



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**

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**



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.

© Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

Presidente: Jorge Caillaux
Director Ejecutivo: Pedro Solano
Prolongación Arenales 437, San Isidro, Lima
Teléfono: (+511) 6124700
www.spda.org.pe

© Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental

Presidenta: Verónica Arias
Director Ejecutivo: Daniel Barragán
Av. Eloy Alfaro N32-650 y Rusia, 3er piso. Quito-Ecuador
Teléfono: (+593-2) 2238609 / 2231410 / 2231411
www.ceda.org.ec

©Asociación de Investigación y Estudios Sociales

Presidenta: Raquel Zelaya
Secretario Ejecutivo: Luis Felipe Linares
10 calle 7-48, zona 9, Ciudad, Guatemala
Teléfono (+502) 22016300
www.asies.org.gt

Autores: **Guisela Mayén - ASIES; Daniela Erazo - CEDA;**

Ivan Lanegra - Consultor SPDA.

Revisores académicos: **Ivan Lanegra - Consultor SPDA y**

Gloria Amparo Rodríguez - Universidad del Rosario de Colombia.

Coordinación general: **Isabel Calle y Lucía Palao - SPDA.**

Corrección de estilo: **María Eugenia Hidalgo - CEDA.**

Foto: **Thomas J. Müller; Marvin Grijalva; Daniela Erazo.**

Diseño y diagramación: **NEGRAPATA S.A.C.**

Impresión: **NEGRAPATA S.A.C., Jr. Suecia 1470, Urb. San Rafael - Lima 01**

Tiraje: 1000 ejemplares.

Primera edición, Lima 2014.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2014-13909

ISBN: 978-9972-792-95-3

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo financiero de la Iniciativa Think Tank del International Development Research Centre (IDRC), a través del Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental (CEDA) y de la Fundación Gordon and Betty Moore y la Cooperación Belga al Desarrollo, a través de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA). Las opiniones aquí expresadas son las de los autores y no reflejan necesariamente la opinión de la Iniciativa Think Tank, del IDRC, de la Fundación Gordon and Betty Moore o la Cooperación Belga al Desarrollo.

CONTENIDO

SIGLAS Y ACRÓNIMOS.....	5
PRESENTACIÓN.....	9
INTRODUCCIÓN.....	11
EL MARCO INTERNACIONAL DE LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	13
1. CONSULTA PREVIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS Y ADMINISTRATIVAS DEL ESTADO....	14
1.1 La Consulta previa y los instrumentos internacionales.....	15
1.2 Los aspectos a analizar para un adecuado entendimiento del derecho a la consulta	15
CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA: EL CASO DE ECUADOR.....	35
1. REGULACIÓN NACIONAL Y LA INSTITUCIONALIDAD.....	36
1.1 La Constitución de la República del Ecuador.....	36
1.2 Dispositivos legales y responsables de la consulta previa, libre e informada.....	41
2. NIVEL DE IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA.....	47
3. CONTEXTO DE LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA.....	51
3.1 Posicionamiento de los actores: dificultades y fortalezas institucionales del proceso.....	51
3.2 Principales preocupaciones.....	54
4. POSIBLES ESCENARIOS DE LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA.....	56
5. DECISIONES CRÍTICAS DE LOS ACTORES SOCIALES Y AUTORIDADES GUBERNAMENTALES.....	58
BIBLIOGRAFÍA.....	60

CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA: EL CASO DE GUATEMALA..... 63

1. REGULACIÓN NACIONAL Y LA INSTITUCIONALIDAD.....	65
1.1 La Constitución Política de la República de Guatemala.....	65
1.2 La ratificación del Convenio 169 de la OIT.....	66
1.3 Las sentencias de la Corte de Constitucionalidad.....	66
1.4 Borrador preliminar de Reglamento de Consulta y Protocolo de Consulta.....	68
1.5 Legislación que contempla la consulta a los pueblos indígenas.....	70
1.6 Otras regulaciones y las entidades públicas responsables.....	70
2. DIFICULTADES PARA EL AVANCE.....	72
3. ACTORES Y POSTURAS DE LOS INVOLUCRADOS.....	74
3.1 Organismos e instituciones del Estado.....	74
3.2 Comunidades indígenas, actores de la sociedad civil y entidades académicas.....	76
3.3 Sector empresarial.....	79
3.4 Cooperantes.....	79
4. POSIBLES ESCENARIOS DE LOS PROCESOS DE CONSULTA.....	82
5. DECISIONES CRÍTICAS.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85
ANEXOS.....	88
Anexo 1. Lista de consultas comunitarias en Guatemala.....	88
Anexo 2. Cuadros de los actores sociales involucrados.....	91

CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA: EL CASO DE PERÚ..... 95

1. REGULACIÓN NACIONAL Y LA INSTITUCIONALIDAD.....	96
1.1 Normativa nacional.....	96
2. SITUACIÓN DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA.....	113
3. CONTEXTO DE LA CONSULTA PREVIA LIBRE E INFORMADA.....	115
4. POSIBLES ESCENARIOS DE LA CONSULTA PREVIA.....	118
5. DECISIONES CRÍTICAS DE LAS AUTORIDADES PERUANAS FRENTE A LA CONSULTA PREVIA.....	119

CONCLUSIONES..... 121

LINEAMIENTOS BASE DE CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA..... 131

SIGLAS Y ACRÓNIMOS

ECUADOR	
CAL	Consejo de Administración Legislativa
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CODENPE	Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador
CONAIE	Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador
COOTAD	Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización
GAD	Gobierno Autónomo Descentralizado
OIT	Organización Internacional del Trabajo

GUATEMALA	
ACOFOP	Asociación de comunidades forestales de Petén
AMAC	La Asociación de Monitoreo Ambiental Comunitario
AVANCSO	Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala
BM	Banco Mundial
CALAS	Centro de Acción Legal Ambiental y Social
CEDFOG	Centro de Estudios de la Frontera Norte
CESEM	Centro Superior de Energía y Minas
CIEN	Centro de Investigaciones Económicas Nacionales
CNET	Comisión Nacional Extraordinaria para la Transparencia
CNOC	Coordinadora Nacional de Organizaciones Campesinas
COCODE	Consejo Comunitario de Desarrollo

CODISRA	Comisión Presidencial contra la Discriminación y el Racismo contra los Pueblos Indígenas en Guatemala
COMG	Consejo de Organizaciones Mayas
COMUDE	Consejo Municipal de Desarrollo
CONAP	Consejo Nacional de Áreas protegidas
CONIC	Coordinadora Nacional Indígena y Campesina
COPAE	Comisión Pastoral Paz y Ecología
CPO	Consejo de los Pueblos de Occidente
CSA TUCA	Confederación Sindical de Trabajadores/as de las Américas
CUC	Comité de Unidad Campesina
DIGARN	Dirección General de Gestión Ambiental y Recursos Naturales
DIGCN	Dirección de Coordinación Nacional
EIA	Estudio de Impacto Ambiental
FLACSO	Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales
FODIGUA	Fondo de Desarrollo Indígena de Guatemala
FRENA	Frente de la Represión en Guatemala contra los pueblos y el saqueo de Recursos Naturales
GREMIX	Gremial de Industrias Extractivas
IARNA-URL	Recursos Naturales y Ambientales de la Universidad Rafael Landívar
ICEFI	Instituto Centroamericano de Estudios Fiscales
IPNUSAC	Instituto de Problemas Nacionales de la Universidad de San Carlos de Guatemala
ITUC CSI IGB	Confederación Sindical Internacional
MARN	Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales
MEM	Ministerio de Energía y Minas
MSICG	Movimiento sindical indígena y campesino de Guatemala
NIMD	Instituto Holandés para la Democracia Multipartidario
NORAD	Cooperación de Noruega

OACNUDH	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PBI	Brigadas de Paz Internacional
PDH	Procuraduría de Derechos Humanos
PERT-USAC	Programa de estudios rural y territoriales de la USAC
SPDA	Sociedad Peruana de Derecho Ambiental
TTI	Think Tank Initiative
USAC	Universidad de San Carlos de Guatemala

PERÚ

AIDSESP	Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana
A.P.	Acción Popular
CEACR-OIT	Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo
CIUP	Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico
CONAP	Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú
COP	Conferencia de las Partes
IEP	Instituto de Estudios Peruanos
MC	Ministerio de Cultura
MINEM	Ministerio de Energía y Minas
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONAMIAP	Organización Nacional de Mujeres Andinas y Amazónicas del Perú
PPII	Pueblos Indígenas
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TUPA	Texto Único de Procedimientos Administrativos
VMI	Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura

PRESENTACIÓN

América Latina refleja una tendencia creciente en su desarrollo económico, marcada principalmente por la expansión de las actividades extractivas; sin embargo, a pesar de este crecimiento, aún persisten niveles de pobreza y pobreza extrema, sobre todo en áreas rurales. Justamente son en las áreas rurales donde se asientan un gran porcentaje de pueblos indígenas, que paradójicamente son zonas ricas en biodiversidad y con alto potencial en recursos naturales renovables y no renovables.

Esta abundancia de recursos naturales y la necesidad de los Estados de contar con nuevas y mayores fuentes de recursos para financiar el desarrollo está generando una creciente conflictividad socioambiental, relacionada justamente con el acceso, manejo y la explotación de los recursos naturales y la participación no inclusiva y efectiva de la ciudadanía y en especial de los pueblos indígenas en el proceso de toma de decisiones así como en la distribución equitativa de los beneficios asociados al aprovechamiento de los mismos.

En este marco el ejercicio del derecho de consulta previa, libre e informada es fundamental, cada vez que se tomen decisiones legislativas, administrativas y judiciales que puedan afectar a sus derechos humanos o sus territorios, o cuando se pretenda realizar proyectos, obras o actividades dentro de su territorio. Es importante también evidenciar el contenido y alcance de este derecho, desde un enfoque de derechos humanos, asumiendo a la consulta como derecho colectivo, y como un derecho de participación de los pueblos indígenas y tribales.

Así, el derecho de consulta previa, libre e informada ha sido reconocido internacionalmente tanto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Este reconocimiento hace evidente la importancia de este derecho como fundamental para el ejercicio de los demás derechos colectivos de los pueblos indígenas, así como de la necesidad de generar mecanismos y garantías para la implementación efectiva por parte de los Estados en sus países.

Hasta el 2012, 15 países de América, entre estos Ecuador, Guatemala y Perú, han ratificado el Convenio 169 de la OIT lo que implica la obligación de los Estados de garantizar este derecho.

Dada la importancia del ejercicio pleno de este derecho en los tres países mencionados, el Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental (CEDA), la Asociación de Investigación y Estudios Sociales de Guatemala (ASIES) y la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) emprendimos juntos un proceso de aprendizaje interinstitucional, que a través de la generación de información, diálogo y discusión sobre los avances y limitaciones del derecho de consulta previa, libre e informada a nivel regional, nos permita identificar una serie de lineamientos base para el ejercicio de este derecho en la práctica.

Estos lineamientos se proponen en una lógica de aportar a la promoción de una adecuada regulación e implementación de la consulta previa a los pueblos indígenas. En este sentido, en el presente documento se presentan en dos ámbitos: por un lado, se incluyen aspectos sustantivos que de cierta forma proponen delimitar la consulta, y por otro, se identifican aspectos procesales que resultan cruciales para la elección de las mejores alternativas institucionales, que por supuesto deben responder a los contextos y desafíos de cada país.

Como resultado ponemos a consideración la presente publicación “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”, que esperamos contribuya como un insumo técnico-legal a la discusión social sobre la regulación y ejercicio del derecho de consulta previa, libre e informada en nuestra región; y, que de igual forma, pueda ser considerada como insumo al momento de planificar procesos regulatorios sobre este derecho.

Por último, me permito agradecer a quienes hicieron que este proceso de investigación y aprendizaje haya sido posible. En primer lugar, a la Iniciativa Think Tank del International Development Research Centre, la Fundación Gordon and Betty Moore y la Cooperación Belga al Desarrollo por el apoyo financiero y la confianza para profundizar y construir capacidades institucionales en esta temática. A los investigadores de los tres Centros: Iván Lanegra, Guisela Mayén y Daniela Erazo. Un agradecimiento especial a Gloria Amparo Rodríguez de la Universidad del Rosario por su contribución y aporte como revisora académica. Gracias a todos por su empeño y esfuerzo para sacar adelante la publicación!

Daniel Barragán

Director Ejecutivo

Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental (CEDA)

INTRODUCCIÓN

Los estados latinoamericanos han tenido desde su creación una relación estrecha con el aprovechamiento de los recursos naturales. Sus economías se han sostenido en la exportación de minerales, hidrocarburos, recursos hidrobiológicos y recursos forestales, entre otros.

Sin embargo, dicho camino no ha traído consigo el cumplimiento de la promesa de bienestar y prosperidad universal para sus habitantes. Al mismo tiempo, ha puesto los costos ambientales y sociales de dichas actividades sobre la población más vulnerable, incluyendo a los pueblos indígenas. La población de estos últimos representa un porcentaje importante en muchos países latinoamericanos y no solo minorías.

En la actualidad, las actividades extractivas siguen presentes en la agenda de los gobiernos, quienes las consideran esenciales para el sostenimiento de las políticas públicas, en particular las sociales. Es en este escenario en donde surgen conflictos sociales alrededor de la discusión sobre dónde, en qué escala, cómo y cuándo deben aprovecharse los recursos naturales. Y también sobre la posibilidad de desarrollar dichas actividades respetando a los pueblos indígenas. Ello porque es importante que el respeto por los derechos de estos pueblos no sea considerado una traba para las inversiones sino todo lo contrario, que se puede lograr un desarrollo inclusivo con respeto a su cultura y tradiciones.

Estos conflictos y la búsqueda del respeto a los derechos y a la autodeterminación de los pueblos y nacionalidades indígenas dieron lugar a distintos movimientos sociales en Latinoamérica, especialmente los indígenas. Junto a los procesos y presiones internacionales, aquellos dieron como resultado la incorporación de diversos derechos colectivos indígenas en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Uno de estos es el derecho a la consulta previa, libre e informada. Es el soporte conceptual para el ejercicio de los demás derechos colectivos, cuyo reconocimiento,

contenido y alcance se establece en varios instrumentos internacionales de derechos humanos. Uno de los más importantes es el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989, el mismo que fue ratificado por 15 países de América Latina hasta el 2012, lo cual implica la obligación de garantizar este derecho por parte de los Estados. Adicionalmente, podemos destacar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, del 2007, que considera no solo el proceso de consulta previa sino el consentimiento previo, libre e informado de pueblos y comunidades con respecto de las medidas a ser implementadas.

En este documento se presenta el análisis de la legislación y la institucionalidad de: Ecuador, Guatemala y Perú, con el propósito de mostrar el estado de la cuestión en la aplicación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

Del mismo modo, a modo de conclusiones se ha realizado una identificación de aquellos elementos compartidos y las principales diferencias entre estos tres países, con relación a su regulación, implementación, la posición de los principales actores, así como las preocupaciones y oportunidades frente a una implementación eficiente del derecho a la consulta previa, libre e informada.

Por último, se ha elaborado recomendaciones para la promoción de su implementación desde el campo del derecho, las cuales enfocan la necesidad de considerar dos áreas mutuamente dependientes: la identificación de las cuestiones sustantivas sobre las cuales hay que adoptar decisiones y los aspectos procesales y la elección de las mejores alternativas institucionales.

El presente documento muestra que la implementación del derecho a la consulta previa dependerá de los factores propios de cada país, dado que no existe una receta única, ni en lo sustantivo ni en lo procesal, que pueda responder por igual a los desafíos que enfrentan las naciones latinoamericanas.

EL MARCO INTERNACIONAL

DE LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS



1. CONSULTA PREVIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS Y ADMINISTRATIVAS DEL ESTADO

La consulta previa a los pueblos indígenas y tribales de las medidas legislativas y administrativas de los Estados constituye una obligación que han adquirido los países que son parte del Convenio OIT N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989, de la Organización Internacional del Trabajo –en adelante Convenio 169–. En un sentido similar, aunque partiendo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocido como el Pacto de San José, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha desarrollado la obligación de consultar a los pueblos indígenas y tribales¹. Finalmente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas –en adelante, la Declaración–, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007, constituye un instrumento internacional no vinculante, cuyo contenido viene inspirando el desarrollo de la normativa nacional sobre pueblos indígenas.

1 Como ha destacado el relator especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, también debe tomarse en cuenta el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Anaya, James (2013) El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del derecho internacional. Conferencia en el evento “El rol de los Ombudsmen en América Latina: El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas”. Lima, Perú – 25 de abril de 2013. Disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/esp/declaraciones/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>. Con relación al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, este establece en su artículo 27 que “[en] los estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”. Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), constituido como órgano de monitoreo tras la entrada en vigor de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial en el año 1969, emitió en 1997 la recomendación general 23, enfocada en el combate a la discriminación a pueblos indígenas, instando a los estados a “...que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado;” párrafo 4(d). Disponible en: http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CERD/00_3_obs_grales_CERD.html#GEN23.

1.1 LA CONSULTA PREVIA Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

La consulta previa a los pueblos indígenas y tribales, constituye la piedra angular –junto a la participación– del Convenio 169. Son la base de una visión que busca dejar atrás el sentido “asimilacionista” del Convenio 107 de la OIT, su antecesor, para adoptar un modelo de diálogo y respeto como bases de las relaciones entre los Estados y los pueblos indígenas que habitan en sus respectivos territorios.

Así, en el artículo 6 del Convenio 169 se establece que, “...los gobiernos deberán 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 En el citado artículo también se indica que “las consultas (...) 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”.³

1.2. LOS ASPECTOS A ANALIZAR PARA UN ADECUADO ENTENDIMIENTO DEL DERECHO A LA CONSULTA

Como recientemente ha subrayado la sentencia de la CIDH sobre el caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, la obligación de consulta; dada la amplitud alcanzada en lo que toca al número de países que lo aplican, incluso fuera del ámbito de aquellos que son parte del Convenio 169; además de constituir una norma convencional, es también un principio general del derecho internacional.⁴ El adecuado entendimiento del derecho a la consulta como obligación a cargo del Estado implica analizar, al menos, los siguientes aspectos⁵:

- 2 Esto también se encuentra establecido en el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas al disponer que los estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas, antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.
- 3 Asimismo, estos principios se encuentran recogidos en el artículo 32.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, cuyo texto indica lo siguiente: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas, a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (...)”.
- 4 Párrafo 164.
- 5 El análisis que realizamos a continuación toma en cuenta principalmente el contenido del Convenio 169, así como los documentos oficiales de la OIT, en particular de sus órganos de control. Adicionalmente, se citan las sentencias de la CIDH, así como la Declaración, incluyendo las opiniones del relator especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Finalmente, también se hace referencia a algunas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia.

a. Sujetos de derecho: el pueblo indígena

El concepto de “pueblo” ha servido para identificar a un grupo humano con lazos históricos, étnicos o lingüísticos que le otorgan una identidad colectiva. Debido a la fuerte relación que existe entre el concepto de “pueblo” y el derecho a la libre determinación, en el artículo 1 del Convenio 169 se señala expresamente que la utilización de dicho término “...no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”. De esta manera se solucionó de manera pragmática el temor a que el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas conduzca a demandas separatistas.⁶

Aunque el Convenio 169 no define el concepto de pueblos indígenas, en razón de la enorme diversidad de sus características e historias particulares⁷, sí establece en su artículo 1 un conjunto de criterios para su identificación. De acuerdo con ello, los pueblos indígenas descienden de las poblaciones que en la época de la conquista o de la colonización habitaban el territorio que ahora pertenecen a un determinado país, cualquiera sea la situación jurídica de dicho pueblo y en tanto conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Esto es lo que se denomina el “criterio objetivo”.

La OIT identifica los siguientes elementos como parte del “criterio objetivo”⁸:

- > Estilos tradicionales de vida;
- > Cultura y modo de vida diferentes a los de los otros segmentos de la población nacional, p.ej. la forma de subsistencia, el idioma, las costumbres, etc.;
- > Organización social e instituciones políticas propias; y
- > Vivir en continuidad histórica en un área determinada, o antes de que otros “invadieron” o vinieron al área.

6 Bengoa, José. La emergencia indígena en América Latina. Santiago de Chile: FCE, 2007, pp. 272–273. Lo mismo ha ocurrido respecto de las Declaraciones de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada por la Asamblea General de la ONU en septiembre del 2007. Al respecto, James Anaya subraya que “...si algo está claro es que, al apoyar el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación a través de la Declaración, los Estados no estaban apoyando un derecho de los pueblos indígenas a formar estados independientes. Y los propios pueblos indígenas han negado de manera casi uniforme que aspirasen a estados independientes cuando pedían la libre determinación”. Más adelante, el mismo autor precisa que, entendida la libre determinación como derecho humano, su idea esencial es “...que los seres humanos, individualmente o como grupos, tienen por igual el derecho de ejercer el control sobre sus propios destinos y de vivir en los órdenes institucionales de gobierno que se diseñen de acuerdo con ese derecho”. Anaya, S. James (2009) “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la declaración”. En Charters, Claire y Stavenhagen, Rodolfo (ed.). El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas. Copenhague: Iwgia, p. 195-197.

7 No existe en general en el derecho internacional una definición precisa de “pueblos indígenas”, y la posición prevaleciente sobre la materia es que aquella no es indispensable para efecto de proteger sus derechos humanos. Organización Internacional del Trabajo (2009) Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT. Programa para promover el Convenio 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. p. 9. En forma similar, la Norma de Desempeño 7 de la IFC, párrafo 4, reconoce la inexistencia de una definición universalmente aceptada de “pueblos indígenas”: “En los diversos países, los pueblos indígenas pueden denominarse “minorías étnicas indígenas”, “aborígenes”, “pueblos autóctonos”, “nacionalidades minoritarias”, “tribus registradas”, “pueblos originarios” o “grupos tribales””.

