riesgos de territorio. Desde enero de 2021 es el Presidente Ejecutivo de la Federación Colombiana de Productores de Carbón FENALCARBÓN.

4. **Sebastián Donoso R.**

Es socio del estudio Sebastián Donoso & Asociados, que se especializa en asuntos indígenas, comunidades y derechos humanos. Es abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y posee un Magister en Política Social y Planificación en Países en Vías de Desarrollo de la London School of Economics and Political Science. Es Investigador Asociado del Centro de Políticas Públicas de la Universidad Católica; profesor del Diplomado de Relaciones Comunitarias de la misma universidad; profesor de Legislación Indígena de la Facultad de Derecho también de la Universidad Católica; y profesor de Legislación Indígena en el Diplomado de Derecho de Recursos Naturales de la misma Universidad. Anteriormente fue Asesor Especial para Asuntos Indígenas del Gobierno de Chile. Desde 2013 es consejero del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

5. **Leonardo Alvarado**

Juris Doctor y Magíster en Derecho (LLM) por la Universidad de Arizona. Magíster en Estudios Indígenas por la Universidad de Arizona. Licenciado en Relaciones Internacionales por Fort Lewis College, Colorado.

Abogado, consultor y experto en derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas. Ha trabajado como Abogado Especialista de la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Anteriormente, también trabajó en la Relatoría sobre pueblos indígenas de la ONU, con los dos anteriores Relatores Especiales James Anaya y Victoria Tauli-Corpuz. Asimismo, fue Oficial y Punto Focal en temas de derechos de los pueblos indígenas en la Oficina en Honduras del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Fue Profesor en Estudios Indígenas Aplicados en la Universidad del Norte de Arizona y del Programa de Política y Derecho de los Pueblos Indígenas de la Universidad de Arizona.

6. **Flavia Noejovich B.**

Abogada con maestría en Medio Ambiente y Desarrollo del London School of Economics and Political Science. Cuenta con más de 20 años de experiencia en legislación y política ambiental, enfocándose en su articulación con el desarrollo sostenible y los derechos de los pueblos indígenas. Fue asesora del Viceministro de Interculturalidad y ha colaborado con instituciones públicas de Perú, incluyendo al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, Ministerio del Ambiente y el Servicios Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado. Además, ha colaborado con diversas ONG nacionales e internacionales, tales como la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Asociación Andes, IIED, WRI, IUCN y WWF. Ha sido profesora de la Maestría de Biocomercio y Desarrollo Sostenible de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

7. **Volker Frank**

Sociólogo con una maestría en Políticas de Desarrollo. Desde hace más de 20 años, se desempeña como articulador en situaciones complejas en países de América Latina y busca aportar a la construcción de puentes entre actores con diferentes intereses. Con este fin, aplica una diversidad de herramientas de análisis y transformación de conflictos, diálogo, construcción de paz, Acción Sin Daño, gobernanza.

Ha formado en estos temas actores estatales, de la sociedad civil y de la empresa privada en la mayoría de los países de América Latina. Desde 2019, se desempeña como consultor independiente y ejecuta consultorías en los temas de su experticia para organizaciones nacionales e internacionales.

8. **Daniel Barragán**

Director del Centro Internacional de Investigaciones sobre Ambiente y Territorio (CIIAT) de la Universidad Hemisferios y profesor de Política de Sostenibilidad. Anteriormente se desempeñó como Director Ejecutivo del Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental y como Cynthia Helms Fellow en el World Resources Institute. Actualmente es consejero del Consejo Consultivo de Gobierno Abierto del Distrito Metropolitano de Quito, miembro del Grupo Núcleo de Gobierno Abierto en Ecuador, representante alterno por la academia en la Iniciativa de Transparencia en las Industrias Extractivas (EITI), responsable académico de la Red Académica de Gobierno Abierto (RAGA) Internacional y Coordinador de la RAGA en Ecuador.

9. **José Claudio Mozó H.**

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y LL.M. de la Universidad de Denver. Se ha desempeñado como asesor legislativo en la Cámara de Diputados y en el Senado de Chile. También ha sido consultor para el Foro Intergubernamental de Minería y Sustainable Development Strategies Group.

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 103

La mayoría de los países de Latinoamérica han ratificado el Convenio 169 del OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Convención Americana de Derechos Humanos, y casi todos los países del hemisferio votaron por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007), que consagra la obligación de los Estados de participar en procesos de consulta con sus pueblos originarios antes de tomar acciones que afectan a sus comunidades, territorios o recursos.

A pesar de asumir estas obligaciones, la mayoría de gobiernos han sido lentos en darles efecto. Por lo cual, en más de dos docenas de fallos, los tribunales superiores de la región han cuestionado o anulado decisiones importantes de los gobiernos por falta de cumplimiento de los requisitos de consulta.

Como respuesta, varios gobiernos han impulsado procesos para “reglamentar la consulta” a través de varios mecanismos, con resultados diversos en términos de efectividad. En cualquier caso, una cuestión básica es que los gobiernos tengan la voluntad política de abrir los procesos de decisión con sus pueblos originarios, fundamentados en la implementación de estándares internacionales.



Avalado por



Promovido por



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

BERDINTASUN, JUSTIZIA
ETA GIZARTE POLIKETAKO SAILA
DEPARTAMENTO DE IGUALDAD,
JUSTICIA Y POLÍTICAS SOCIALES