8 <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm>.

Al criterio objetivo se le agrega la conciencia de su identidad indígena que dicho pueblo debe conservar. A esta conciencia se le denomina el “criterio subjetivo”.⁹ Cabe destacar que, el ámbito de aplicación del Convenio 169 se basa en una combinación de ambos criterios, por lo que la autoidentificación indígena se complementa con el criterio objetivo antes descrito, y viceversa.

De otro lado, los Estados pueden establecer las definiciones legales que contribuyen a la identificación de los pueblos indígenas –sin necesidad de usar obligatoriamente dicha denominación–.

Conforme al Convenio 169, los pueblos indígenas expresarán su voluntad colectiva en el proceso de consulta mediante sus denominadas “instituciones representativas”. Para determinar cuáles son dichas instituciones, se debe considerar las características del país, las especificidades de los pueblos indígenas, así como el tema y el alcance de la consulta. En consecuencia, considerando las circunstancias, la “institución representativa” apropiada puede ser una de nivel nacional, regional o comunitario; puede ser parte de una red nacional o puede representar a una única comunidad.

El criterio importante es que la representatividad debe determinarse a través de un proceso del que hagan parte los mismos pueblos indígenas, pero al mismo tiempo, la “institución indígena” u “organización indígena” no puede reclamar representatividad sin poder identificar claramente a sus miembros y su responsabilidad hacia estos. Del mismo modo, cuando se realizan consultas nacionales amplias, existe la necesidad de adoptar un enfoque incluyente, que permita la participación de diversas expresiones organizacionales. En el caso de consultas más específicas, su alcance dependerá de la naturaleza de los procesos de evaluación de impacto previstos en el artículo 7(3) del Convenio 169. En cualquier caso, “si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio” (Consejo de Administración, 282ª reunión, 2001, GB.282/14/2). Además, el Convenio 169 establece en el artículo 6(1)(c) que los gobiernos deberán “establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin”.

Cuando se trata de determinar qué instituciones son representativas, los órganos de control de la OIT establecen que “lo importante es que estas [las instituciones representativas] sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas.” (Consejo de Administración, 289.a reunión, 2004, documento GB.289/17/3). No obstante, en ocasiones, con el fin de garantizar que las “instituciones representativas”

9 El Convenio 169 fue el primer instrumento internacional en reconocer la importancia de este elemento subjetivo.

sean tales hay que ir más allá de las instituciones tradicionales, garantizando, por ejemplo, la participación de las mujeres.¹⁰

Debemos recordar que, la existencia de instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas comprende una parte integral de lo que significa ser un pueblo indígena. Es, en gran medida, lo que lo distingue de otros sectores de la población nacional. Por consiguiente, las disposiciones internacionales sobre derechos humanos incluyen la promoción y protección del derecho colectivo de los pueblos indígenas a mantener, controlar y desarrollar sus propias instituciones políticas, culturales, económicas y sociales, incluyendo sus prácticas, sus costumbres, su derecho consuetudinario y sus sistemas legales.¹¹

En conclusión, las instituciones representativas y su adecuada identificación, constituyen procesos vitales para garantizar la consulta y la participación de los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisiones que los afectan.¹²

En lo que concierne a los procesos de consulta, debe tomarse en cuenta que en tanto constituyen procesos de diálogo que pueden derivar en acuerdos obligatorios para las partes –lo que implicaría la disposición de derechos colectivos de los pueblos indígenas, o la limitación en el ejercicio de los mismos–, resulta necesario asegurar que sean los titulares de los derechos colectivos –a través de sus representantes– quienes participen en el proceso de diálogo, adoptando, de ser el caso, los respectivos acuerdos. En caso contrario, se podrían producir dificultades legales y posibles conflictos en el proceso de cumplimiento de los acuerdos, los mismos que podrían ser impugnados al haber sido suscritos por personas sin la capacidad legal de hacerlo.

10 Organización Internacional del Trabajo (2013) Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Ginebra, OIT, p.14-15.

11 Sobre este punto, el artículo 34° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas dispone que “los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

12 Organización Internacional del Trabajo (2009) Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica. Una Guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT. Ginebra: OIT, p. 49. En este sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce la “urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos”. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Preámbulo, párrafo 7.

b. Objeto de la consulta: la medida legislativa o administrativa

Respecto del objeto de la consulta, este lo constituye una “medida estatal”. Es decir, debe ser sometida a consulta cualquier medida legislativa o administrativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, antes de su adopción. No se trata solamente de la afectación de las tierras o territorios¹³ de los pueblos indígenas. El ámbito se extiende a medidas vinculadas a todos los derechos colectivos de tales pueblos.¹⁴ Por dicha razón, el centro del proceso de consulta lo constituye aquella parte de la medida estatal que tiene el potencial de afectar dichos derechos, sin perjuicio de escuchar la opinión de los pueblos indígenas sobre otros aspectos de la medida objeto de consulta.

Como ejemplo, en la sentencia del caso Pueblo Saramaka vs. Surinam¹⁵, la CIDH determinó que el Estado tiene la obligación de consultar cuando se trate de decisiones administrativas o legislativas que afecten o se refieran a:

- i) Los límites territoriales.
- ii) El reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva.
- iii) La adopción de medidas que reconozcan el derecho de consulta.
- iv) El reconocimiento de titularidad de derechos colectivos sobre los territorios.

13 La palabra “territorio” se encuentra mencionada en los artículos 7 y 15 del Convenio 169. Al respecto el artículo 15 de dicho convenio señala que la utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha valorado positivamente la incorporación legislativa de un concepto amplio de territorios indígenas, incluyendo no solamente los espacios ocupados físicamente, sino también los que son utilizados para sus actividades culturales o de subsistencia, tales como las vías de acceso, en tanto esta visión es acorde con la realidad cultural de los pueblos indígenas y su relación especial con la tierra y el territorio, así como los recursos naturales y el medio ambiente en general. De esta manera, la ocupación de un territorio por parte de un pueblo indígena incluye un área física conformada por un núcleo de casas, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados en lo posible a su tradición cultural así como las tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura y otros fines, siendo que los derechos de los pueblos indígenas abarcan el territorio como un todo. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA documentos oficiales. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09. Párrafo 40. p.14.

14 El Convenio 169 subraya la necesidad de consultar en los siguientes supuestos: Antes de la prospección o explotación de los minerales y los recursos del subsuelo (artículo 15(2)), antes del traslado y la reubicación, los cuales sólo deberán efectuarse con consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa (artículo 16), siempre que se considere la enajenación o la transmisión de las tierras de los pueblos indígenas fuera de su comunidad (artículo 17), en relación con la organización y el funcionamiento de programas especiales de formación profesional (artículo 22) y en relación con la alfabetización y programas y servicios de educación (artículos 27 y 28). Organización Internacional del Trabajo (2013) Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Ginebra, OIT. p.12. De otro lado, el relator especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, ha resaltado en sus Comentarios del Relator Especial Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en Relación con el Borrador Preliminar de Reglamento Para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Guatemala), (comentario 18), la necesidad de considerar también la afectación de intereses vinculados con el reclamo de reconocimiento formal, por parte de los pueblos indígenas, de otros derechos colectivos. Disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/attachments/article/732/2011-anaya-comentarios-reglamento-consulta-guatemala.pdf>. En general estamos refiriéndonos a “derechos de los pueblos indígenas”, es decir, que pertenecen al pueblo indígena como colectivo, y no a derechos individuales de los integrantes de los pueblos indígenas, que poseen sus propios mecanismos de garantía.

15 Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

- v) La restricción de derechos de propiedad respecto de planes de desarrollo o inversión.
- vi) Los resultados de estudios de impacto ambiental o social.

c. Entidad estatal a cargo de la consulta

La obligación de consultar recae siempre en el Estado a través de sus distintos organismos. Aunque un gobierno delegue el desarrollo del proceso de consulta en otras entidades, siempre la responsabilidad de que se realice de forma adecuada recaerá en aquel.¹⁶

Cada Estado deberá definir qué entidad estatal llevará adelante el proceso de consulta, pudiendo señalarse, por ejemplo, a aquella que adoptará la medida legislativa o administrativa. Esto, desde luego, no solo incluye a los gobiernos nacionales, sino también a los subnacionales.

d. El procedimiento de consulta

La consulta es un proceso de diálogo entre el Estado -a través de sus entidades- y los pueblos indígenas -a través de sus instituciones representativas- que tiene por finalidad alcanzar un acuerdo o consentimiento. No se trata de un simple proceso de información, ni tampoco constituye un procedimiento electoral. El Convenio 169 se refiere expresamente a realizar dicho proceso en el marco del principio de buena fe. Es decir, las partes deben realizar esfuerzos sinceros por alcanzar consensos. Del mismo modo, y esto está vinculado con el siguiente punto, se presupone que las partes respetarán los acuerdos que se adopten.

En la Observación General sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), publicada el 16 de febrero de 2011, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT -en adelante CEACR-OIT- se pronunció sobre aspectos cruciales referidos al procedimiento de consulta:

En relación con la naturaleza de las consultas, de la revisión de los trabajos preparatorios en relación con el Convenio 169 y de la revisión del Convenio en los dos textos que dan fe, la Comisión [CEACR-OIT] concluye que la intención de los redactores del Convenio era que la obligación de consultar en virtud del Convenio significase que:

¹⁶ Organización Internacional del Trabajo. Op. cit. p. 14-15.

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;
2. tienen que establecerse mecanismos apropiados a escala nacional y ello debe realizarse de una forma adaptada a las circunstancias;
3. tienen que llevarse a cabo consultas a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales en relación con las medidas legislativas y administrativas;
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 cumplirá 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.

En consecuencia, la forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta que adopte cada Estado tienen que permitir la plena expresión -con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas- de las opiniones de los pueblos indígenas -a través de sus instituciones representativas- a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable tanto para dichos pueblos como para el Estado. La CEACR-OIT ha resaltado, además, que debería realizarse una evaluación periódica del funcionamiento de los mecanismos de consulta, con la participación de los propios pueblos indígenas, con el objetivo de mejorar la eficacia de dichos mecanismos.¹⁷ Veamos a continuación cuales son las características más importantes del proceso de consulta.

i. Carácter previo del proceso de consulta (oportunidad)

La CIDH, en la sentencia del caso Saramaka vs. Suriname (párrafo 133), subrayó la necesidad de consultar en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando aparezca la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la

¹⁷ Organización Internacional del Trabajo. Op. cit. p.16.

discusión interna de los pueblos indígenas que les permita brindar una adecuada respuesta al Estado.¹⁸

ii. De buena fe y libre (sin coerción sobre el pueblo indígena)

De conformidad con el párrafo 186 de la sentencia de la CIDH en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino 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, siendo inherente al proceso el establecimiento de un clima de confianza mutua. Por ello, la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de sus agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. La buena fe en el proceso de consulta 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 sus líderes o mediante el establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales.

iii. Informada

Conforme se señala en el párrafo 133 de la sentencia de la CIDH en el caso Saramaka vs. Suriname, el deber de consultar demanda que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Asimismo, el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo indígena tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos aquellos de carácter ambiental o de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto por el Estado con conocimiento y de forma voluntaria.

iv. Flexible y con adecuación cultural

Conforme se señala en el párrafo 133 de la sentencia de la CIDH en el caso Saramaka vs. Suriname, la consulta se debe realizar a través de procesos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. La consulta debe tomar en cuenta los métodos tradicionales del pueblo para la toma de decisiones. La

¹⁸ En la sentencia C- 187/11, párrafo 3.1, de la Corte Constitucional de Colombia, se resalta la importancia de que la consulta sea oportuna, debiendo hacerse con anterioridad a la adopción de la medida pues, una vez tomada la misma, la participación de los pueblos indígenas no podría influir en el proceso decisorio, restándole toda utilidad, convirtiéndose en una mera notificación de algo que ya ha sido decidido. De otra lado, el relator especial James Anaya ha señalado que cuando se trate de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, los pueblos indígenas deberán ser consultados en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas solo a las propuestas. Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párr. 20.

variedad de estas formas culturales exige que las regulaciones estatales sean lo suficientemente flexibles como para adaptar a la variabilidad cultural existente al interior de cada Estado.

La sentencia C461/08 párrafo 6.3.6, de la Corte Constitucional de Colombia, reafirma la importancia de realizar las consultas respetando a las autoridades de cada comunidad así como sus especificidades culturales, para lo cual una etapa “pre-consultiva” de diseño del proceso resultaría de gran utilidad, en la medida en que la flexibilidad establecida en el Convenio 169 y la diversidad propia de los procesos de consulta, así lo exigen. Por lo tanto, los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado. Por ello, una regulación legal rígida del procedimiento de consulta previa puede resultar inconstitucional en casos concretos, cuando de su aplicación se puedan derivar consecuencias contrarias a los mandatos plasmados en la Constitución colombiana y en las normas internacionales aplicables. La Corte Constitucional de Colombia ha recordado, en la misma sentencia, que las normas generales contenidas en las leyes colombianas que tocan la materia o en los distintos decretos generales expedidos por el gobierno nacional de dicho país, reglamentando el tema de la consulta previa, constituyen “pautas facilitadoras de acercamiento entre los pueblos indígenas y el Estado” cuya compatibilidad con los derechos fundamentales de los pueblos implicados y con el objetivo esencial del proceso de consulta, ha de ser evaluada en cada caso concreto. En términos de la Corte, “hay que advertir que esos estatutos contienen conceptos tendientes a posibilitar el inicio de la concertación entre las partes a partir de la definición de algunas herramientas estructurales”. Por lo tanto, las normas que regulan la consulta previa no pueden menoscabar la diversidad y autonomía de cada pueblo indígena y no constituyen un modelo único de acercamiento con los diferentes pueblos.

e. Resultados del proceso de consulta

Al finalizar el proceso de consulta, pueden producirse varios resultados. Uno es que se logre un consenso pleno, con lo cual se alcanza su finalidad, es decir, el consentimiento o acuerdo con la medida estatal objeto de la consulta. En este caso, la entidad estatal adoptará la medida en el marco del acuerdo alcanzado. Una segunda posibilidad es que se logre un acuerdo parcial. En este caso, el Estado debe respetar igualmente los acuerdos parciales y adoptar la medida –de ser el caso- en el marco de las obligaciones establecidas por las legislaciones nacionales. El último supuesto es que no se logre acuerdo alguno. En este caso, el Estado, de considerarlo conveniente, puede adoptar la medida en el marco de las obligaciones

establecidas por las legislaciones nacionales, incluyendo el respeto de los tratados internacionales ratificados por dicho Estado.¹⁹

f. Obligación de obtener el “acuerdo o consentimiento” y el veto

Una de las cuestiones más debatidas sobre los procesos de consulta previa gira alrededor de la comprensión del denominado “principio de consentimiento” y la referencia al “veto” de los pueblos indígenas a la eventual decisión estatal.

Al respecto, el CEACR-OIT ha señalado que las “...consultas no implican un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento.”²⁰ Es decir, sí constituye una obligación para los Estados asegurar que el proceso de consulta no constituya un mero formalismo ni un proceso puramente informativo. Es necesario cumplir con el proceso arriba descrito, pero si el mismo se lleva adecuadamente, en el marco del principio de buena fe, haciendo todos los esfuerzos necesarios para conseguir un acuerdo o lograr el consentimiento y no se logran estas finalidades, el proceso no deviene en inválido. El Estado habrá cumplido con su deber de consultar y podrá adoptar la decisión correspondiente. El acuerdo o consentimiento son, por lo tanto, finalidades del proceso de consulta.

No obstante, aunque la consulta no implique un poder de veto, ello no se traduce en que los Estados tengan entera discrecionalidad para aprobar las medidas a su cargo. La ausencia de un acuerdo no genera, de ninguna manera, un espacio de vacío normativo o de ausencia del Derecho. En estas circunstancias, los Estados están sujetos a las normas y principios propios del estado de Derecho que establecen controles a la acción estatal, prohíben la arbitrariedad y exigen que las medidas que restringen derechos –por ejemplo, las que salvaguardan el derecho a la propiedad colectiva sobre las tierras y territorios– estén previstas en las leyes y estén justificadas en función de la proporcionalidad entre la restricción del derecho y el logro de objetivos legítimos. Si las medidas que adopte unilateralmente el Estado desconocen derechos protegidos (sea en el plano constitucional o en el internacional), podrían ser cuestionadas ante los mecanismos jurisdiccionales internos o internacionales.²¹

19 En el mismo sentido se ha pronunciado el relator especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, al precisar que “en todos los casos en que se aplique el deber de celebrar consultas, su finalidad deberá ser obtener el consentimiento o el acuerdo de los pueblos indígenas afectados. De ahí que las consultas deban realizarse en las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. cit. Párrafo 303. p.118.

20 CEACR-OIT. Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Cabe indicar que “acuerdo” o “consentimiento” son en la práctica sinónimos, en tanto expresan ambos la manifestación de voluntad del pueblo indígena favorable a la medida estatal objeto de consulta.

21 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. cit., p. 123.

Es en este punto donde se debe entender que existen derechos cuya titularidad no pertenece al Estado, sino a los pueblos indígenas –como los derechos sobre las tierras– y que para su disposición o autorización de uso o aprovechamiento, sea con fines públicos o privados, se requiere necesariamente su acuerdo o consentimiento, pudiendo procederse a una expropiación solo en casos excepcionales y bajo supuestos restrictivos. El Convenio 169 establece un supuesto de este tipo, en el cual el consentimiento es un requisito necesario para la disposición de un derecho del pueblo indígena o tribal. Nos referimos al caso previsto en su artículo 17°, referido al desplazamiento forzoso de la población indígena de sus tierras.

Por su parte, el artículo 29 (2) de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas alude al caso de la disposición de materiales y residuos peligrosos en las tierras o territorios de dichos pueblos.²²

De otro lado, la jurisprudencia de la CIDH se ha centrado en el caso de la protección de la propiedad colectiva, a partir del artículo 21° de la Convención Americana de Derechos Humanos²³. Al respecto, en la sentencia del caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, se indicó que cuando la medida estatal propuesta involucre grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo indígena, o gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado de dicho pueblo, según sus costumbres y tradiciones²⁴. No obstante lo señalado, en la misma sentencia (párrafo 127), se aclara previamente que:

“...la protección del derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención no es absoluta (...) Aunque la Corte reconoce la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones. En este sentido, el artículo 21 de la Convención establece que “la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses

22 Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento previo, libre e informado.

23 La Corte ha sostenido que “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana”. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, supra nota 75, párr. 118. De otro lado, en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tingsi, la misma Corte afirma “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente [...] para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.” (supra nota 49, párr. 149).

24 Párrafo 137.

de la sociedad". Por ello, la Corte ha sostenido en otras ocasiones que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. En consonancia con esta disposición, el Estado podrá restringir, bajo ciertas condiciones, los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio.²⁵

Por otro lado, existen derechos que no pueden ser dispuestos, aún con el consentimiento de los pueblos indígenas, como los derechos fundamentales, así como los derechos de naturaleza supraindividual, como lo es, por ejemplo, el derecho a vivir en un ambiente adecuado.²⁶

g. La decisión final del proceso de consulta

Ligado a lo anterior se encuentra la discusión sobre quién debe adoptar la "decisión final" en un proceso de consulta. En primer lugar, debemos recordar que el objeto del proceso de consulta lo constituye una medida legislativa o administrativa, es

25 El mismo criterio se cita en la sentencia del caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párrafo 156. De otro lado, la Corte Constitucional de Colombia, señala en su sentencia C461/08, párrafos 6.3.7 y 6.3.8 que al realizar la ponderación entre los intereses enfrentados en un caso concreto, y con miras a dar adecuada protección al interés en preservar la diversidad étnica de la nación, deberá tenerse en cuenta que, según lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, "sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna). b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas". Cuando después de un proceso de consulta previa en el que hayan sido cumplidas plenamente las diversas garantías constitucionales expuestas en esta providencia, no haya sido posible lograr un acuerdo o una concertación con el grupo étnico afectado, las autoridades preservan la competencia para adoptar una decisión final sobre la realización del proyecto. La adopción de esta decisión es, a su vez, un proceso sujeto a claros mandatos constitucionales; tal y como ha explicado la Corte Constitucional colombiana, "cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrase los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. 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". Criterios similares ha utilizado la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia SU-039/97 - Caso U'wa.

26 El relator James Anaya, en un sentido muy similar, ha sostenido que "en el caso de que no se llegue al consentimiento o acuerdo sobre una medida administrativa o legislativa propuesta, y agotado el deber de consulta, corresponde al Estado tomar una decisión con respecto a la medida propuesta. Sin embargo, esa decisión debe estar fundamentada y enmarcada en los estándares internacionales de derechos humanos de los pueblos indígenas." Comentarios del relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: "Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo", Chile. Noviembre de 2012. Párrafo 67. Disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/1654-comentario-reglamento-chile.html>.

decir, una medida estatal que tendrá como correlato la eventual dación de una norma legal. Por ello, el último acto del proceso, la promulgación de la respectiva norma, constituye una competencia de naturaleza exclusivamente estatal, sea que esté a cargo del legislativo, del gobierno nacional o de algún gobierno subnacional.

Desde luego, también cabe la decisión, en el marco de las atribuciones dadas a estas entidades estatales, de no adoptar la medida, sea como consecuencia del acuerdo logrado en el proceso de consulta o sea parte de la discrecionalidad que posee la entidad competente para cada caso.

Sin embargo, en ocasiones se pone equivocadamente en oposición la idea de "decisión final" con el concepto de "consentimiento". La decisión final puede darse tanto en el caso de consentimiento –incluyendo dicho acuerdo o consentimiento– como en el supuesto de no lograrlo –bajo las restricciones arriba explicadas–, siendo que en cualquier caso, los pueblos indígenas no ejercen un poder de veto sobre la capacidad del Estado de dictar las medidas legislativas o administrativas.

h. Consulta previa y el aprovechamiento de los recursos naturales

En el caso del aprovechamiento de recursos naturales en las tierras indígenas, el artículo 15 (2) del Convenio 169 requiere a los Estados que lleven a cabo consultas con los pueblos indígenas. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos indígenas, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección [exploración]²⁷ o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Además, los pueblos indígenas deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

El carácter previo de la consulta en estos supuestos también se ve confirmado por el artículo 32 (2) de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que aclara que la consulta se debe realizar "antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de los recursos". Como se ha señalado en la sentencia de la CIDH en el caso del pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador "...estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse

27 Esta es la palabra utilizada en la versión en inglés (exploration) del Convenio 169 de la OIT. En francés se usa la palabra, similar al español, prospección.

desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes.”²⁸ Es por dicha razón que el momento de la consulta debe realizarse incluso antes de iniciar algún proceso de exploración que pudiera afectar directamente a los pueblos indígenas.

El relator especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, ha observado que, en muchos casos, las empresas y los Estados sostienen que no están obligados a celebrar consultas para la fase de exploración, limitándola al momento en que se otorgue una licencia o autorización para la explotación de los recursos naturales. Esta posición, a juicio del relator, resulta incompatible con los derechos de los pueblos indígenas, habida cuenta de los efectos reales o potenciales en dichos derechos cuando se realicen las actividades extractivas. La experiencia demuestra que las actividades de exploración y otras actividades conexas, sin consulta previa, suelen generar la desconfianza de los pueblos indígenas y, por ello, dificultar el eventual acuerdo.²⁹

La CIDH, en la sentencia del caso *Saramaka vs. Surinam*, estableció las salvaguardias que debía respetar el Estado a fin de evitar que la exploración o explotación de recursos naturales en las tierras o territorios indígenas implique poner en riesgo la subsistencia del pueblo indígena como tal:

- i. efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala;
- ii. la realización de un estudio de impacto ambiental;
- iii. en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la Convención), según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones

El primer acápite se ha desarrollado ya en el punto d) referido al procedimiento de consulta. Los otros dos puntos serán materia de desarrollo a continuación.

²⁸ Párrafo 167.

²⁹ Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas. A/HRC/24/41, 1 de julio de 2013, párrafo 68. Disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2013-hrc-annual-report-spanish.pdf>

i. Evaluación de impacto ambiental

El Convenio 169 plantea la necesidad de determinar si los intereses de los pueblos indígenas, sus derechos colectivos, serían perjudicados, y en qué medida, antes de las actividades de exploración y explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras o en el subsuelo. El artículo 7(3), resalta particularmente que los estudios de evaluación de impacto deberán ser emprendidos en cooperación con los pueblos indígenas para evaluar la incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente que las actividades previstas puedan tener, y que los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.³⁰

La Organización Internacional del Trabajo ha recordado que las disposiciones sobre los estudios de evaluación de impacto y la consulta se aplican no sólo a la explotación de los recursos naturales, sino también en la fase de exploración. Por lo tanto, los pueblos indígenas deberán ser informados y consultados, y deberán participar desde el inicio mismo de una intervención planeada, incluso antes de que se otorguen concesiones o licencias a los operadores.³¹

Por su parte, la CIDH, en el caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Ecuador (párrafo 205), ha establecido que el Estado no podrá autorizar un proyecto de desarrollo o inversión dentro del territorio de un pueblo 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, los cuales deben servir para evaluar el posible daño o impacto que dichos proyectos pueden tener sobre el pueblo indígena y su propiedad comunal. El objetivo de la evaluación de impacto ambiental no es solo tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también asegurar que los miembros del pueblo indígena tengan conocimiento de los posibles riesgos ambientales y de salubridad, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, con conocimiento y de forma voluntaria.

Por otro lado, la CIDH, en la misma sentencia (párrafo 206), también ha señalado que los estudios de impacto ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto; respetando las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la autorización correspondiente, 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. Por lo tanto, la obligación del Estado de supervisar los estudios de impacto ambiental coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de

³⁰ Organización Internacional del Trabajo. Op. cit. p. 6.

³¹ *Ibidem*.

autorizaciones dentro del territorio indígena. Del mismo modo, la citada Corte, agregó que uno de los puntos sobre el cual debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos.

Las exigencias arriba reseñadas implican:

- i. Realizar la evaluación de impacto ambiental con la participación del pueblo indígena.
- ii. Que el estudio de impacto ambiental pueda ser realizado por una entidad privada subcontratada a su vez por el titular del proyecto de inversión, pero siempre que el mismo sea sometido a un control estricto posterior por parte de órganos estatales de fiscalización.
- iii. Tomar en cuenta la incidencia social, espiritual y cultural que las actividades de desarrollo previstas podían tener sobre el pueblo indígena.³²

j. Participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales y la justa indemnización por los daños ocasionados

De conformidad con el artículo 15 del Convenio 169, los pueblos indígenas deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten las actividades de aprovechamiento de recursos que se encuentren en sus tierras y de las cuales ellos no sean los titulares, así como percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Por lo tanto, deben distinguirse dos cuestiones. De un lado la “participación en los beneficios de las actividades de aprovechamiento” que se realicen en sus tierras de recursos de los que no son titulares. Del otro “la indemnización por el daño que causan dichas actividades” sobre bienes de los que son titulares en tanto pueblo indígena.

En el primer caso, participar de los beneficios –en caso existieran– es una cuestión de naturaleza económica que puede tener diversas formas de concretarse. Su origen no se encuentra en el perjuicio que pudiera sufrir, sino en la legítima expectativa de ser parte de los beneficiarios de una iniciativa económica que se realiza en sus tierras. Las formas pueden ser desde la participación directa en el emprendimiento –como socio/accionista– del mismo, pasando por beneficios no monetarios otorgados por los titulares del emprendimiento –empleo, construcción de infraestructura,

³² Sentencia de la CIDH, en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (párrafo 207).

etc.–, hasta la transferencia de recursos desde el Estado, derivados de los tributos o contraprestaciones que éste último recibe de los titulares de los proyectos de aprovechamiento de los recursos naturales.

El segundo caso, la indemnización por los daños, debe ser objeto de una distinción derivada del titular del derecho afectado. Así, los pueblos indígenas son titulares de distintos derechos colectivos, incluyendo las tierras o territorios. El daño que se genere en ellos como consecuencia de la actividad de aprovechamiento debe ser reparado. Como ocurre con cualquier otro sistema reparador, la prioridad debiera ser impedir el daño. En caso esto no fuera posible, buscar recuperar la situación previa al daño o de buscar alguna prestación que de manera similar, busque asegurar la supervivencia y bienestar del pueblo indígena. En cualquier caso, el punto de vista de dichos pueblos es crucial.

Esta indemnización al daño producido a los derechos colectivos de los pueblos indígenas es independiente de la indemnización que se genera como consecuencia de daños en los derechos individuales –sean sus titulares personas que formen parte de algún pueblo indígena o no– y los derechos de naturaleza supraindividual (como es el caso del daño ambiental “propiamente dicho”, por ejemplo: el daño de un cuerpo de agua natural) que aunque ligados, deben ser diferenciados, en tanto los titulares de las indemnizaciones son diferentes (en los derechos colectivos, los pueblos indígenas, en los individuales, los titulares individuales, en los supraindividuales, habitualmente el Estado).

k. Incumplimiento del Estado de la obligación de consultar

Existen tres supuestos en los cuales el Estado puede incumplir su obligación de consultar.

- i. Adoptar una medida que afecta directamente derechos de los pueblos indígenas sin realizar previamente el proceso de consulta.
- ii. Realizar un proceso de consulta respecto de una determinada medida estatal, pero sin cumplir con las debidas exigencias procedimentales.
- iii. No cumplir con los acuerdos adoptados en el proceso de consulta.

En el primer caso, las consecuencias pueden ser referidas tanto a las propias medidas –impugnaciones administrativas o judiciales, incluyendo la jurisdicción internacional en contra de las medidas adoptadas sin ser consultadas– como respecto de las consecuencias sobre los derechos colectivos afectados, lo cual podrá implicar, eventualmente, reparaciones por los daños ocasionados.

En el segundo supuesto, las consecuencias dependerán de la evaluación concreta del incumplimiento procedimental ocurrido, a fin de corregirlo –de ser posible–, asegurando la adecuada formación de la voluntad del pueblo indígena, en el marco del principio de buena fe. Si no fuera posible asegurar esto último, el proceso de consulta devendría en inválido. Si se adoptara la medida en dichas condiciones, se aplicaría lo señalado para el primer caso.

Finalmente, en el tercer caso, el Estado puede ser sometido a los procedimientos internos –administrativos y judiciales- e internacionales, que lo obliguen a respetar los acuerdos adoptados.³³

1. Obligaciones del sector privado con relación a la consulta previa de medidas estatales

Aunque la responsabilidad de la aplicación del Convenio 169 y demás instrumentos internacionales arriba señalados es de los Estados, es evidente que la consulta previa también genera consecuencias jurídicas para los inversionistas y empresas que operan en los países en los cuales dichos instrumentos se encuentran en vigor, en particular aquellos de carácter vinculante.

Una primera obligación del sector privado es el de no interferir con el cumplimiento de la obligación de consulta a cargo del Estado, tal como se señala, respecto del Convenio 169, en la Nota Breve El Convenio 169 de la OIT y el sector privado. Preguntas y respuestas para los clientes de la IFC (p.4).³⁴ Es posible, indica dicha nota, que un organismo regulador estatal, deseando hacerse de los ingresos que genera el aprovechamiento de los recursos naturales, acelere el proceso de aprobación del proyecto y omita cumplir los requisitos de formulación de consultas que dispone el Convenio 169, o incluya en las leyes compromisos estatales que pueden perjudicar su capacidad para respetar el derecho de consulta de los pueblos indígenas. Además “si el proyecto se está ejecutando en un país con gestión de gobierno deficiente o en situación de conflicto, los riesgos relativos a la influencia del sector privado sobre el gobierno pueden ser mayores. (p. 3-4).

De otro lado, debe estar atento a que el Estado cumpla con su obligación de consultar. Como en la misma nota arriba citada se indica:

“El hecho de que un gobierno no cumpla con su obligación de aplicar el Convenio o con las responsabilidades que le impone la legislación nacional puede tener consecuencias para un proyecto del sector privado. Por ejemplo, si un Estado no

³³ En este último supuesto, también sería posible iniciar acciones administrativas y judiciales en contra de las instituciones representativas de los pueblos indígenas si éstas incumplen los acuerdos adoptados.

³⁴ Disponible en: http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/099d7c004885581abeecfe6a6515bb18/ILO_169_Spanish.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=099d7c004885581abeecfe6a6515bb18

cumple con sus obligaciones respecto de la realización de consultas previas a la ejecución de un proyecto, es posible que los permisos otorgados a la empresa privada sean objeto de impugnación jurídica. (p.3)”

De esto se deriva que las empresas privadas deban verificar que el gobierno realice las consultas debidas antes de la concesión de licencias de exploración o explotación de los recursos naturales (p.6).

Finalmente, deberá cumplir con las obligaciones específicas que imponga el marco nacional en el proceso de consulta previa. Por ejemplo, en virtud de dicho marco nacional de aplicación del derecho de consulta, el gobierno correspondiente puede indicarle a la empresa privada el realizar determinadas actividades. Cuando esto ocurre, la empresa se convierte en un agente del gobierno y, como tal, puede violar el derecho a la consulta previa, consagrado en el Convenio 169.

CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA:
EL CASO DE
ECUADOR

Daniela Erazo
Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental



1. REGULACIÓN NACIONAL Y LA INSTITUCIONALIDAD

1.1. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Por décadas las organizaciones sociales, en especial los pueblos y nacionalidades indígenas, han buscado visibilizarse en la sociedad y en el Estado ecuatoriano, este proceso fue marcado por la lucha de reivindicación de sus derechos y su autodeterminación y por la movilización social, que dio como resultado el reconocimiento de los derechos colectivos en el Ecuador. Estos procesos acontecieron a la par de varias luchas sociales alrededor de Latinoamérica que marcaron la década de los noventa.

Sin embargo, es notorio que algunos de estos derechos consagrados en la Constitución aún no han sido aplicados por la falta de legislación nacional e institucionalidad en el país. A pesar de ello, es fundamental rescatar los avances constitucionales en cuanto a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianas.

El Ecuador se ha consagrado como un país incluyente y garantizador de derechos individuales y colectivos desde la Constitución Política del Ecuador de 1998, en la que se establece el carácter pluricultural y multiétnico del Estado³⁵ y se reconoce como sujetos de derechos colectivos a los pueblos indígenas³⁶. En la actualidad, este reconocimiento se refleja en diferentes cuerpos legales a nivel nacional.

35 "El Ecuador es un Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada" (Constitución Política del Ecuador, 1998: art. 1).

36 "El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 5. 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; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen" (Constitución Política del Ecuador, 1998: art. 84).

Por su parte, la Constitución vigente en Ecuador desde octubre de 2008, está fundamentada en la teoría del neoconstitucionalismo al declarar que somos un Estado constitucional de derechos y justicia³⁷, con aplicación directa y fuerza vinculante de la Carta Magna, lo cual implica una transformación en la institucionalidad, la relación de las personas con el Estado, el desarrollo normativo y la aplicación de los derechos (Narváez, 2012).

La Constitución de la República del Ecuador del 2008 ratifica los derechos colectivos de la Constitución de 1998 y ha generado avances significativos referentes al reconocimiento de la diversidad cultural y étnica que se orienta hacia un cambio de paradigma de un Estado lejano a un Estado garantista.

El texto constitucional incluye un amplio reconocimiento de los derechos, los cuales se encuentran divididos en siete capítulos: i) derechos del buen vivir; ii) derechos de las personas y grupos de atención prioritaria; iii) derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades; iv) derechos de participación; v) derechos de libertad; vi) derechos de la naturaleza y vii) derechos de protección (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La Carta Magna fortalece estos derechos afirmando la equidad, vinculación, respeto y participación en la toma de decisiones, acceso a la información y acceso a los mecanismos de justicia estipulados en dicho cuerpo normativo. Plantea el reconocimiento de la diferencia y la protección e inclusión de las culturas de un territorio común.

Con la Constitución del 2008, recobran fuerza varios derechos fundamentales al ser implementados de manera efectiva a nivel normativo, siempre en beneficio de los ciudadanos y ciudadanas ecuatorianos, derechos tales como la autodeterminación, el vivir en un ambiente sano, la participación ciudadana y el acceso a la información.

Son evidentes los grandes pasos que se han dado en materia constitucional en la última década, el Ecuador ha vivido un proceso de consolidación de los derechos colectivos y derechos de acceso, que surgen de la necesidad de fundar nuevos relacionamientos sociales, que partan del diálogo transparente entre la sociedad civil y el Estado, para de esa manera generar la construcción de una nueva institucionalidad.

Sin embargo, es notoria la línea que distingue el discurso de plurinacionalidad e interculturalidad de la aplicabilidad de estas categorías en las políticas de Estado; es decir, no se ha logrado reemplazar la concepción de individuo por la del colectivo. Todo esto conjuga distintos aspectos y visiones socioculturales que aún no hemos podido asimilar y armonizar en la legislación nacional.

37 "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada". (Constitución de la República del Ecuador, 2008: art. 1).

El derecho a la consulta previa, libre e informada, es uno de los derechos colectivos reconocidos en la Constitución Política del Ecuador de 1998³⁸, en la que se mencionaba que el Estado debe consultar a los pueblos indígenas en casos de actividades extractivas de recursos naturales no renovables. En la actualidad, la Constitución del 2008, ratifica y amplía este derecho y determina que el Estado está obligado a consultar a comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en los casos de adopción de medidas legislativas que puedan afectar sus derechos colectivos y planes o programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables en sus territorios.

Así, la Constitución de la República del Ecuador del 2008 determina:

Artículo 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

Núm. 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.

Núm. 17: Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

De igual manera, en el mismo cuerpo normativo, se ratifica este derecho en el artículo 398, que determina:

Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.

De estos artículos podemos deducir que la consulta previa, libre e informada se relaciona directamente con los derechos de acceso, con especial énfasis al acceso a la participación. Consecuentemente también con la Declaración de Río de 1992 sobre Medio Ambiente y el Desarrollo y su principio 10, en el cual se recomienda

38 Art. 84.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: Núm. 5 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; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.

que el mejor modo para tratar las cuestiones ambientales sea mediante el acceso a la información ambiental, participación ciudadana y acceso a los procedimientos judiciales y administrativos, es decir, acceso a la justicia ambiental³⁹.

Por lo tanto, el derecho a la consulta previa, libre e informada es relacionado con este principio por ser considerado un mecanismo de participación en materia ambiental con dedicación especial a los pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianos.

El derecho de participación a la vez evidencia la facultad de las personas, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades a proponer, evaluar y controlar la implementación de las políticas públicas de su interés. Es decir, el derecho a la consulta previa, libre e informada se considera por una parte, un mecanismo de participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones del Estado; y por otra parte, un derecho colectivo consagrado en la Constitución de la República del Ecuador y estipulado en instrumentos internacionales como el Convenio 169 de OIT⁴⁰ y la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas⁴¹.

La Constitución es el cuerpo normativo tutor de los derechos fundamentales. Es reconocida como la norma garantista de derechos colectivos, señala que todas las personas, colectivos, pueblos o nacionalidades gozan de los derechos establecidos en ella; y reconoce a los instrumentos internacionales siempre y cuando sean concordantes con las garantías establecidas en la Constitución⁴².

La Constitución de la República del Ecuador expresa que los derechos y garantías constitucionales se aplicarán sin perjuicio del interés general. Adicionalmente, la Constitución posee un carácter progresista, es decir, ninguna norma podrá limitar, restringir, u omitir el ejercicio de un derecho o garantía constitucional antes reconocido, tal es el caso del derecho a la consulta previa, libre e informada respecto al consentimiento previo. (Constitución del Ecuador, 2008: arts. 11 y 85).

Es fundamental mencionar que en el Ecuador se aplica el principio de reserva legal, la Constitución faculta a la Asamblea Nacional como el órgano rector en materia normativa, con potestad para crear, suprimir o adecuar, formal y materialmente, las

39 Principio 10: El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

40 Registro Oficial 206 del 7 de junio de 1999.

41 Resolución aprobada el 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

42 Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

leyes y normas jurídicas, con el fin de garantizar la dignidad del ser humano y regular el ejercicio de los derechos.⁴³ Sin embargo, hasta la actualidad, este principio no se ha aplicado en lo que respecta al desarrollo del derecho a la consulta previa, libre e informada y la consulta ambiental, puesto que no existe una ley en la materia que regule este derecho.

Por otra parte, la Constitución del 2008 consagra el principio de inmediatez al determinar que los derechos y garantías estipulados en la Constitución y demás cuerpos legales reconocidos por el Estado ecuatoriano, deben ser aplicados por los servidores públicos de forma inmediata y se considerará la norma que más favorezca al ser humano y sus derechos.

De igual manera, establece que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecen por sobre cualquier norma jurídica o acto del poder público, por lo tanto, la interpretación constitucional no podrá regirse bajo el criterio y voluntad del legislador. (Constitución del Ecuador, 2008: arts. 417, 424, 425 y 427).

Es facultad de los ciudadanos y ciudadanas presentar e interponer acciones en defensa de los derechos consagrados en la Carta Magna y es responsabilidad de las autoridades e instituciones sujetarse a la Constitución. No se podrá justificar la vulneración de un derecho, alegando falta de norma o desconocimiento de la misma ante una violación u omisión de un derecho consagrado en la Constitución (Constitución del Ecuador, 2008: artículo 426).

La Constitución faculta a la Corte Constitucional como el máximo órgano de interpretación de la Constitución⁴⁴, por consiguiente sus sentencias tienen carácter vinculante y garantizan el pleno control de la aplicación de los derechos y preceptos constitucionales en la república.

Podemos concluir que el derecho de consulta previa, libre e informada estipulado en instrumentos internacionales y en la Constitución del Ecuador, es reconocido y sustentado en los derechos colectivos y la estructura institucional al salvaguardar su cumplimiento a través de organismos estatales, autoridades y entidades públicas. Sin embargo, en la práctica aún encontramos dificultades de orden procesal y político que limitan el ejercicio de este derecho.

43 Art. 84.-La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

44 Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: Núm. 1.- Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Los pueblos y nacionalidades indígenas exigen la inclusión y desarrollo de este derecho en el ordenamiento jurídico nacional, que regule las disposiciones en materia de medidas legislativas y actividades relacionadas a la explotación de recursos naturales no renovables y proyectos de gran escala, en concordancia con sus derechos de autodeterminación, respeto de sus culturas y derecho al ambiente sano con enfoque plurinacional e intercultural.

1.2. DISPOSITIVOS LEGALES Y RESPONSABLES DE LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

Debemos partir por resaltar la importancia y consonancia de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Conferencia Internacional de Organizaciones no Gubernamentales (1977), y demás relacionados con la supresión de la discriminación y derechos favorables a los pueblos indígenas para consolidar el reconocimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada en el marco jurídico del Ecuador.

El derecho de consulta previa, libre e informada, es consagrado como un derecho colectivo y un mecanismo de participación que tiene relevancia política, económica y social para la toma de decisiones en el Estado.

En el Ecuador, la falta de una normativa específica referente a consulta previa, libre e informada ha incrementado el nivel de conflictividad en temas socio-ambientales; este derecho, requiere su inclusión en la legislación nacional basada en los lineamientos establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

A partir de la vigencia del Convenio 169 de la OIT en el Ecuador, se han realizado varios intentos por regular el derecho de la consulta sin tener resultados tangibles. Hacemos una retrospectiva y podemos rescatar varios hitos importantes para este derecho.

En el 2002, se aprobó mediante decreto ejecutivo 1215 el reglamento de consulta previa para actividades hidrocarburíferas, el cual pretendía aplicar el artículo 15, numeral 2 del Convenio 169 de la OIT⁴⁵.

El 19 de octubre del 2006, mediante decreto ejecutivo 1897 se aprobó el reglamento al artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental, Codificación 19 (este reglamento fue

45 "En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras".

derogado por desuso), referente a la participación ciudadana y consulta previa, que manifestaba que en caso de no realizarse la consulta previa, quedaría sin efecto cualquier acción o contrato celebrado por el Estado.

Posteriormente, se dicta el acuerdo ministerial No. 076 del 2007 (derogado por el acuerdo ministerial No. 109, del 19 de febrero de 2008, vigente hasta la actualidad), el entonces Ministerio de Energía y Minas estableció los criterios y lineamientos operativos que guiarían la aplicación del reglamento al artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental, referente a las decisiones de riesgo ambiental, la autoridad ambiental minera y dependencias de la administración pública minera (Carrión, 2012).

Encontramos en la normativa vigente el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 303 del 19 de octubre de 2010, en el que se determina el ejercicio de la competencia de explotación de materiales de construcción para los gobiernos autónomos descentralizados y sus circunscripciones.⁴⁶

Adicionalmente, mediante el Registro Oficial Suplemento No. 175 del 20 de abril de 2010 se promulga la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, que reconoce el derecho, mas no lo regula:

Artículo 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.

En el mismo cuerpo legal, podemos observar que se reconoce este derecho como otro mecanismo de participación a la consulta ambiental, se estipula el derecho mas no se detalla su aplicación y procedimientos.⁴⁷

46 Art.141.- Ejercicio de la competencia de explotación de materiales de construcción.- ...Los gobiernos autónomos descentralizados municipales en ejercicio de su capacidad normativa, deberán expedir ordenanzas en las que se contemplará de manera obligatoria la consulta previa y vigilancia ciudadana; remediación de los impactos ambientales, sociales y en la infraestructura vial, provocados por la actividad de explotación de áridos y pétreos; e implementarán mecanismos para su cumplimiento en coordinación con los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales, las organizaciones comunitarias y la ciudadanía.

47 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 (Ley Orgánica de Participación Ciudadana, 2010).

Por su parte, la Corte Constitucional en el 2010, resuelve la demanda de inconstitucionalidad planteada contra la Ley de Minería, en la que determinó que la Asamblea Nacional era la encargada de llevar a cabo el proceso de información, consulta y recepción de opiniones como lo manifiesta el artículo 57, núm. 17 de la Constitución, respecto a la consulta prelegislativa y que en lo posterior será la encargada de llevar a cabo los procesos de consulta prelegislativa y contará con la colaboración del Consejo Nacional Electoral y del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador.

En esta sentencia se establecieron algunas fases para aplicar el derecho de consulta:

- Fase de preparación
- Fase de convocatoria pública
- Fase de información y realización de la consulta
- Fase de análisis de resultados y cierre de la consulta.

De igual manera, la Corte recomendó considerar el enfoque de interculturalidad en todas sus características, es decir, respetar el idioma, autoridades, procesos de toma de decisiones y tiempo.

Consecuentemente, el Consejo de Administración Legislativa, CAL, acogiéndose a la sentencia de la Corte Constitucional, aprobó el Instructivo para la Aplicación de Consulta Prelegislativa de la Asamblea Nacional mediante resolución legislativa en el 2012. El instructivo plantea los requisitos mínimos de la consulta. No obstante, no cumple a cabalidad con los principios determinados en la Constitución, en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Finalmente, se dicta mediante decreto ejecutivo No. 1247 del 2012 el “Reglamento para la ejecución de la consulta previa, libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos”, con el afán de garantizar el cumplimiento de este derecho, y legitimar nuevas operaciones en los bloques licitados en la XI ronda petrolera.

El Decreto 1247 faculta a la Secretaría de Hidrocarburos del Ecuador como entidad encargada de llevar a cabo los procesos de consulta previa para proyectos de licitación de bloques petroleros con el apoyo del Ministerio de Ambiente y la Secretaría de Pueblos.

“El presente instrumento tiene por objeto reglamentar el proceso de consulta previa que llevará a cabo la Secretaría de Hidrocarburos mediante la determinación de mecanismos de participación; identificación de los actores que intervendrán; de los procedimientos administrativos; de los beneficios sociales que podrán recibir las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultadas y las demás condiciones que permitan brindar legitimidad, seguridad y certeza jurídica a los procesos tendientes al aprovechamiento de los recursos hidrocarburíferos del país” (decreto ejecutivo 1247: 2012: artículo 1).

El decreto 1247 considera como ámbito de aplicación de la consulta a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que se encuentren asentados dentro de la zona de influencia de los bloques o áreas de licitación petrolera más no a las comunidades aledañas que puedan sufrir algún grado de impacto.

De la misma forma se determina al derecho de consulta previa como un mecanismo de participación e información, cuya finalidad es considerar los criterios y las observaciones de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas para contribuir en la gestión de la política pública sectorial y fomentar su participación en la toma de decisiones para que las áreas a ser licitadas puedan desarrollarse de manera adecuada. (Decreto Ejecutivo 1247, 2012: artículos 3 y 5 numeral 4). En este sentido, se desvirtúa el objetivo de la consulta previa de alcanzar acuerdos y un consentimiento como lo establece el Convenio 169 de la OIT y se lo reduce a un derecho de información.

El decreto también señala que en caso de que la participación no sea efectiva o no se llegase a acuerdos, no será causal de nulidad del proceso y no se suspende la continuación del mismo. El análisis de estos y otros artículos denota que el decreto ejecutivo al ser el único reglamento referente a consulta previa, libre e informada que regula este derecho en materia específica de hidrocarburos, no cumple con los principios de los instrumentos internacionales firmados y ratificados por el Estado ecuatoriano, así como tampoco garantiza el derecho integral de consulta acorde con los preceptos de un Estado intercultural de derechos y justicia.

De igual forma, el Estado en su carácter de sujeto consultante debe realizar la consulta de manera eficiente y responsable. Es decir, considerar la participación de las organizaciones, instituciones y representantes de acuerdo al mandato constitucional e instrumentos internacionales vinculantes.

En este contexto, los sectores sociales en goce de las garantías consagradas en la Constitución y ejerciendo sus derechos determinados en los demás cuerpos legales, exigen al Estado la inclusión en el marco legal nacional de una ley que permita regular este derecho.

Entre los proyectos de reformas de ley vetados por el Presidente de la República encontramos varias iniciativas para regular el derecho a la consulta prelegislativa e incluirlo en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, a los que no se han dado paso.

Por otra parte, existen dos proyectos de ley que desarrollan el derecho a la consulta previa, libre e informada y han alcanzado llegar hasta el primer debate en la Asamblea Nacional. Uno de ellos presentado por el asambleísta Marco Murillo el 27 de abril del 2012; y el otro presentado por un grupo de asambleístas, entre ellos Diana Atamaint, el 27 de marzo del 2012, con el apoyo de organizaciones indígenas y populares.

Los proyectos de ley determinan el objetivo, alcance, responsables, ámbito y procedimiento de la aplicación del derecho de consulta previa. Ambos textos establecen la finalidad, principios rectores y consideración de los resultados. De acuerdo al análisis de las propuestas, presentamos el siguiente cuadro:

PROYECTOS DE LEY DE CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA: SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS

	PROYECTO DRA. ATAMAINT	PROYECTO DR. MURILLO	
SEMEJANZAS	Objetivo	Alcanzar el consentimiento previo a la implementación de la medida o proyecto.	Alcanzar un acuerdo o consentimiento previo a la implementación de las medidas
	Temas	Medidas administrativas o legislativas que afecten el territorio o derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas y su calidad de vida.	Medidas administrativas o legislativas tramitadas en la Asamblea Nacional y las políticas que puedan afectar los derechos colectivos.
	Aplicabilidad	Inmediata con inclusión de resultados.	Inmediata con inclusión de resultados.
	Características	Previa, libre e informada (flexibilidad).	Previa, libre e informada (sin coerción estatal).
	Sujetos consultados	Directamente las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montubios y afroecuatorianos.	Organizaciones e instituciones representativas de los pueblos y nacionalidades indígenas, montubias y afroecuatorianas.
	Obligatoriedad	Es obligatoria de forma directa para los pueblos y nacionalidades afectadas; obligatoria indirecta para las comunas y comunidades a través de sus instituciones representativas; voluntaria para otros sectores de la población que vean afectados sus derechos.	Es obligatoria y directa para las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades mediante sus instituciones representativas y voluntaria para otros sectores afectados.
	Mecanismos de exigibilidad	Administrativa, legal y judicial.	Administrativa, legal y judicial.
DIFERENCIAS	Sujeto consultor	Poder ejecutivo y los GAD.	Asamblea Nacional.
	Sujeto ejecutor	Consejo Plurinacional de Consulta, adscrito al CODENPE.	Comisión especializada responsable de la norma consultada respectiva.
	Garantías	Acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional.	
	Procedimiento	Procedimientos propios de cada comuna, comunidad, pueblo o nacionalidad indígena, montubio o afrodescendiente.	Centralizado en Quito.

Elaborado por: Daniela Erazo Robles. Fuente: Carrión, 2012.

El Ecuador al ser parte de los países firmantes de la Declaración de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas y de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, tiene el compromiso de garantizar el derecho a la consulta previa, contar con leyes nacionales que reconozcan este derecho y contar con un reglamento para regular la aplicación de la consulta previa en temas referentes a proyectos extractivos y prelegislativos.

Los proyectos de ley presentados y debatidos por la Asamblea Nacional buscan garantizar y regular de una u otra manera el derecho a la consulta previa, libre e informada para proyectos legislativos, administrativos y de exploración y explotación de los recursos naturales que puedan afectar los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias.

Por su parte, los pueblos indígenas y las organizaciones sociales han motivado la construcción de una ley específica que cumpla con estándares internacionales y con mecanismos de información y participación en la construcción de herramientas en beneficio de sus derechos y en la toma de decisiones del Estado ecuatoriano.

2. NIVEL DE IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

Hasta la fecha en el Ecuador existen pocas experiencias de consulta previa, libre e informada, pese a las exigencias por parte de los pueblos y nacionalidades indígenas de realizar un proceso participativo, de acuerdo a las normas establecidas en los instrumentos internacionales y en la Constitución de la República del Ecuador.

Ante la falta de voluntad política en el país varias comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades han empezado procesos propios de consulta, en especial frente a los proyectos de extracción de recursos naturales.

En nuestro país se han llevado a cabo tres procesos de consulta previa, libre e informada, como resultado de la aprobación de normas que han buscado regular el derecho. Las consultas se refieren a procesos licitatorios en materia hidrocarburífera.

La primera consulta fue realizada luego de la aprobación del Reglamento de consulta previa para actividades hidrocarburíferas en 2002, con el objetivo de licitar los bloques petroleros 20 y 29 localizados en las provincias de Orellana, Napo y Pastaza, específicamente en 6 cantones. Este proceso lo realizó el Estado ecuatoriano por medio de la empresa Petroecuador, con el apoyo de la Universidad Politécnica Salesiana, entre los meses de agosto a diciembre de 2003 (García, 2012: 4).

En este proceso se pronunciaron 263 comunidades, de las cuales cerca del 90% apoyaron el proceso de licitación. El apoyo mayoritario estuvo condicionado a la creación de un sistema de gestión ambiental, el uso de tecnologías limpias durante la exploración, explotación, transporte y comercialización del crudo y la destinación de un porcentaje del total de inversión para la creación de un fondo de compensación colectivo para un plan global de desarrollo regional.

El proceso de consulta reflejó dificultades en la información proporcionada a las comunidades por parte de la empresa, el tiempo previsto para el proceso fue solo de 60 días y la mayor parte de la información no fue transmitida en lengua kichwa. El proceso fue más informativo que consultivo.

La segunda consulta se realizó en el 2005, por parte de la empresa estatal Petroproducción, con el objetivo de licitar los campos marginales: Frontera-Tapi-Tetete, Eno-ron, Puma y Armadillo, en las provincias de Sucumbíos y Orellana, estas zonas pertenecen al territorio de las nacionalidades indígenas Secoya, Siona, Waorani, Cofán y Kichwa. Este proceso al igual que el anterior tuvo limitaciones y falencias similares. En esta consulta no se cumplieron las condiciones mínimas para realizarla. Este hecho generó conflictos socioambientales que impulsó la resistencia por parte de la población a la política extractiva del gobierno de ese entonces.

La tercera consulta se realizó en el 2012, por parte de la Secretaría de Hidrocarburos, con el objetivo de licitar 13 campos de la XI Ronda Petrolera de la Amazonía Suroriente ubicados en las provincias de Pastaza y Morona Santiago, que abarca 3,6 millones de hectáreas y que incluye los territorios de 7 nacionalidades indígenas. Esta consulta al igual que las anteriores presentó rechazo por parte de varias comunidades indígenas y causó álgidos conflictos sociales entre las organizaciones sociales y el Estado por el incumplimiento de parámetros internacionales y constitucionales del derecho a la consulta previa, libre e informada.

Nuestra primera experiencia de consulta comunitaria, se llevó a cabo en las parroquias de Victoria del Portete y Tarqui, en la provincia del Azuay, frente al proyecto de extracción de oro en el páramo de Kimsacocha. El 21 de noviembre del 2001 el Estado ecuatoriano otorgó a la empresa lamgold la concesión para la explotación minera, dentro de territorios pertenecientes a los cantones de Cuenca, Girón y San Fernando, sin el consentimiento de la población del territorio.

En 2010, luego de varias movilizaciones en contra de la Ley de minería y el proyecto de Ley de Recursos Hídricos, las comunidades y usuarios del agua organizados por el Comité de Defensa de Medio Ambiente de Victoria del Portete, exigieron al Estado la declaración del Ecuador como un país libre de minería en fuentes de agua y el cumplimiento del derecho de consulta previa libre e informada de acuerdo a lo dispuesto en la normativa nacional e internacional; a lo que el Estado respondió con una negativa absoluta (Pérez, 2012: 156-158)

El 2 de octubre de 2011, los miembros de las comunidades de las parroquias Tarqui y Victoria del Portete realizaron un proceso de consulta propio, ajustándose a los parámetros establecidos en la Constitución ecuatoriana, Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y las normas internas de las comunidades (Pérez, 2012: 173). El resultado de la consulta ratificó la oposición mayoritaria de las comunidades a la explotación minera en el páramo de Kimsacocha, donde el 93% de los participantes dijo "no" a las actividades mineras en sus territorios.

Sin embargo, las autoridades estatales rechazaron el proceso de consulta y los resultados de la misma sustentando su negativa en la competencia exclusiva del

Estado para realizar la consulta previa, libre e informada. Por otro lado, para los observadores este proceso es, hasta la fecha, el único proceso de consulta en el Ecuador, en el que se cumplieron los requisitos mínimos.

Frente al caso de demanda del pueblo Sarayaku ante la CIDH, por las actividades de la empresa petrolera CGC desde 2002, la misma que originó graves conflictos en la comunidad por la colocación de 1.433 kilogramos de explosivos y daños ambientales en territorio Sarayaku. El pueblo presentó una queja ante la Defensoría del Pueblo y un recurso de amparo constitucional para que la empresa suspenda cualquier acción que afecte o amenace los derechos del pueblo Sarayaku. Sin embargo, las actividades no se suspendieron (CIDH, 2012).

En el 2003, el pueblo Sarayaku puso en conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el caso, y esta otorgó medidas cautelares a favor del pueblo demandante. Posteriormente el caso fue llevado a la CIDH, la cual otorgó medidas provisionales para la comunidad afectada, mismas que fueron parcialmente cumplidas por el Estado ecuatoriano.

El 27 de junio de 2012, la CIDH declaró al Estado responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, entre ellos también la violación de los derechos de consulta previa, libre e informada. La sentencia de la CIDH, demanda la protección del derecho a la propiedad, además, reconoce que se violentó el derecho de consulta previa, libre e informada y no se respetó su derecho a mantener la identidad cultural.

Esta sentencia es vinculante para el Estado ecuatoriano, constituye un precedente jurídico para la garantía del derecho de consulta previa, libre e informada a favor no solo del pueblo Sarayaku, sino de todas las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianas del país.

La Demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Minería, surge a partir del incentivo de la actividad extractiva minera del año 2000, en consecuencia el Poder Ejecutivo envió en 2008 un proyecto de Ley Minera que fue aprobado por el CAL y, posteriormente, por el pleno de la Asamblea Nacional, en enero del 2009.

Esta ley condiciona el resultado de la consulta, al establecer que si resulta en una oposición mayoritaria a un proyecto minero, la decisión será adoptada por resolución motivada del ministerio del sector. En cuanto al procedimiento, la ley se remite a la Constitución, artículo 398, que se refiere a la consulta ambiental.

En este contexto, en marzo de 2009 la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, CONAIE, presentó una demanda de inconstitucionalidad de forma y fondo, ante la Corte Constitucional del Ecuador, por violación a los derechos constitucionales durante el proceso de discusión y aprobación de la ley. La Corte

declara la necesidad de que toda actividad minera que se lleve a cabo en territorios de pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, debe cumplir con la obligación de consultar.

La sentencia de la Corte Constitucional⁴⁸ constituye un precedente jurídico importante, por cuanto analiza y puntualiza el significado y alcance de la consulta prelegislativa y la diferencia de la consulta ambiental referida en el artículo 398 de la Constitución ecuatoriana.

48 La Corte Constitucional resolvió la demanda de inconstitucionalidad planteada contra la Ley de Minería.

3. CONTEXTO DE LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

El derecho de consulta previa, libre e informada, por la coyuntura política del país, involucra conflictos económicos y jurídicos álgidos, pues denota los intereses de varios sectores de la población, relacionados con el uso y manejo de los recursos naturales. Por ello, su regulación es una necesidad estratégica para el Ecuador y una oportunidad para el cumplimiento de los derechos colectivos de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas y afroecuatorianas.

Los últimos acontecimientos socio-culturales ocurridos respecto de los procesos de consulta previa, libre e informada, legitimados o no por el Estado, denotan los álgidos conflictos generados por la oposición entre las comunidades y el Estado al momento de entablar un diálogo que permita a los actores involucrados sentarse en una misma mesa para consensuar en los mismos términos. Por consiguiente, es fundamental realizar un análisis de las circunstancias y posturas que facilitan o dificultan el proceso de regulación de este derecho.

3.1. POSICIONAMIENTO DE LOS ACTORES: DIFICULTADES Y FORTALEZAS INSTITUCIONALES DEL PROCESO

El derecho a la consulta previa libre e informada, se ve trastocado por polémicas discusiones basadas en los intereses de diferentes grupos o representantes sociales y gubernamentales. Los discursos, en la mayoría de casos, responden a dinámicas comunicativas ineficientes que reflejan problemas de fondo en la gobernanza de los recursos naturales y la inaplicabilidad del principio de interculturalidad.

Tal es el caso de los pueblos y nacionalidades indígenas de nuestra Amazonía ecuatoriana, quienes han sido parte de diversos procesos de información o desinformación, negociación y en algunos casos hasta manipulación de su cultura y valores.

En entrevistas realizadas con motivo de la consulta realizada por la Secretaría de Hidrocarburos del Ecuador respecto de la XI Ronda Petrolera, encontramos varios factores comunes en la postura del 75% de las comunidades indígenas.

Las diferentes nacionalidades indígenas de la Amazonía a través de los años han sido afectadas de una u otra forma por parte de las actividades extractivistas. Estas afectaciones han coadyuvado al apareamiento de diferentes posicionamientos por parte de sus habitantes, posicionamientos que van desde la aceptación, depositando toda su confianza en el proyecto político garantizado por el gobierno de turno, hasta la oposición total, basados en las complejas experiencias que han sufrido especialmente la Amazonía norte con respecto al ambiente.

Los mecanismos para el desarrollo de la consulta previa, libre e informada no han sido considerados los adecuados por los pueblos y nacionalidades de la amazonia ecuatoriana y algunos funcionarios del Estado. Los procesos tuvieron un notable matiz de negociación que fueron determinantes para la decisión de las comunidades amazónicas, tal es el caso de la fragmentación de las organizaciones representativas de los pueblos y nacionalidades indígenas, y más aún la división de todo un pueblo, como el caso de los Zaparas.

En el caso de la XI Ronda Petrolera, encontramos con una postura de aceptación a las actividades extractivas a nacionalidades como Andoas, sectores Kichwas y una parte de los Zaparas. En cambio, un posicionamiento contrario incluye a los Shuar, Achuar, Shiwiar, Waorani y diferentes pueblos pertenecientes a los Kichwas y Záparas.

Representantes de las comunidades Shuar y Achuar expresaron que una de las principales debilidades del proceso de consulta previa, libre e informada; fue el desconocimiento de las autoridades sobre los verdaderos representantes de las organizaciones tradicionales ancestrales.

Con una representatividad distinta, contamos con los aportes de la Secretaría de Pueblos, quien es la entidad encargada del relacionamiento con las organizaciones de la sociedad civil, independientemente de cuáles sean estas o sus diversas formas de organización, pueden ser nacionalidades, pueblos, organizaciones de primer o segundo grado reconocidas, organizaciones de hecho o derecho. La responsabilidad directa que tiene la Secretaría de Pueblos es efectivamente acercar a este tipo de organizaciones con el Estado.

La Secretaría de Pueblos resaltó una fortaleza y oportunidad fundamental para el Estado ecuatoriano. “El anterior modelo de relacionamiento del Estado con las petroleras y las comunidades ha cambiado, antes existía una relación directa entre

empresa petrolera y comunidad, donde no intervenía el Estado. En la actualidad se busca que el Estado sea quien tenga la potestad de ejercer ese relacionamiento entre Comunidades – Estado – empresas petroleras, con el fin de garantizar una negociación beneficiosa para todos” (RIE1, 2013).

No obstante, el representante de la Secretaría de Pueblos de Pastaza expresó su desacuerdo con la estrategia de relacionamiento y procedimiento de consulta, por cuanto se dieron algunos conflictos entre los territorios y el proceso siguió su marcha sin tomar los correctivos y consideraciones necesarias. En este sentido, manifestó que se presentaron informes con levantamiento de información ante los Ministros y al Presidente de la República en los cuales se menciona que los procesos se llevaron con normalidad (RIE3, 2013).

Adicionalmente detalló algunos acontecimientos de la historia del Ecuador y sus procesos de consulta previa, en los que no se han considerado los derechos consagrados en la Constitución del 2008 y diferentes cuerpos legales internacionales que deber ser acatados en pro de los derechos humanos y de los pueblos y nacionalidades indígenas y afrodescendientes.

Por su parte, La Defensoría del Pueblo del Ecuador, analiza el derecho de consulta desde el punto de vista de la evolución del derecho internacional y señala dos elementos fundamentales:

1. La consulta previa, libre e informada, entendida como límite del poder público, contiene la obligación negativa del Estado de abstenerse de violentar los derechos humanos de los pueblos indígenas reconocidos tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos.
2. Este instrumento implica que el proceso de diálogo entre el Estado y los pueblos y nacionalidades indígenas, permita la incorporación de las opiniones y visiones de estos colectivos en la adopción de las decisiones estatales (Defensoría del Pueblo, 2011: 18).

De igual manera, ha sido enfática al señalar que históricamente los pueblos indígenas han sido objeto de exclusión, discriminación y explotación, y que, por lo mismo, el reconocimiento de la consulta previa, libre e informada, significa un requisito indispensable para el ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos, el mantenimiento de su cultura e identidad (Defensoría del Pueblo, 2011).

En este mismo sentido se ha expresado el Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, en relación con el derecho de consulta previa, libre e informada:

“(…) la elaboración de estos principios en los instrumentos y jurisprudencia internacionales responde a una historia en que se ha negado repetidamente a los pueblos indígenas la participación en la toma de decisiones que les han afectado profundamente, muchas veces en detrimento de sus derechos humanos fundamentales y en ocasiones hasta de su propia supervivencia como pueblos. Los principios de consulta y consentimiento intentan revertir esta pauta histórica, para evitar en el futuro la imposición a los pueblos indígenas de nuevas condiciones de vida, de manera consonante con el derecho a la libre determinación” (Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, 2008: párr. 34).

Consideramos que la postura del discurso del Estado y sectores estratégicos será, en su mayoría, opuesto al de los representantes de los derechos humanos y de los pueblos indígenas en sus diferentes instancias. Por ende, es necesario que exista mayor apertura para el diálogo y debate del derecho a la consulta y sus mecanismos.

Las posturas de diferentes actores sociales representativos concuerdan en la falta de regulación del proceso de consulta previa, libre e informada, puesto que los procesos desarrollados con las estrategias del gobierno actual generan más conflictos, disconformidad y desconfianza en el sistema legal y judicial del país al no sentir que sus derechos son garantizados por una institucionalidad.

3.2. PRINCIPALES PREOCUPACIONES

El alcance, características y límites del derecho de consulta previa, libre e informada, están regulados en diferentes instrumentos internacionales, los mismos que marcan el modelo de regulación que debería existir en la normativa nacional. Sin embargo, en el Ecuador no ha sido regulado de manera adecuada, las normas vigentes que buscan regular este derecho, establecidas en decretos o instructivos, no guardan coherencia constitucional en la forma y fondo, pues violan el principio de reserva legal y no reflejan el derecho de consulta de acuerdo a las características: previa, libre e informada, lo cual demuestra el carácter restrictivo de la regulación de los derechos en el Ecuador.

El objetivo de la consulta es lograr el consentimiento o acuerdo previo a la adopción de las medidas estatales, de las comunidades, comunas, pueblos o nacionalidades afectadas; lo cual permite la interrelación de otros derechos colectivos, tal es el caso de acceso a la información y justicia; la participación de las colectividades en la toma de decisiones estatales y la libre autodeterminación de los pueblos.

Referente a esta visión una de las principales preocupaciones de los actores sociales es que la consulta no sea considerada como el consentimiento, consideración que no se garantiza en la Constitución ecuatoriana, pero si se lo reconoce en los instrumentos internacionales.

Por otra parte, en los casos descritos anteriormente, evidenciamos un alto índice de conflictividad socioambiental en torno al ejercicio del derecho a la consulta previa, libre e informada, pues en el Ecuador estos procesos no cumplen con los principios básicos de interculturalidad y respeto de sus representantes, idiomas, tiempos y valores, por lo tanto, ven vulnerados sus derechos colectivos en la toma de decisiones estatales, sin perjuicio de su afectación.

Como habíamos mencionado, el Estado ecuatoriano se encuentra en una etapa de transición en la cual intenta cambiar su forma de relacionamiento, se plantea la generación de espacios para relacionarse directamente con los representantes indígenas y sociales legalmente reconocidos. A pesar de eso, los mecanismos y herramientas utilizados hasta el momento denotan una mala demarcación del camino a seguir.

Es de preocupación de los representantes sociales e indígenas que los encuentros sean más participativos e incluyentes, con el fin de no considerar al proceso una formalidad sino un espacio para generar más confianza y entendimiento entre el Estado y las organizaciones.

De manera responsable el Estado debe tener la capacidad y la obligación de acoger e implementar todas las consideraciones estipuladas en los instrumentos internacionales, pese a que estos no sean de cumplimiento obligatorio, pero pueden ser observados e incluidos como guías de buenas prácticas para brindar las orientaciones necesarias para políticas públicas y legislación.

Los pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianos, en su mayoría, han expresado que consideran fundamental determinar el uso, manejo, control y administración de los recursos naturales mediante consensos plurinacionales e interculturales, puesto que ven en riesgo sus territorios y por ende su salud, seguridad y cultura.

Cuando los pueblos y nacionalidades indígenas se refieren a sus territorios, incluyen su cultura, valores, saberes, relación ser humano – naturaleza, educación, identidad, autonomía, salud, idioma, soberanía, armonía, comunidad, es decir, el buen vivir consagrado en la Constitución del 2008 como uno de los principios y objetivos del gobierno y el Estado.

4. POSIBLES ESCENARIOS DE LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

Es poco lo que se puede desglosar al respecto, puesto que si las condiciones actuales se mantienen en los años venideros, los escenarios quizá no tengan mayor variabilidad, es decir no serán muy prometedores. Sin embargo, de acuerdo con la Constitución de la República del Ecuador, las normas deben garantizar el principio progresista, es decir, no se permite un retroceso en derechos y garantías para los ciudadanos y ciudadanas en general.

El escenario de la consulta previa, libre e informada, dependerá del relacionamiento entre sociedad civil – Estado y como los procesos de participación son vinculados a los procesos de toma de decisiones respecto de los recursos estratégicos.

De manera fundamental, influirá la promulgación o no de las leyes, reglamentos e instructivos que se elaboren en el país frente a la temática. En el caso de no generarse estos instrumentos legales en la normativa nacional, el Estado deberá crear herramientas diferentes que garanticen la aplicabilidad efectiva de los derechos colectivos con el fin de disminuir la tensión social existente.

Por otro lado, la división y fragmentación de las organizaciones sociales y pueblos indígenas, que se ha incrementado por las distintas posturas de apoyo u oposición a proyectos extractivos o de gran escala, podrá agravarse por un incumplimiento de la consulta previa; causando así, una transformación en la estructura organizacional de las comunidades y pueblos indígenas y afroecuatorianos.

Es importante resaltar que el empoderamiento y fortalecimiento del sector extractivo ha generado grandes ingresos para el país y un notable crecimiento económico para varios sectores estratégicos que impulsan y generan diferentes beneficios también para la pequeña industria y actividades productivas complementarias.

Sin embargo, esto evidencia la necesidad de generar capacidades en los administradores de justicia en temas que en la actualidad no han sido considerados con mayor fuerza, tales como los derechos colectivos y la administración de justicia en

territorios indígenas de manera coordinada con las instancias de representatividad de los pueblos y nacionalidades para solventar conflictos marcados por distintos intereses entre el sector extractivo – productivo y sociedad civil.

Adicionalmente, las consultas comunitarias serán una alternativa para los pueblos indígenas y afroecuatorianos, pues constituyen una forma de participación de acuerdo a sus propias formas de organización, que reflejan una decisión comunitaria sobre una medida o acto del poder público. Estas consultas se sustentan en el ejercicio del derecho de autodeterminación de los pueblos; por lo tanto, estas consultas son cada vez más reconocidas a nivel internacional hasta el punto en que el Estado ecuatoriano debe validarlas y reconocerlas como procesos legítimos y formales para el impulso de las medidas administrativas y legislativas que se pretenda implementar.

5. DECISIONES CRÍTICAS DE LOS ACTORES SOCIALES Y AUTORIDADES GUBERNAMENTALES

Son muchas las decisiones que el Estado ecuatoriano debe tomar frente a la problemática generada por el derecho de consulta previa, libre e informada, pues este debe ser interpretado de manera integral y sistémica, tomando en cuenta las disposiciones constitucionales, las resoluciones, convenios y sentencias internacionales referentes para hacer efectivo su cumplimiento sin restringir su alcance.

Previa la toma de decisiones o medidas legales o administrativas que afecten a los derechos de los pueblos y nacionalidades, se debe incorporar el pronunciamiento de la CIDH en el caso del pueblo Sarayaku, que ha marcado precedentes por las faltas cometidas por el Estado ecuatoriano al momento de proponer la adopción de medidas o acciones administrativas.

Por lo tanto, es necesario replanificar las actividades del sector extractivo en el país y su relacionamiento con los pueblos indígenas, regularlo y exigir una mayor responsabilidad y compromiso social con la población de los territorios de las concesiones mineras e hidrocarburíferas y proyectos a gran escala.

Con esto no planteamos el cierre de todas las actividades extractivas o proyectos de gran escala, sino más bien una revisión a los mecanismos para la implementación de los mismos, por consiguiente pretendemos que los derechos consagrados en la Carta Magna sean ratificados y regulados por la normativa nacional, con el afán de viabilizar los procesos en armonía y respeto del Estado plurinacional.

La Asamblea Nacional debe analizar la pertinencia de regular el derecho de consulta previa, libre e informada, tomando en consideración las disposiciones constitucionales, sentencias de la Corte Constitucional, de la CIDH, del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Sin embargo, con o sin la promulgación de una ley, reglamento o instructivo que regule este derecho, el Estado tiene la obligación por mandato constitucional de

respetar las decisiones de los pueblos, comunidades y nacionalidades, referentes a las medidas administrativas o legislativas que les hayan sido consultadas.

La consulta previa debe realizarse en todas las fases de elaboración o adopción de la medida y el Estado es el responsable de realizar este proceso en todas sus etapas, por lo mismo debe garantizar que se cumplan con las condiciones mínimas: previa, libre e informada.

Finalmente, el Ecuador deberá legitimar los procesos comunitarios de consulta, que reconocen la forma de organización propia y procesos de consulta particulares, pues responden al ejercicio del derecho de autodeterminación de los pueblos. En este sentido, se deben valorar e incorporar las decisiones de la comunidad en los procesos de licitación de proyectos que pongan en riesgo los derechos o territorios de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianas.

BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS Y DOCUMENTOS

Defensoría del Pueblo del Ecuador, 2011. "Informe temático la consulta previa un derecho de participación". Quito.

OIT, 2009. Programa para promover el Convenio No. 169 de la OIT (PRO169). "Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica". Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, OIT, 2009.

Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los Indígenas, 2010. "Observaciones sobre los avances y desafíos en la implementación de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derechos de los pueblos indígenas".

Pérez, Carlos, 2012. "Agua u Oro: Kimsacocha la resistencia por el agua". Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad de Cuenca.

NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL

Constitución del Ecuador, 2008. Decreto Legislativo, registro oficial 449, 20 de octubre del 2008.

Constitución Política del Ecuador, 1998. Decreto Legislativo, registro oficial 1, 11 de agosto de 1998.

Convenio 169 de la OIT, publicado en el Registro Oficial 206 de 7 de junio de 1999.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, resolución aprobada por la Asamblea General (A/61/L.67 y Add.1) el 29 de junio de 2006.

Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948. Registro Auténtico, 10 de diciembre de 1948.

Instructivo para la Aplicación de Consulta Prelegislativa de la Asamblea Nacional, 2012.

Resolución Legislativa 0, Registro Oficial Suplemento 733, 27 de junio de 2012.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2010. Registro oficial 222, del 25 de junio del 2010.

Reglamento para la ejecución de la consulta previa, libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos. Decreto Ejecutivo 1247. Registro Oficial 759 de 2 de agosto de 2012.

JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

Dictamen de la Corte Constitucional del Ecuador No. 0004-2009-DTI-CC

Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, 2010. Sentencia No. 001-10-SINCC de 18 de marzo de 2010, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 176 de 21 de abril de 2010.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012. Sentencia de fondo y reparaciones, caso "Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador".

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, 2008. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párrafo 17.

CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA:
EL CASO DE
GUATEMALA

Guisela Mayén
Asociación de Investigación y Estudios Sociales



Marvin Grijalva
PHOTOGRAPHY

Parque Nacional Laguna Lachúa Alta
Verapáz Guatemala

Guatemala ha suscrito los instrumentos internacionales que garantizan a los pueblos indígenas el derecho a ser consultados respecto de toda medida legislativa o administrativa, entre otras los planes de desarrollo o proyectos de inversión de infraestructura o de exploración y explotación de los recursos naturales, que tenga repercusiones en su vida social, económica y en su cultura. No obstante las obligaciones adquiridas por el Estado de Guatemala al signar tales instrumentos, en diversas comunidades habitadas por pueblos indígenas se llevan a cabo proyectos de exploración y explotación minera e hidroeléctrica sin que, hasta la fecha, el gobierno haya realizado procesos de consulta.

La omisión de la consulta previa es el principal foco de los conflictos que se han suscitado, en los últimos diez años, entre el gobierno y los pueblos indígenas. A la conflictividad se ha sumado, como una reacción más, la realización de “consultas comunitarias” en varios municipios del país, las cuales han sido promovidas por alcaldes, pobladores u organizaciones indígenas. Los resultados de estas, además de expresar el rechazo a proyectos mineros e hidroeléctricos, son un reclamo al gobierno guatemalteco por el incumplimiento de su deber de consultar y la consecuente vulneración de uno de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas⁴⁹.

Sobre las consultas comunitarias, la Corte de Constitucionalidad ha dictaminado que, aunque estas son legítimas sus resultados no son vinculantes. Sin embargo el, relator especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, en su informe de visita a Guatemala en junio de 2010, expresó que:

...Estas iniciativas son válidas y tienen relevancia en la medida en que constituyen un reflejo de las aspiraciones legítimas de las comunidades indígenas a ser escuchadas en relación con los proyectos que tengan un impacto potencial sobre sus territorios tradicionales. La negativa que ha expresado la mayoría de las comunidades donde se han llevado estas consultas es una muestra de la ausencia tanto del consentimiento como de un adecuado procedimiento de consulta. Con todo, el Relator Especial es de la opinión de que la celebración de estas consultas comunitarias no debería impedir que se lleven a cabo nuevos procesos de consulta, ni prejuzgar su contenido, en el marco de procedimientos adecuados y conformes a con las normas internacionales, y en los que el Estado participe activamente de acuerdo con sus obligaciones. (Naciones Unidas A/ HRC/15/37/Add.8, párr. 20).

Además del gobierno y los pueblos indígenas, otro de los actores relevantes involucrado en el tema de la consulta previa son las empresas privadas, que como lo señalara el Relator Anaya “han jugado una influencia inevitable en la actual situación de conflictividad que atraviesan los proyectos en los territorios tradicionales indígenas de Guatemala. Por esta misma razón, dichas empresas tienen también un cierto grado de responsabilidad en relación con el irrespeto de los derechos de los pueblos indígenas afectados en casos específicos, con independencia de las obligaciones que corresponden al Estado” (Naciones Unidas, A/HRC/16/xx, párr. 69).

49 En su nota sobre la aplicación del principio de consulta con los pueblos indígenas en Guatemala y el caso de la mina Marlin, el relator James Anaya, señaló que la Corte de Constitucionalidad guatemalteca “ha afirmado expresamente que la consulta constituye un derecho fundamental, que forma parte del bloque de constitucionalidad, al mismo nivel que otros derechos reconocidos en la constitución” (Naciones Unidas A/HRC/15/37/Add.8, párr. 19).

1. REGULACIÓN NACIONAL Y LA INSTITUCIONALIDAD

1.1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

La Constitución Política de la República de Guatemala promulgada en el año 1985, reconoce en su artículo 66 que “Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia Maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos”.

Dicho artículo evidencia, aunque limitado, un avance en el reconocimiento de derechos específicos de pueblos indígenas, reconoce específicamente la diversidad étnica y lingüística del país, y las formas de organización social. Este último aspecto se considera de gran importancia porque ha servido de sustento a los planteamientos reivindicatorios de los pueblos indígenas relativos a su derecho al acceso a la justicia dentro de su propio sistema jurídico del cual forma parte la consulta y el consentimiento⁵⁰, así como la promulgación de algunas leyes en materia de pueblos indígenas⁵¹. Este artículo constitucional evidencia, como lo expresara el Relator Anaya, que aunque “el Estado de Guatemala ha hecho suyo el objetivo de proteger los derechos de los pueblos indígenas, este objetivo todavía no ha llegado a permear la legislación y la acción institucional estatal en ámbitos que son particularmente relevantes para los pueblos indígenas... (Naciones Unidas, A/HRC/16/xx, párr. 74). Esta observación se aplica no solo al vacío jurídico relativo a la consulta previa, sino a las instituciones gubernamentales, cuyos representantes consideran que la falta de regulación interna de la consulta los exime de la obligación.

50 En el contexto del sistema jurídico propio de los pueblos indígenas de ascendencia Maya en Guatemala, “... es norma de cumplimiento general que las autoridades tomen decisiones únicamente después de consultar a la asamblea comunitaria y obtener el consentimiento de esta” (Mayén, 2012: 121).

51 Este artículo constitucional dio lugar a la promulgación de leyes específicas en materia de pueblos indígenas, entre otras la Ley de Educación Bilingüe Intercultural, la Ley de la Academia de Lenguas Mayas (decreto (65-90) y la Ley Idiomas Nacionales (decreto No. 19-2003).

1.2. LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

El Estado guatemalteco ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo el 5 de junio de 1996 mediante decreto N°. 9-96 del Congreso de la República. El citado decreto del Congreso de la República en su artículo 1 estipula: “Se aprueba el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales. Dicha aprobación se hace bajo el entendido que las disposiciones de la Constitución Política de la República prevalecen sobre dicho convenio, el cual no afecta derechos adquiridos, ni tiene efectos retroactivos”.

No obstante lo anterior, el artículo 46 constitucional otorga a los tratados internacionales preeminencia sobre el derecho interno, por lo tanto pese al decreto del Congreso mencionado, este Convenio no solo forma parte de la legislación del país sino que tiene una jerarquía mayor que las otras normas nacionales. Cabe señalar también que, antes de la ratificación del Convenio 169, fue solicitada opinión consultiva a la Corte de Constitucionalidad. En su opinión, dicha Corte señaló que “El contenido de las normas del Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, no contradice la Constitución Política de la República⁵²”. En consecuencia, al ratificar el Convenio 169, el Estado está obligado a cumplir con lo que este y los demás instrumentos internacionales ratificados por Guatemala estipulan en materia de consulta. Hasta la fecha (mayo 2014), 20 años después de la ratificación del citado convenio, en Guatemala no se ha emitido una ley de consulta.

1.3 LAS SENTENCIAS DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD

Ante la omisión de consulta por parte de las instituciones responsables del Estado, desde 2004 las comunidades indígenas han realizado las llamadas consultas comunitarias, cuyos resultados han sido objeto de impugnación ante la Corte de Constitucionalidad por parte de representantes de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales. En sentencia emitida por dicha Corte, en 2005, si bien declara no vinculantes los resultados de dichas consultas comunitarias, considera que:

...las consultas populares constituyen mecanismos importantes de expresión popular, por medio de los cuales se efectivizan varios derechos reconocidos constitucionalmente, como los de libertad de acción y de emisión del pensamiento, así como el derecho de manifestación, pero tales procedimientos consultivos deben contar con los marcos jurídicos adecuados que establezcan con precisión: las autoridades encargadas de convocar y desarrollar las

⁵² En su opinión consultiva la Corte de Constitucionalidad (expediente 199-95) señala: “Esta Corte es del criterio que el Convenio 169 analizado no contradice lo dispuesto en la Constitución y es un instrumento jurídico internacional complementario que viene a desarrollar las disposiciones programáticas de los artículos 66, 67, 68 y 69 de la misma, lo que no se opone sino que, por el contrario, tiende a consolidar el sistema de valores que proclama el texto constitucional”.

consultas, el momento en que deban efectuarse y los efectos de las mismas, entendiéndose que los resultados que se obtengan reflejarán el parecer de la comunidad consultada sobre un tema determinado, pero que a estos no se les puede dar carácter regulatorio o decisorio sobre materias que no sean de competencia de las autoridades convocantes o de dichas comunidades (Corte de Constitucionalidad Expediente 1179-2005).

En la misma sentencia la Corte exhorta al Congreso de la República a emitir una Ley sobre dicha materia.

A partir de esa primera sentencia y en el marco de amparos presentados tanto por representantes de proyectos mineros como por parte de comunidades solicitando la revocatoria de licencias concedidas por el Ministerio de Energía y Minas, la Corte ha emitido varias sentencias en las que ha ido aclarando el alcance de las consultas comunitarias, pero también ha avanzado, en congruencia con el Convenio 169 de la OIT, en el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente a la toma de medidas legislativas o administrativas relacionadas con el uso de minerales o de los recursos del subsuelo, o a tener derechos sobre otros recursos existentes en las tierras que pudieren afectar sus intereses. (Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados 2432-2011 y 2481-2011). Asimismo, señala reforzar el procedimiento adecuado para realizar estas consultas, con el propósito que permita recoger fielmente las opiniones de la población. En cuanto a la vinculación de la consulta previa la Corte establece que: “...únicamente es vinculante para que sus autoridades municipales transmitan su parecer ante los órganos estatales competentes” (Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados 2432-2011 y 2481-2011).

En fallo del 4 de diciembre de 2013, (Corte de Constitucionalidad Expedientes Acumulados 4639-2012 Y 4646-2012), la Corte reitera el derecho de los pueblos a ser consultados sobre el desarrollo, instalación y operación de proyectos de minería química previamente a la toma de medida estatal que pudiere afectar sus derechos, así como la necesidad de reforzar el procedimiento adecuado a través de la emisión de una ley, con el fin de recoger fielmente las opiniones de la población. En esta ocasión el máximo Tribunal Constitucional determina que este derecho no se constriñe únicamente a quienes se identifican como indígenas sino a toda la población que pudiere ser afectada por la medida estatal en cuestión, basado “...- en aplicación del principio pro homine.” Asimismo, señala a la supervisión estatal como elemento indispensable para la realización de la consulta.

Una vez más la Corte de Constitucionalidad, se pronuncia sobre la inexistencia de cuerpos normativos nacionales que regulen de manera integral y eficaz el derecho de consulta de los pueblos indígenas, con lo que reitera su exhortación a las autoridades correspondientes a cumplir con sus obligaciones. Además reconoce la legitimidad de las autoridades municipales a consultar a su comunidad sobre un asunto de interés para su población, “...aun cuando el mismo corresponda a las competencias del Estado en general” (Corte de Constitucionalidad Expedientes

Acumulados 4639-2012 y 4646-2012), sin que por ello se considere como una extralimitación de sus facultades y, por el contrario, estima adecuado su proceder pues este posibilita el derecho de los pueblos a opinar y ser consultados sobre asuntos de su interés.

Asimismo, en el referido fallo la Corte de Constitucionalidad reitera la obligatoriedad a las autoridades estatales y no vinculación del resultado, así como determina que la finalidad de la consulta previa es "...el acuerdo o la concertación del pueblo y las autoridades sobre decisiones que afecten a los primeros", y enumera aspectos condicionantes a ese acuerdo (Corte de Constitucionalidad Expedientes Acumulados 4639-2012 y 4646-2012). A través de esta sentencia la Corte de Constitucionalidad incluye el derecho de consulta previa a todos aquellos pobladores que estimen de su interés la instalación y operación de proyectos de minería química en su comunidad, sin importar si se autodeterminan como indígenas. Fija como obligación la observancia estatal "al plebiscito"⁵³ con el objetivo de que esta garantice una verdadera consulta, para lo cual indica que debe proporcionarse a la población la información necesaria y oportuna que le permita analizar los alcances que la medida pudiere tener en la afectación de sus derechos. Reitera la obligatoriedad y legitimidad de las autoridades locales para su ejecución y hace un reconocimiento de su utilidad como indicador para la toma de la medida en cuestión que sirva para llegar a acuerdos entre pobladores y los actores involucrados que permita disminuir las posturas encontradas. Sin embargo insiste en que el resultado de esta consulta solamente impone la obligación a las autoridades competentes a ser un referente.

En el informe de su visita a Guatemala en 2011, el Relator James Anaya indica que "a pesar de las obligaciones internacionales del Estado guatemalteco y de los compromisos adquiridos en su legislación interna, no existe actualmente en Guatemala un marco jurídico e institucional adecuado para llevar a cabo el deber estatal de consulta a los pueblos indígenas"⁵⁴ (Naciones Unidas, A/HRC/16/xx párr. 21).

1.4. BORRADOR PRELIMINAR DE REGLAMENTO DE CONSULTA Y PROTOCOLO DE CONSULTA

Después de las observaciones emitidas por el relator especial relativas a la necesidad de que en Guatemala se emitan regulaciones en torno a la consulta (Naciones Unidas

53 La Corte de Constitucionalidad en la sentencia referida (4639-2012 y 4646-2012), dice textualmente "Encuentra esta Corte que en el inciso b) de la norma que se impugna se establece la obligación para la corporación municipal de que los resultados obtenidos en el plebiscito sean remitidos a las autoridades que en ese inciso se indica". Nótese que el término plebiscito constituye una figura distinta a la de la consulta. En un plebiscito se consulta para obtener un resultado a favor o en contra, únicamente.

54 Este vacío normativo ha sido señalado por diversos organismos internacionales, como la Comisión de Expertos de la OIT en Aplicación de Convenios y Recomendaciones; el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, así como por organismos internos dotados de autoridad, como la Corte de Constitucionalidad y la Comisión de Transparencia del Congreso.

A/HRC/15/37/Add.8, párr. 21-22), el gobierno de la república en 2011 presentó ante la opinión pública el "Borrador preliminar de Reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes". Sobre este borrador el relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas emitió comentarios (OACNUDH, 2011), entre los que destaca que el texto presentaba limitaciones y "vacíos en relación con los contenidos esenciales del deber estatal de consultar tal como los define el Convenio 169, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y otros instrumentos internacionales que vinculan a Guatemala" (OACNUDH, 2011, párr. 4). Asimismo, en dicha oportunidad el relator recomendó que en la normativa que se emita se deba considerar que "el procedimiento de consulta debería iniciarse en el momento inicial del diseño de la medida que se trate. En particular, en relación con los proyectos extractivos y otro tipo de proyectos que requieran de un estudio de impacto ambiental y social antes de aprobación..." (OACNUDH, 2011, párr. 50, inciso c). También indica que la normativa debe dejar claro "en la definición del procedimiento de consulta, que llegar a acuerdos con los pueblos indígenas u obtener su consentimiento es el objetivo de la consulta..." (OACNUDH, 2011, párr. 50, inciso i); y que "el reparto de beneficios de los proyectos también debe formar parte de la lista de cuestiones a ser analizadas y negociadas en el marco del procedimiento de consulta." (OACNUDH, 2011, párr. 50, inciso l); finalmente indica que "es imperativo" consultar a los pueblos indígenas la normativa que se emita (OACNUDH, 2011, párr. 50, inciso m).

En mayo 2014, el estado de Guatemala, por medio del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, inició la elaboración de un "Protocolo de principios para la realización de la consulta previa, libre, informada y sincera con los Pueblos Indígenas de acuerdo al Convenio 169 de la OIT". Con este propósito, el ministro de Trabajo junto a la viceministra de Administración de Trabajo, realizó una reunión con líderes indígenas ancestrales con el objetivo de "establecer lineamientos, procedimientos, contenido y principios que garanticen la efectiva aplicación del derecho de consulta a los pueblos indígenas". En esta reunión participaron el asesor presidencial responsable del Sistema de Diálogo Permanente, la viceministra de Desarrollo Sostenible del Ministerio de Energía y Minas, el director general de Gestión Ambiental y Recursos Naturales, el asesor del Ministerio de Economía del Comisionado Presidencial de la Mesa Plural de la Comisión Presidencial contra la Discriminación y el Racismo contra los Pueblos Indígenas en Guatemala (CODISRA)- y el representante del Fondo de Desarrollo Indígena Guatemalteco (FODIGUA). Asimismo, asistieron representantes de algunas autoridades tradicionales de los pueblos indígenas (48 cantones de Totonicapán y alcaldías indígenas de Sololá y Chichicastenango) y de otras organizaciones como la Coordinadora nacional indígena y campesina (CONIC), la Mesa Plural para el desarrollo de Guatemala, el Programa cultural Maya y la Mesa Plural Nacional del departamento de Sacatepéquez (MINTRAB, 2014).

1.5. LEGISLACIÓN QUE CONTEMPLA LA CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Por otra parte, el Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas, firmado en 1995 por el gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca⁵⁵ en el inciso c, numeral 6, literal F, Cap. IV, estipula que:

"El Gobierno [de Guatemala] adoptará o promoverá las medidas siguientes: (iii) obtener la opinión favorable de las comunidades indígenas previa a la realización de cualquier proyecto de explotación de recursos naturales que pueda afectar la subsistencia y el modo de vida de las comunidades. Las comunidades afectadas deberán percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de estas actividades (AIDPI, 2001).

Es importante señalar que si bien el compromiso del Estado de consultar a los pueblos indígenas no está contemplado en la Constitución Política de la República de Guatemala, la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural (Decreto 11-2001) (Guatemala, 2002) prevé la creación de una ley que regule la consulta a los pueblos indígenas y establece como medida transitoria que la consulta se debe realizar a través de los representantes indígenas en los consejos de desarrollo, en lo que se refiere a proyectos de desarrollo que impulse el Organismo Ejecutivo, y que les afecten, en tanto se regule la consulta. Asimismo el artículo 65 del Código Municipal (Decreto 12-2002) (Guatemala, 2002), estipula que la consulta a las comunidades o autoridades indígenas del municipio es de observancia general.

1.6. OTRAS REGULACIONES Y LAS ENTIDADES PÚBLICAS RESPONSABLES

Con relación a la explotación de recursos naturales el artículo 125 de la Constitución Política de la República de Guatemala, declara de utilidad y necesidad pública la explotación técnica y racional de hidrocarburos, minerales y demás recursos naturales no renovables. Asimismo, el artículo 121 (e) Bienes del Estado, establece que son bienes del Estado los yacimientos de hidrocarburos y minerales, así como cualesquiera otras sustancias orgánicas o inorgánicas del subsuelo.

La Ley de Minería (Decreto 48-97) promueve la exploración y explotación de los recursos mineros y declara de utilidad y necesidad públicas el fomento y desarrollo de las operaciones mineras en el país. También regula el procedimiento para la obtención de derechos mineros para reconocimiento, exploración y explotación. Asimismo, el artículo 19, especifica que los titulares de las licencias de reconocimiento y exploración deben presentar un estudio de mitigación y presentarlo al Ministerio de Energía y Minas. También en los artículos 7, 8 y 9 del Reglamento de la Ley de

⁵⁵ La Ley Marco de los Acuerdos de Paz (Decreto 52-2005), en el artículo 3 reconoce a los Acuerdos de Paz el carácter de compromisos de Estado, cuyo cumplimiento requiere de acciones a desarrollar por las instituciones públicas por las personas individuales y jurídicas de la sociedad, en el marco de la Constitución Política de la República y de la ley.

Minería, (acuerdo gubernativo 176-2001), se enuncian las disposiciones ambientales, referidas a la obligatoriedad de presentar el estudio de impacto ambiental (EIA) y su condicionamiento para otorgar la licencia de reconocimiento, exploración o explotación. Ninguna de las normas mencionadas incorpora requerimientos tendentes a que los pueblos indígenas sean consultados antes de la aprobación de licencias de exploración o explotación de proyectos mineros.

Otras leyes relacionadas con la explotación de los recursos naturales son la Ley de protección y mejoramiento del ambiente (decreto No. 68-86); Ley Forestal (decreto No. 101-96) y la Ley de Áreas Protegidas (decreto 4-89). Existe además el Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, (acuerdo gubernativo No. 431-2007), en el cual, el artículo 17 ordena los estudios de evaluación de impacto ambiental e indica que los estudios de alto impacto potencial, como los que requieren los proyectos de minería, deberán cumplir con este estudio.

El Reglamento de evaluación, control y seguimiento ambiental (Arts. 33, 50, 51, 52 y 53), determina que:

...previo a la aprobación de los estudios de impacto social y ambiental requeridos por la Ley de Minería antes de otorgar licencias de explotación minera "el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales y el proponente informarán al público que se ha presentado el instrumento de evaluación de impacto ambiental, con el objeto de recibir observaciones o incluso la manifestación de oposición, la cual deberá ser fundamentada". El mismo reglamento se refiere a esto como actividades de consulta, y señala que "el proponente deberá consignar todas las actividades realizadas para involucrar y/o consultar a la población durante la elaboración del o los instrumentos de evaluación o diagnóstico ambiental y proponer los mecanismos de comunicación y consulta que deberán desarrollarse durante la etapa de revisión del documento"; y prevé que la forma de participación de la comunidad será por medio de "entrevistas, encuestas, talleres, asambleas y/o reuniones de trabajo" (Mayén 2012:118).

Por otra parte, las disposiciones en el Reglamento de evaluación, control y seguimiento ambiental" no solamente no se ajustan a las normas internacionales previstas en el artículo 6 del Convenio 169 de OIT, puesto que no contemplan aspectos culturales tales como procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones, sino que tampoco se respetan en la práctica" (Mayén 2012: 118).

El Ministerio de Energía y Minas es la entidad responsable de velar por el cumplimiento de la Ley de Minería. La aplicación del Reglamento de evaluación, control y seguimiento ambiental se lleva a cabo por la Dirección General de Gestión Ambiental y Recursos Naturales (DIGARN) y la Dirección de Coordinación Nacional (DIGCN) del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales.

2. DIFICULTADES PARA EL AVANCE

No obstante el Estado guatemalteco ha ratificado los instrumentos internacionales mencionados y la existencia de normas internas, desde la ratificación del Convenio 169 hasta ahora, el Estado no ha cumplido con su responsabilidad de realizar las consultas previas a los pueblos indígenas, en casos de medidas administrativas llevadas a cabo por el Ministerio de Energía y Minas (otorgamiento de licencias de exploración y explotación); tampoco se ha emitido una ley de consulta que regule tales procesos, a pesar que existe una iniciativa de ley que dispone aprobar la “Ley de consulta a los pueblos indígenas” conocida por el pleno del Congreso de la República el 25 de septiembre de 2007, bajo el registro 3684. El objeto de dicha propuesta de ley es desarrollar las normas que permitan el ejercicio del derecho de consulta a los pueblos indígenas establecidos en el Convenio 169 de la OIT, mediante el establecimiento de procedimientos y condiciones apropiadas y mediante la determinación de los efectos jurídicos de las consultas sobre las decisiones administrativas o legislativas que les afectan. Esta propuesta fue elaborada y consensuada por organizaciones mayas, cuyos representantes argumentan que la aprobación de la ley permitirá el libre ejercicio del derecho a participar de los pueblos indígenas y a decidir sus prioridades para el desarrollo. Asimismo, se estaría legitimando lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, los Acuerdos de Paz y la Constitución Política de la República de Guatemala.

La iniciativa ha permanecido por seis años en el Congreso sin que se incluya en Agenda Legislativa, por falta de voluntad política de los legisladores.

Posteriormente en febrero de 2011, el gobierno de la República, como se mencionó anteriormente, presentó a los pueblos indígenas el “Borrador del Reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes. Dicha propuesta fue rechazada por los pueblos interesados, según consta en Expediente No. 1072-2011 de la Corte de Constitucionalidad, del 24 de noviembre de 2011. El amparo fue interpuesto por representantes de dichos pueblos ante la Corte de Constitucionalidad reclamando la violación de los derechos de consulta de los pueblos indígenas y del principio jurídico del debido proceso. Otro de los reclamos que dio origen a la impugnación del borrador, fue que los representantes

de los pueblos indígenas, en congruencia con las observaciones del Relator Anaya (OACNUDH, 2011), señalaron que su contenido disminuye los estándares de Naciones Unidas, y principalmente porque no fue consultado con ellos en ninguna de sus etapas de redacción.

Como fue señalado antes, la omisión de la consulta previa a las comunidades de pueblos indígenas donde existen proyectos extractivos, ha tenido como consecuencia que estas han realizado consultas comunitarias promovidas por los alcaldes municipales o por la población. Dichas consultas han sido objeto tanto de apoyo por parte de organizaciones ambientalistas y de organizaciones de derechos humanos, como de rechazo por parte del sector empresarial involucrado y algunas instituciones del Estado.

3. ACTORES Y POSTURAS DE LOS INVOLUCRADOS

En el marco de la consulta intervienen diversos actores cuyos intereses los confrontan o los alían. En el caso de Guatemala, los actores se agrupan en cinco categorías: a) organismos e instituciones del Estado (diversos actores gubernamentales, gobiernos locales y organismo legislativo); b) comunidades indígenas; c) actores de la sociedad civil (organizaciones de nivel local regional y nacional, ambientalistas, indígenas y campesinas) y entidades académicas; d) sector empresarial (empresas extractivas nacionales y transnacionales, y asociaciones gremiales); y e) cooperantes (ver cuadros 1, 2, 3 y 4 en anexo 2).

Se identifican actores en los tres niveles del contexto social: nacional, regional y local, sin embargo la relación e interacción se establecen principalmente entre los niveles nacional y local, ya que los de nivel regional actúan en el nivel local y nacional indistintamente según las circunstancias y hechos en los que participan. Los actores sociales identificados con relación a la aplicación de la consulta desempeñan diversos roles y muestran distintos grados de apoyo: apoyo pleno, apoyo limitado crítico o indiferencia, rechazo absoluto con capacidad de movilizar recursos [ver mapa de actores infra].

3.1. ORGANISMOS E INSTITUCIONES DEL ESTADO

Entre los ministerios del Estado, el que se ha visto más involucrado es el Ministerio de Trabajo, por ser el responsable de velar por la aplicación del Convenio 169 de OIT, de hecho tuvo protagonismo durante la gestión gubernamental 2008-2011, debido a la propuesta de Reglamento de consulta que se generó como consecuencia de las recomendaciones del relator de Naciones Unidas, James Anaya. Actualmente, como se mencionó anteriormente, este ministerio ha iniciado la elaboración de un “protocolo de principios para la realización de consulta”.

El Ministerio de Energía y Minas, por medio de la Dirección General de Minería, es el ente rector y responsable de la aplicación de la Ley de Minería, sin embargo los

funcionarios de este ministerio no asumen la responsabilidad de consultar aduciendo la falta de la ley de consulta, a pesar de las observaciones del relator Anaya quien señaló que “...Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, sin embargo, esta posición no es sostenible. Las disposiciones del Convenio 169 de la OIT son directamente ejecutables y de obligado cumplimiento por todos los agentes públicos” (Naciones Unidas A/HRC/15/37/Add.8, párr. 19).

El Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, es el responsable de la aplicación del Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, sin embargo ha demostrado no tener la fuerza suficiente para hacer cumplir a las empresas con el deber de “involucrar y/o consultar” a las comunidades durante la elaboración del diagnóstico ambiental y la consulta durante la etapa de revisión de dicho diagnóstico (como lo estipula el reglamento de evaluación).

Debe señalarse que la red hospitalaria del Ministerio de Salud Pública, recibe pacientes de comunidades donde se ubica la explotación minera a cielo abierto, sin embargo dicho ministerio no emite dictámenes con relación a daños a la salud que estos manifiestan. No obstante, médicos de forma no oficial reconocen el daño a la salud derivado de la actividad minera.

Al organismo legislativo han sido cursadas iniciativas de ley desde 2004, tanto por diputados como por organizaciones indígenas, sin embargo ninguna ha recibido apoyo por parte del pleno. A pesar de la falta de apoyo, en 2009 Mayén (2012: 131), se constituyó una Comisión Nacional Extraordinaria para la Transparencia, CNET, en el Congreso de la República, que realizó visitas de campo y abrió audiencias en el organismo legislativo para escuchar los planteamientos de las partes sobre la actuación estatal frente al caso de la mina Marlin y la cementera de San Juan Sacatepéquez. Con relación a la consulta, la comisión de Transparencia estableció que el Estado de Guatemala no ha desarrollado la legislación adecuada para hacer efectivo el cumplimiento de lo establecido en el Convenio 169; y que en el ordenamiento jurídico nacional no existe legislación alguna que determine cuál es la autoridad responsable de llevar a cabo las consultas previas. La Comisión también comprobó que no existe ninguna norma que establezca la suspensión temporal del derecho adquirido si no se llevan a cabo las consultas previas por lo que, de acuerdo a la ley vigente, la única autoridad que está facultada para suspender en forma temporal o definitiva un derecho minero es el Ministerio de Energía y Minas, si se comprueba cualquiera de los supuestos contenidos en la Ley de Minería.

La Comisión presidencial del Sistema Nacional de Diálogo, en los distintos períodos gubernamentales en los que ha funcionado, ha desarrollado una función de acompañamiento y mediación principalmente en conflictos derivados de protestas comunitarias en contra de la minería.

La Corte de Constitucionalidad ha demostrado una postura inclinada cada vez más hacia el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, sin embargo frente a la reacción del sector empresarial que ha accionado por la vía legal amparos y reclamos de omisión constitucional en contra de las consultas comunitarias, la Corte ha emitido alrededor de 10 sentencias que expresamente señalan que los resultados de las consultas realizadas o de las que debiera realizar el Estado no son vinculantes; así mismo en todos los casos, los fallos incluyen una exhortativa al organismo legislativo a emitir la ley de consulta⁵⁶.

De acuerdo con lo señalado en párrafos anteriores, los actores de los organismos del Estado y sus instituciones no tienen un consenso sobre la consulta previa e informada y por lo tanto no se establecen tampoco acciones coordinadas.

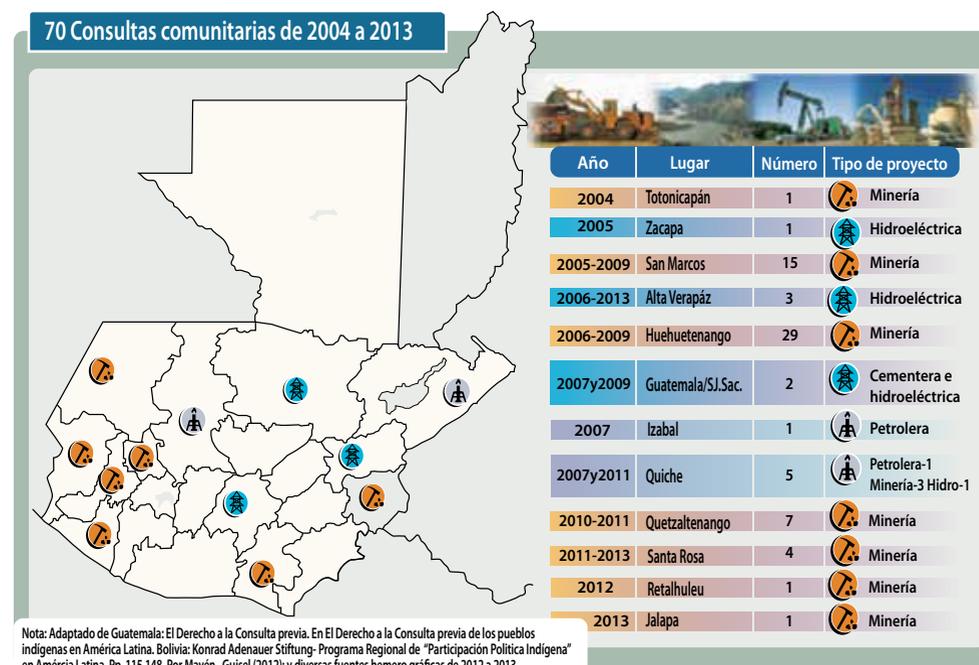
3.2. COMUNIDADES INDÍGENAS, ACTORES DE LA SOCIEDAD CIVIL Y ENTIDADES ACADÉMICAS

La participación activa de las comunidades, que empezó en 2005 como un movimiento de resistencia de carácter local hacia la empresa extractiva localizada en municipios del departamento de San Marcos (Guatemala), fue creciendo en forma regional hasta alcanzar el carácter de una resistencia nacional en los últimos años. Este movimiento se ha ido consolidando a través de las “consultas comunitarias” en varios municipios del país y ha logrado insertarse en el contexto político nacional demostrando gran fuerza.

Las comunidades habitadas por pueblos indígenas que han realizado consultas comunitarias suman 38, una garífuna y dos ladinas⁵⁷. Actualmente, las comunidades de San Miguel Ixtahuacán, San Marcos; El Sastre, en San Antonio La Paz, El Progreso; Cerro Blanco, en Asunción Mita, Jutiapa; Fénix, en El Estor, Izabal; y El Escobal, en San Rafael Las Flores, Santa Rosa, son las que accionan constantemente en contra de la actividad minera debido a que es ahí donde se encuentran activos los proyectos de minería metálica. Asimismo la comunidad de San Juan Sacatepéquez, donde se asienta la empresa Cementos Progreso. (Ver mapa de consultas comunitarias y en anexo 1 ver lista de consultas comunitarias por departamento).

56 Guatemala, Corte de Constitucionalidad, Considerando V. Sentencia emitida en Expediente 1179-2005. Expedientes acumulados 2432-2011 Y 2481-2011. Corte de Constitucionalidad, cinco de diciembre de dos mil doce y expedientes acumulados 4639-2012 Y 4646-2012. Corte de Constitucionalidad. Guatemala, cuatro de diciembre de dos mil trece)

57 Los garífuna son un grupo étnico descendiente de africanos, caribes y arahuacos, originalmente asentados en la isla San Vicente. Fueron expulsados en 1796 de su asentamiento en dicha isla por los ingleses y arribaron a la costa atlántica del territorio guatemalteco en el siglo XIX. En Guatemala se denomina ladinos al grupo mestizo que se origina de la unión de indígenas y españoles o sus descendientes.



Este movimiento social-comunitario también forma parte del movimiento más amplio integrado por diversas organizaciones ambientalistas que actúan a nivel nacional y local. El movimiento ambientalista ha logrado en algunos casos neutralizar y equilibrar la relación de poder entre Estado y las instituciones que actúan en defensa de los territorios y recursos naturales. Declaraciones de algunos integrantes de este movimiento en 2009 (Consejo de Pueblos de Occidente 24 de febrero de 2009) señalaban la realización hasta esa fecha de 35 consultas comunitarias de buena fe, las que habrían logrado movilizar alrededor de 500.000 pobladores comunitarios. Cinco años después la cantidad de consultas se duplicó (anexo 1 Lista de consultas comunitarias por departamento).

Entre las organizaciones de nivel nacional, destaca la participación del colectivo ecologista Madre Selva que exige constantemente al Gobierno la moratoria a las concesiones mineras de metales y promueve la revisión de la actual Ley de Minería (Decreto 48-97). Acompaña a poblaciones de diversas comunidades que asumen la posición de defensa de bienes naturales o de resistencia frente a proyectos y actividades que atentan contra el equilibrio y los procesos ecológicos. Madre Selva también realiza monitoreo ambiental en el área de la mina Marlin.

Otra organización que lidera la defensa del medio ambiente es el Centro de Acción Legal Ambiental y Social (CALAS), cuyos personeros interpusieron un recurso de

amparo ante la Corte de Constitucionalidad para dejar en suspenso siete artículos de la actual Ley de Minería, los cuales considera que atentan con el medio ambiente.

A raíz de la actividad que se ha suscitado en torno a las consultas comunitarias, se han formado también organizaciones locales orientadas a la defensa ambiental, entre estas destaca la Comisión Pastoral Paz y Ecología (COPAE).

Al movimiento integrado por las organizaciones ambientalistas y las comunidades se unieron las organizaciones cuya trayectoria dentro de los movimientos sociales del país se ha ligado históricamente con las reivindicaciones indígenas y campesinas por la tierra y los territorios. Entre estas destacan las que tienen protagonismo a nivel nacional como el Comité de Unidad Campesina (CUC), la Coordinadora Nacional de Organizaciones Campesinas (CNO), la Coordinadora Nacional Indígena y Campesina (CONIC), el Movimiento Sindical Indígena y Campesino Guatemalteco (MSICG), la Convergencia Maya Waquib'Kej y el Consejo de Organizaciones Mayas (COMG).

En el nivel regional y local, destacan el Consejo de Pueblos Mayas de Occidente (CPO), el Parlamento Xinca y Ceiba, así como las de San Miguel Ixtahuacán en San Marcos y las de San Rafael Las Flores en Santa Rosa, principalmente.

También brindan apoyo a la consulta previa e informada instituciones de investigación social que han realizado diversos estudios sobre la conflictividad derivada de la falta de consulta, sobre deterioro ambiental y sobre violaciones de derechos en las comunidades afectadas. Entre estas, la Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala (AVANCSO), la Fundación Propaz, el Centro de Estudios de la Frontera Norte (CEDFOG), el Instituto Centroamericano de Estudios Fiscales (ICEFI) y la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso). Asimismo, institutos de investigación que pertenecen a universidades como el Instituto de Agricultura, Recursos Naturales y Ambientales de la Universidad Rafael Landívar (IARNA-URL), el Instituto de Problemas Nacionales de la Universidad de San Carlos (IPNUSA) y el Programa de estudios rural y territoriales de la Universidad de San Carlos de Guatemala (PERT-USAC).

Instituciones afines a las empresas extractivas son el Centro de Investigaciones Económicas Nacionales (CIEN); y la Asociación de Monitoreo Ambiental Comunitario (AMAC) que monitorea la calidad del agua para la mina Marlin ubicada en San Marcos. Muy cercana a esta asociación se encuentra el Centro Superior de Energía y Minas (CESEM) de la Universidad de San Carlos de Guatemala, que colabora en la toma de muestras de agua que son enviadas a laboratorios del Canadá, para que realicen las pruebas para detectar metales pesados y contaminantes derivados de la explotación minera. También CESEM capacita en temas de geología y minería a pobladores que habitan en las comunidades donde está ubicada la Marlin.

3.3. SECTOR EMPRESARIAL

Integrado por empresas extractivas nacionales y transnacionales, y por asociaciones gremiales no tiene ninguna responsabilidad directa en la realización de consultas a pueblos indígenas, aun cuando es un actor protagónico según el Convenio 169. Sin embargo la Ley de Minería y el Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental les exige realizar un estudio de impacto ambiental e “involucrar y/o consultar a la población durante la elaboración del o los instrumentos de evaluación o diagnóstico ambiental”. Al respecto, se ha observado que algunos titulares de derechos de reconocimiento y exploración minera no han cumplido con presentar el instrumento ambiental ante el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales.

Cuatro transnacionales mineras operan en Guatemala, registradas bajo distintos nombres. Tres son empresas canadienses: Goldcorp (con domicilio en Vancouver), opera 17 concesiones de exploración y una concesión de explotación en San Marcos; y 15 de exploración en Huehuetenango, a través de sus subsidiarias propiedad de Montana Exploradora de Guatemala y Entre Mares de Guatemala; Nichromet Extractions (con domicilio en Montreal), representada por su subsidiaria Nichromet Guatemala, tiene ocho concesiones de exploración en Izabal y Alta Verapaz; y HudBa y Minerals (con domicilio en Toronto) que a través de su subsidiaria CGN (Compañía Guatemalteca de Níquel) opera dos concesiones de exploración y una concesión de explotación en Izabal. La cuarta compañía es australiana: BHP/Billiton (con domicilio en Melbourne), opera 18 concesiones de exploración en Izabal y Alta Verapaz, a través de sus subsidiarias Maya Níquel y Jaguar Níquel. [O. Rosal. Licencias para minerales metálicos vigentes a la fecha, citado en: Jordis van den Sandt, Conflictos Mineros y Pueblos Indígenas en Guatemala (La Haya, 2009: 7)].

Otras son la Aurogin Resources Ltd., Tahoe Resources Inc. (Minera San Rafael, S.A., Montana Exploradora, S.A. y Entre Mares, S.A.), Goldex Resources Corp., Castle Gold y Argonaut.

Las empresas que operan con capital de guatemaltecos se agrupan en la Gremial de Industrias Extractivas (Gremix) y la Cámara de Industrias de Guatemala, entre estas la Fundación Sierra Madre (San Marcos).

3.4. COOPERANTES

A los actores nacionales se suman instituciones y organizaciones internacionales de cooperación que apoyan financieramente estudios sobre el conflicto derivado de la omisión de la consulta en el país, por ejemplo Nimd, IBIS, Oxfam y Norad. Algunas tienen posturas de apoyo limitado como por ejemplo BID y Banco Mundial cuyos aportes se otorgan directamente al Estado. Por su parte el Programa Maya apoya acciones de litigio estratégico en favor de las comunidades.

Algunos de los actores internacionales brindan su apoyo en el marco de la defensa de los derechos humanos., tal es el caso de Cordaid, PBI y OACNUDH, que mantienen posturas neutrales y tienen como campo de acción la defensa de los derechos humanos.

MAPA DE ACTORES EN TORNO A LA CONSULTA A FAVOR Y EN CONTRA DE LA CONSULTA PREVIA E INFORMADA

Posición del sector	Rechazo absoluto	Oposición legal	Apoyo limitado crítico o indiferente (+)	Sectores de apoyo	Apoyo limitado crítico o indiferente (-)	Oposición legal	Rechazo absoluto
Sectores externos			BM, BID	OACNUDH, ONU, Programa Maya			
				CORDAI, PBI; NORAD, NIMD, IBIS, OXFAM			
CONSULTA A PUEBLOS INDÍGENAS							
Organismos e instituciones del Estado		Comisiones del Congreso de la República Corte de Constitucionalidad		Consejos de Desarrollo Urbano y Rural.	Organismo Judicial, Comisión de Energía y Minas del Congreso de la República,		
			MARN, CONAP, Sistema Nacional de Diálogo Permanente, MINTRAB y Municipalidades.	Comisión de Asunto Indígenas del Congreso de la República	MEM y MSPyS		
Comunidades, actores s. civil y académicas			PDH	Comunidades, Alcaldías Indígenas, AVANCSO, Iarna-URL, Propaz, CEG, ICEFI, Flacso, Organizaciones a nivel nacional, regional y local	Ipnusac, Pert-USAC		Cesem-USAC, CIEN,
Sector empresarial	Empresas extractivas: Transnacionales y sus subsidiarias Nacionales					Cámara de Industria de Guatemala, Gremial de Industrias Extractivas (Fundación Sierra Madre)	

(+)Intervención (-)Intervención

4.

POSIBLES ESCENARIOS DE LOS PROCESOS DE CONSULTA

Con relación a la emisión de una ley de consulta en Guatemala, se considera que dadas las posturas confrontadas de los actores involucrados, es poco probable que en la actualidad se emita dicha ley en Guatemala.

Las condiciones para el corto y mediano plazo no parecen reflejar cambios hacia una variación de las posturas de los involucrados. Esto tiene implicaciones que inciden negativamente en una posible modificación de la propia postura del Organismo Legislativo, que no ha atendido las constantes exhortativas que la Corte de Constitucionalidad le ha planteado en relación a que se emita dicha ley.

Tampoco se vislumbra cambio en la postura de las organizaciones mayas y las comunidades afectadas. Estas han logrado un empoderamiento cada vez mayor y aparentemente ahora existe más cohesión en torno al rechazo expresado en las consultas comunitarias; además los conflictos que se generan en las comunidades se han incrementado no solo en número sino también en la violencia que se produce.

Por tanto, el cambio del escenario actual a uno menos confrontativo, donde la emisión de una ley de consulta previa, libre e informada sea viable, dependerá de cambios en las posturas de los actores involucrados.

5.

DECISIONES CRÍTICAS

La falta de una ley de consulta, desde luego no exime al Estado de su responsabilidad de consultar de acuerdo con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, por lo que otra posible vía sería que el Estado cumpla con su compromiso sin dicha ley. La experiencia en Colombia, donde se han realizado varias consultas aunque no existe una ley de consulta, podría ser objeto de un análisis que permita identificar posibles acciones a seguir en Guatemala para la realización de consultas sin una ley específica en dicha materia. Para que esto suceda, el Estado debe mostrar voluntad política para cumplir con este compromiso.

El Congreso de la República debe atender las exhortativas de la Corte de Constitucionalidad, analizar la necesidad de emitir la ley de consulta previa e informada, tomando en consideración lo planteado por la Corte y las sentencias emitidas en las que reiteradamente reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente a la toma de medidas legislativas o administrativas relacionadas con el uso de minerales o de los recursos del subsuelo, o sobre otros recursos existentes en las tierras que pudieren afectar sus intereses; así como a ser consultados sobre el desarrollo, instalación y operación de proyectos de minería previamente a la toma de medida estatal que pudiere afectar sus derechos⁵⁸. El Congreso deberá también tener en cuenta la jurisprudencia sentada por la CIDH, pero ante todo, el Congreso no deberá olvidar que como lo ha planteado el Convenio 169 de la OIT, es su deber consultar a los pueblos indígenas toda medida legislativa, antes de su promulgación.

Ante la negativa y rechazo de las comunidades hacia los proyectos extractivistas, el gobierno deberá tratar de evitar la generación de mayor violencia en los conflictos que se suscitan por la falta de consulta. Asimismo, deberá tener en cuenta que “la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte de agentes del Estado o terceros que actúan con su aquiescencia” (Padilla, 2012: 105).

Por su parte, las comunidades deben hacer un esfuerzo por “retomar valores que se traduzcan en actitudes de diálogo, respeto mutuo y solidaridad” (Mayén, 2012: 143),

⁵⁸ Teniendo en cuenta que el Convenio 169 establece que deberá consultarse sobre otras decisiones por ejemplo de educación, traslado de territorios y otras medidas que afecten a los pueblos indígenas

e iniciar un esfuerzo para alcanzar la reconstrucción del tejido social comunitario roto por la confrontación que se ha provocado internamente debido a posturas contrarias en torno a las empresas extractivas.

Las empresas deberán cumplir con su responsabilidad de brindar información completa y transparente a los pueblos indígenas sobre los proyectos que implementen en sus comunidades. Asimismo, implementar mecanismos para lograr este proceso y para “la solución de posibles controversias, respetando los procesos, tiempos y espacios propios de las comunidades indígenas para alcanzar acuerdos” (Mayén, 2012: 143).

BIBLIOGRAFÍA

AIDPI (2001). Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas. En Proceso de Negociación de la Paz en Guatemala. Guatemala: MINUGUA.

Congreso de la República /Comisión Nacional Extraordinaria de Transparencia, 2009. Informe Final entregado al Presidente del Organismo Legislativo. Guatemala. 4-11.

Confederación Sindical de Trabajadores/as de las Américas (CSA TUCA), Consejo de los Pueblos de Occidente (CPO), Movimiento Sindical, Indígena y Campesino Guatemalteco (MSICG) y Confederación Sindical Internacional (ITUC CSI IGB). El derecho a la consulta de los Pueblos Indígenas en Guatemala: La ruptura entre el discurso y la práctica (2010) Guatemala: s.d. Recuperado el 10 de septiembre de 2012 en:

http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/biblioteca/cat_view/146-consulta-previa.html

Naciones Unidas, A/HRC/15/37/Add.8 (2010) Consejo de Derechos Humanos Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Inclusión el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, Distr. General 8 de julio de 2010.

Naciones Unidas, A/HRC/16/xx (2011). Consejo de Derechos Humanos Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Inclusión el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, Distr. General 4 de marzo 2011. Documento electrónico disponible en: http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/rapporteur/docs/GuatemalaIP16th_AUV.pdf

Guatemala (1986) Constitución Política de la República de Guatemala, 31 de mayo de 1985, reformada por el Acuerdo Legislativo 18-93, Guatemala.

Guatemala (1997) Ley de Minería. Decreto No. 48-97 del Congreso de la República. Guatemala.

Guatemala (2001) Reglamento a la Ley de Minería Acuerdo Gubernativo 176-2001. Ministerio de Energía y Minas

Guatemala (2002) Código Municipal. Decreto Num. 12-2002 Guatemala.

Guatemala (2002a) Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural. Decreto Num. 11-2002. Guatemala.

Guatemala (2005) Corte de Constitucionalidad. Expediente 1179-2005. Guatemala.

Guatemala, Ministerio de Trabajo (2003) Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental. Guatemala.

Guatemala (2005) Corte de Constitucionalidad Expediente No. 1179-2005. Guatemala

Guatemala (2011) Borrador Preliminar de Reglamento para el proceso de Consulta del Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes. Ministerio de trabajo y Previsión social. Guatemala. Documento electrónico, disponible en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/attachments/article/732/2011-guatemala-proyecto-reglamento-consulta.pdf>

Guatemala (2011) Corte de Constitucionalidad. Expediente No. 1072-2011. Guatemala

Guatemala (2012) Corte de Constitucionalidad. Expedientes Acumulados 2432-2011 Y 2481-2011, 5 de diciembre de 2012.

Guatemala (2013) Corte de Constitucionalidad Expedientes Acumulados 4639-2012 y 4646-2012. Corte de Constitucionalidad. Guatemala, 4 de diciembre de 2013.

Mayén, Guisela (2012) "Guatemala: El Derecho a la Consulta previa". En El Derecho a la Consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina. Bolivia: Konrad Adenauer Stiftung- Programa Regional de "Participación Política Indígena" en América Latina. Pp. 115-148.

Ministerio de Trabajo y Previsión Social (MINTRAB) - Guatemala (2014) "Reunión Histórica con Pueblos Indígenas". Recuperado de <http://www.mintrabajo.gob.gt/index.php/nota-principal/474-reuni%C3%B3n-hist%C3%B3rica-con-pueblos-ind%C3%ADgenas.html>

Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, OACNUDH (2011) Comentarios del Relator Especial sobre los Derechos de los

Pueblos Indígenas en relación con el Borrador Preliminar de Reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Guatemala). Documento electrónico disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/732-2011-observaciones-relator-proyecto-reglamento-guatemala.html>

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2007) Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Perú: OIT. Recuperado el 27 de septiembre de 2012 en: http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf

Padilla, Guillermo (2012) Consulta previa en Colombia y sus desarrollos jurisprudenciales. Una lectura desde los pueblos indígenas, las empresas y el Estado. Bolivia: Konrad Adenauer Stiftung- Programa Regional de "Participación Política Indígena" en América Latina. Pp. 81-114.

Sistema de Dialogo Permanente (2011) Consultas realizadas en el país, entre los años 2005 y 2011. Guatemala: Gobierno de la República.

Van den Sandt, Jordi (s.f.) Conflictos Mineros y Pueblos Indígenas en Guatemala. La Haya: Cordaid. Recuperado el 10 de septiembre de 2012 en: http://www.ciel.org/Law_Communities/Guatemala/Cordaid%20Guatemala%20ES%20broch-DEF.pdf

Yagenova, Simona Violetta, coord. (2012) La industria extractiva en Guatemala: Políticas públicas, derechos humanos, y procesos de resistencia popular en el período 2003-2011. Guatemala: Flacso.

ANEXOS

ANEXO 1. LISTA DE CONSULTAS COMUNITARIAS EN GUATEMALA.

Consultas comunitarias realizadas de 2004 a 2012, por departamento.

N°	Departamento	Municipio	Tipo de proyecto	Fecha
1	Totonicapán	Momostenango	Minería	20 /4/2004
2	San Marcos	Comitancillo	Minería	14/4/2005
3	San Marcos	Sipacapa	Minería	18/5/2005
4	Zacapa	Río Hondo	Hidroeléctrica	3/7/2005
5	Alta Verapaz	Cobán	Hidroeléctrica	20/6/2006
6	Huehuetenango	Colotenango	Minería	25/7/2006
7	Huehuetenango	Concepción Huista	Minería	25/7/2006
8	Huehuetenango	San Juan Atitán	Minería	25/7/2006
9	Huehuetenango	Todos Santos Cuchumatán	Minería	25/7/2006
10	Huehuetenango	Santiago Chimaltenango	Minería	25/7/2006
11	Huehuetenango	Santa Eulalia	Minería	29/8/2006
12	San Marcos	Tajumulco	Minería	27/11/2006
13	San Marcos	Concepción Tutuapa	Minería	13/2/2007
14	Huehuetenango	San Pedro Necta	Minería	30/3/2007
15	Quiché	Ixcán	Hidroeléctrica Explotación petrolera	30/4/2007
16	Huehuetenango	San Antonio Huista	Minería	12/5/2007
17	San Marcos	Ixchiguan	Minería	17/6/2007
18	Guatemala	San Juan Sacatepéquez	Minería-Cementera	13/5/2007
19	Izabal	Livingston	Petróleo	sd/6/2007
20	San Marcos	Ixchiguan	Minería	13/6/2007
21	Huehuetenango	Santa Cruz Barillas	Minería	23/6/2007
22	Huehuetenango	Nentón	Minería	11/8/2007
23	Huehuetenango	San Idefonso Ixtahuacán	Minería	22/9/2007

N°	Departamento	Municipio	Tipo de proyecto	Fecha
24	Huehuetenango	San Sebastián Huehuetenango	Minería	26/10/2007
25	Huehuetenango	San Miguel Acatán	Minería	1/12/2007
26	San Marcos	Sibinal	Minería	18/4/2008
27	Huehuetenango	San Juan Ixcay	Minería	13/5/2008
28	San Marcos	Comitancillo (ratificación de la consulta realizada en 2005)		14/05/08
29	San Marcos	Tacanán	Minería	16/5/2008
30	San Marcos	Tajumulco	Minería	13/6/2008
31	Huehuetenango	Tectitán	Minería	27/6/2008
32	San Marcos	San Miguel Ixtahuacán	Minería	27/6/2008
33	San Marcos	San José Ojeteman	Minería	11/7/2008
34	Huehuetenango	Chiantla	Minería	13/7/2008
35	Huehuetenango	Jacaltenango	Minería	26/7/2008
36	Huehuetenango	Santa Ana Huista	Minería	6/8/2008
37	San Marcos	Tejutla	Minería	30/9/2008
38	Huehuetenango	Aguacatán	Minería	3/10/2008
39	Huehuetenango	San Pedro Soloma	Minería	17/10/2008
40	Huehuetenango	Cuilco	Minería	25/10/2008
41	Huehuetenango	Santa Bárbara	Minería	28/11/2008
42	Huehuetenango	San Rafael Petzal	Minería	10/1/2009
43	Huehuetenango	San Rafael la Independencia	Minería	28/4/2009
44	Huehuetenango	San Mateo Ixtatán	Minería	21/5/2009
45	San Marcos	San Cristobal Cucho	Minería	27/6/2009
46	Huehuetenango	San Gaspar Ixil	Minería	23/7/2009
47	Guatemala	Churranchito	Hidroeléctrica	3/8/2009
48	Huehuetenango	San Rafael La Independencia	Minería	1/9/2009
49	Huehuetenango	San Sebastián Coatán	Minería	24/9/2009
50	Quiché	Cunen	Minería	27/10/2009
51	San Marcos	Malacatán	Minería	29/11/2009
52	Huehuetenango	Unión Cantinil	Minería	18/1/2010
53	Alta Verapaz	San Agustín Lanquín	Hidroeléctrica	29/9/2010
54	Quetzaltenango	Cabricán	Minería	20/10/2010
55	Quiché	Santa Cruz	Minería	22/10/2010
56	Quiché	Uspantán	Hidroeléctrica	29/11/2010
57	Quetzaltenango	Huitán	Minería	22/11/2010

N°	Departamento	Municipio	Tipo de proyecto	Fecha
58	Quetzaltenango	San Juan Ostuncalco	s.d.	18/2/11
59	Quetzaltenango	Olintepeque	s.d.	20/02/2011
60	Quetzaltenango	San Martín	s.d.	16/03/2011
61	Quetzaltenango	Concepción Chiquirichapa	s.d.	20/04/2011
62	Quiché	Sacapulas	Minería	20/6/2011
63	Santa Rosa	Santa Rosa de Lima	Minería	11/6/2011
64	Santa Rosa	Nueva Santa Rosa	Minería	3/7/2011
65	Quetzaltenango	Cajolá	s.d.	1/7/2011
66	Santa Rosa	Casillas	Minería	10/7/2011
67	Santa Rosa	Nueva Santa Rosa	s.d.	19/1/12
68	Retalhuleu	Champerico	Minería	12/2/12
69	Guatemala	Amatitlán	Minería	05/09/12
70	Guatemala	Guatemala	Minería	04/12/12
71	Santa Rosa	Santa Rosa de Lima	s.d.	05/12/12
72	Alta Verapaz	San Agustín Lanquín	Hidroeléctrica	05/02/2013
73	Santa Rosa	San Rafael Las Flores	Minería	26/02/2013
74	Jalapa	Mataquescuintla	s.d.	04/12/2013

Nota: Adaptado de El derecho a la consulta de los Pueblos Indígenas en Guatemala: La ruptura entre el discurso y la práctica. Guatemala, 2010 (Información de 2004 a 2010)
Diversas fuentes hemerográficas de 2012 a 2013.

ANEXO 2. CUADROS DE LOS ACTORES SOCIALES INVOLUCRADOS

Cuadro 1. Organismos e instituciones del Estado

Organismo ejecutivo	Gobiernos locales e instituciones o dependencias del gobierno	Organismo legislativo	Instituciones autónomas en el nivel local y nacional	Organismo judicial
Sector gubernamental, tomadores de decisiones a nivel nacional <ul style="list-style-type: none"> Ministerio de Energía y Minas (MEM) Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (MARN) Consejo Nacional de Áreas protegidas Conap Comisión presidencial del Sistema Nacional de Diálogo Permanente Ministerio de Trabajo y Previsión Social Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social. 	Alcaldías municipales <ul style="list-style-type: none"> Consejos de Desarrollo Urbano y Rural: Departamentos (CODEDE) Municipales (COMUDE) Consejos (COCODE) Sector gubernamental local, delegados institucionales de: <ul style="list-style-type: none"> Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (MARN) Consejo Nacional de Área Protegidas (CONAP) 	Comisiones del Congreso <ul style="list-style-type: none"> de Energía y Minas de Ambiente, Ecología y Recursos Naturales Extraordinaria Nacional por la Transparencia de Asuntos Indígenas Específica para la Integración y Desarrollo de Petén. 	PDH	<ul style="list-style-type: none"> Tribunal de Sentencia Judicial Corte de Constitucionalidad

Cuadro 2. Comunidades, actores de la sociedad civil y entidades académicas

Organizaciones indígenas y campesinas	ONG ambientalistas y Derechos Humanos	Entidades académicas	Comunidades
<p>Nivel Nacional</p> <ul style="list-style-type: none"> - Comité de Unidad Campesina (CUC) - Coordinadora Nacional de Organizaciones Campesinas (CNOOC) - Coordinadora Nacional Indígena y Campesina (CONIC) - Frente de la Represión en Guatemala contra los pueblos y el saqueo de Recursos Naturales (Frena) - Movimiento sindical indígena y campesina de Guatemala (MSGG) - Convergencia Maya Waquib´Kej - Consejo de Organizaciones Mayas (COMG) <p>Nivel Regional</p> <ul style="list-style-type: none"> - Consejo de Pueblos Mayas de Occidente (CPO) - Parlamento Xinka - Ceiba <p>Nivel Local</p> <ul style="list-style-type: none"> - Asociación de Desarrollo Integral San Miguelense - Comité Pro-Defensa de la Vida y contra la Minería de San Rafael Las Flores - Frente de Defensa del Territorio Miguelense - Diócesis de San Marcos 	<p>Nivel Nacional</p> <ul style="list-style-type: none"> - Centro de Acción Legal Ambiental y Social de Guatemala (Calas) - Colectivo Madre Selva - Savia <p>Nivel Regional</p> <ul style="list-style-type: none"> - Comisión Pastoral Paz y Ecología (Copaec) <p>Nivel Local</p> <ul style="list-style-type: none"> - Pastoral social de la Tierra de Petén - Asociación de comunidades forestales de Petén (ACOFOP) - Comité Diocesano de Defensa de la Naturaleza 	<ul style="list-style-type: none"> - Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala (Avancso) - Instituto de Agricultura, Recursos Naturales y Ambientales de la Universidad Rafael Landívar (Iarna-URL) - Instituto de Problemas Nacionales de la Universidad de San Carlos (Inpusac) - Programa de estudios rural y territoriales de la USAC (Per-USAC) - Propaz - Centro de Estudios de la Frontera Norte (CEG) - Centro de Investigaciones Económicas Nacionales (CIEN) - Instituto Centroamericano de Estudios Fiscales (Icefi) - Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso) 	<ul style="list-style-type: none"> - Alcaldías indígenas - Autoridades ancestrales <p>Comunidades</p> <ul style="list-style-type: none"> - 38 comunidades indígenas - 1 Garifuna - 4 Ladina - Asamblea Departamental por la Defensa del Territorio-Huehuetenango

Cuadro 3. Cooperantes

Cooperantes
<ul style="list-style-type: none"> • Organización de las Naciones Unidas - ONU • Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos - OACNUDH • Banco Mundial • Banco Interamericano de Desarrollo – BID • Building Flourishing Communities - CORDAID • Brigadas de Paz Internacional - PBI

Cuadro 4. Sector empresarial

Sector privado empresarial
<ul style="list-style-type: none"> • Gremial de Industrias Extractivas (Gremix) • Cámara de Industrias de Guatemala • Fundación Sierra Madre (San Marcos) • Aurogin Resources Ltd. • Goldcorp Inc. (opera a través de subsidiarias propiedad de Montana Exploradora de Guatemala y Entre Mares de Guatemala)

CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA:

EL CASO DE PERÚ

Ivan Lanegra

Consultor - Sociedad Peruana de Derecho Ambiental



1. REGULACIÓN NACIONAL Y LA INSTITUCIONALIDAD

En la presente sección presentaremos los principales elementos que caracterizan la regulación nacional de la consulta previa y las cuestiones institucionales vinculadas.

1.1. NORMATIVA NACIONAL

Es en el marco de lo recomendado por la CEACR-OIT- en el cual hay que ubicar la promulgación de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo -en adelante, la Ley de Consulta-, publicada el 7 de septiembre de 2011, así como el decreto supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, publicado el 3 abril de 2012. Esta constituye la primera ley de su tipo en América Latina.

El Tribunal Constitucional también ha venido emitiendo un conjunto de sentencias que aluden al derecho a la consulta previa, en particular la STC 00022-2009-PI, del 9 de junio de 2010. Sin embargo, el desarrollo legal y reglamentario ha sobrepasado en gran medida la jurisprudencia indicada, razón por la cual utilizaremos dichas sentencias para ilustrar algunos aspectos de dicho desarrollo. Al respecto, las principales definiciones establecidas son las siguientes:

a. Sujetos del derecho a la consulta

De conformidad con la ley y su reglamento, el sujeto del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios.⁵⁹ En las definiciones del reglamento se ha precisado que ambos términos deben considerarse equivalentes.⁶⁰

59 Artículo 5 de la Ley.

60 Artículo 3, k, del Reglamento.

En consonancia con el marco internacional, el sujeto de la consulta es el pueblo indígena cuyos derechos colectivos pudiesen ser afectados por la medida administrativa o legislativa que adopta el Estado⁶¹. Dicho pueblo indígena participará en el proceso de consulta mediante sus "instituciones y organizaciones representativas", elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales".⁶² El reglamento de la ley ha precisado reglas para la definición de los representantes de los pueblos indígenas⁶³, así como los mecanismos de acreditación⁶⁴. Dichos representantes son quienes deben participar directamente en el proceso de consulta.

Con relación a los criterios de identificación de los pueblos indígenas, la ley repite los criterios establecidos en el Convenio 169 –criterio objetivo, diferencia étnica y cultural; y criterio subjetivo, o conciencia de la propia identidad indígena–, entrando en mayores detalles. Así, considera como parte de los criterios objetivos los siguientes:

- i. Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.
- ii. Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.
- iii. Instituciones sociales y costumbres propias.
- iv. Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.

Debido a que el Convenio 169 se refiere expresamente, en lo que concierne al criterio objetivo, a conservar en todo o en parte las instituciones indígenas, esta lista debe ser entendida con un carácter complementario de lo señalado en dicho tratado internacional. Con relación a este punto, el reglamento ha precisado que esta disposición de la ley debe ser interpretada conforme lo indica el artículo 1 del Convenio 169.⁶⁵ En lo que concierne al criterio subjetivo, la ley lo define como el "... relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria".⁶⁶

Por su parte, el reglamento de la Ley precisa que la población que vive organizada en comunidades campesinas y comunidades nativas, podrá ser identificada como un pueblo indígena, o parte de él, si responde a los criterios señalados anteriormente,

61 Artículo 5 de la Ley.

62 Artículo 6 de la Ley.

63 Artículo 3, n, del Reglamento.

64 Artículo 10 del Reglamento.

65 Artículo 3, k, del Reglamento.

66 Artículo 7 de la Ley.

sin que sea relevante la denominación empleada para designar al pueblo indígena.⁶⁷ Esto es crucial, pues el reglamento, con corrección, distingue entre la figura del pueblo indígena, de lo que constituyen sus organizaciones o instituciones representativas –las comunidades campesinas y las comunidades campesinas, por ejemplo-. De otro lado, también pueden existir pueblos indígenas que no estén organizados como “comunidad campesina” o “comunidad nativa”, como es el caso de los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial. Lo relevante es determinar si la población cumple o no con los criterios arriba indicados. Por ello resulta particularmente pertinente considerar lo señalado por la Directiva N° 03-2012/MC, de mayo de 2012, la misma que regula el funcionamiento de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios. Dicha directiva indica, en línea con lo explicado anteriormente, que los criterios objetivos incluyen:

- i. Continuidad histórica: permanencia en el territorio nacional desde tiempos previos al establecimiento del Estado.
- ii. Conexión territorial: ocupación de una zona del país por parte de los ancestros de las poblaciones referidas
- iii. Instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas: conservadas total o parcialmente por las poblaciones en cuestión.

La base de datos incorpora como elementos objetivos para el reconocimiento de un pueblo indígena los siguientes:

- i. Lengua indígena, en tanto constituye una de las principales instituciones sociales y culturales de todo pueblo.
- ii. Tierras comunales de pueblos indígenas, que establecen la existencia de conexión territorial.⁶⁸

A la fecha, el Ministerio de Cultura ha identificado 52 pueblos indígenas, cuatro de los cuales son de origen andino: quechua, aymara, uro y jacaru. Sin embargo, la identificación de las instituciones u organizaciones representativas aún se encuentra en proceso, como comentaremos más adelante. No obstante, dicha base no es “constitutiva de derechos”, en tanto solo reconoce un estatus jurídico, el de pueblo indígena y sus organizaciones, preexistente.

Finalmente, la base oficial de datos de pueblos indígenas u originarios, que es responsabilidad del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura, debe contener la siguiente información:

67 Artículo 3, k, del Reglamento.

68 7.1.3 y 7.1.5 de la Directiva N° 03-2012/MC.

- i. Denominación oficial y autodenominaciones con las que los pueblos indígenas u originarios se identifican.
- ii. Referencias geográficas y de acceso.
- iii. Información cultural y étnica relevante.
- iv. Mapa etnolingüístico con la determinación del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas u originarios ocupan o utilizan de alguna manera.
- v. Sistema, normas de organización y estatuto aprobado.
- vi. Organizaciones representativas, ámbito de representación, identificación de sus líderes o representantes, período y poderes de representación.

b. Objeto de la consulta

La ley no ha incluido una lista detallada de tipos de medidas legislativas o administrativas que deben ser consultadas. No obstante, en su artículo 2° extiende el ámbito de las medidas por consultar a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. El reglamento ha agregado detalles al respecto, pues considera que deben ser consultadas las normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.⁶⁹

Del mismo modo se podrán consultar las medidas legislativas, normas con rango de ley como las leyes, resoluciones legislativas, decretos legislativos, ordenanzas regionales o municipales.⁷⁰ En cambio, los decretos de urgencia, en tanto limitados a materia financiera o económica, no podrían, constitucionalmente, modificar derechos colectivos, por lo que no requerirían ser consultados.⁷¹

El Reglamento ha establecido que algunas medidas no requerirán ser consultadas:

- i. Las normas de carácter tributario o presupuestario.
- ii. Decisiones estatales de carácter extraordinario o temporal dirigidas a atender situaciones de emergencia derivadas de catástrofes naturales o tecnológicas

69 Artículo 3, i, del Reglamento.

70 Artículo 3, j, del Reglamento.

71 Artículo 27,7, del Reglamento.

que requieren una intervención rápida e impostergable con el objetivo de evitar la vulneración de derechos fundamentales de las personas.

- iii. Medidas que se dicten para atender emergencias sanitarias, incluyendo la atención de epidemias.
- iv. La persecución y control de actividades ilícitas, en el marco de lo establecido por la Constitución Política del Perú y las leyes vigentes.⁷²

Adicionalmente, el reglamento también ha indicado que la construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos que, en coordinación con los pueblos indígenas, esté orientada a beneficiarlos, no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previsto en dicha norma. Desde luego, no nos encontramos frente a un supuesto similar a los anteriores, pues aquí se necesita establecer un proceso de diálogo con los pueblos indígenas, que debiera incluir la calificación del carácter benéfico de las indicadas obras⁷³. Al respecto, la Guía Metodológica publicada por el Ministerio de Cultura, indica que para determinar dicho beneficio los funcionarios deben coordinar de modo previo con los pueblos indígenas, a fin de conocer su posición y lograr acuerdos para la provisión del servicio.

Debe tenerse en cuenta que si bien en este supuesto no es obligatorio realizar el procedimiento de consulta establecido en el Reglamento, la adopción de las decisiones estatales –en los casos que corresponda– debe considerar la participación de los pueblos indígenas y el pleno respeto de sus derechos colectivos. Los funcionarios tendrán en cuenta que los pueblos indígenas podrán solicitar la provisión o mantenimiento de dichos servicios. En este caso, el funcionario considerará que el servicio público solicitado es beneficioso para dichos pueblos indígenas. En cualquier caso, se deben respetar los derechos colectivos y los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.⁷⁴

Se entiende que la medida debe implicar una posible afectación directa a los pueblos indígenas. No obstante, el convenio 169 no define qué implica dicha afectación ni qué derechos o intereses podrían ser afectados. La ley introduce en su artículo 2° detalles sobre lo que puede ser afectado:

- i. Derechos colectivos.
- ii. Existencia física.
- iii. Identidad cultural.

⁷² Artículo 5, k y l, del Reglamento.

⁷³ Decimoquinta disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento.

⁷⁴ Ministerio de Cultura. Consulta previa a los pueblos indígenas. Guía Metodológica. Lima, Ministerio de Cultura, 2013. p. 29-30. Disponible en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/guia-ley-consulta-previa-1-5.pdf>

- iv. Calidad de vida.
- v. Desarrollo.

Es por lo señalado que el inciso b) del artículo 3° del Reglamento indica que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al pueblo indígena cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Del mismo modo, el reglamento introduce una lista abierta de los derechos colectivos que pudieran ser afectados. Entiende que los mismos son aquellos reconocidos en la Constitución, por el Convenio 169, así como por otros tratados internacionales ratificados por el Perú y la legislación nacional. Identifica los siguientes derechos colectivos:

- i. A la identidad cultural.
- ii. A la participación de los pueblos indígenas.
- iii. A la consulta.
- iv. A elegir sus prioridades de desarrollo.
- v. A conservar sus costumbres, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.
- vi. A la jurisdicción especial.
- vii. A la tierra y el territorio, es decir al uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente en el marco de la legislación vigente.
- viii. A la salud con enfoque intercultural.
- ix. A la educación intercultural.⁷⁵

⁷⁵ Artículo 3, f.

c. Entidad gubernamental y legislativa a cargo de la consulta

A la entidad encargada del proceso de consulta se le denomina en la ley y el reglamento “entidad promotora”. De conformidad con el reglamento, esta es la entidad pública responsable de dictar la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta en el marco establecido por la ley y el reglamento. De acuerdo con dicha disposición, las entidades promotoras son:

- i. La Presidencia del Consejo de Ministros, para el caso de Decretos Legislativos. En este supuesto, dicha entidad puede delegar la conducción del proceso de consulta en el Ministerio afín a la materia a consultar.
- ii. Los ministerios, a través de sus órganos competentes.
- iii. Los organismos públicos, a través de sus órganos competentes.

Adicionalmente se reconoce que los gobiernos regionales y locales, a través de sus órganos competentes, también se entenderán como entidades promotoras.⁷⁶

Finalmente, debe también considerarse al Congreso de la República en lo que compete a la emisión de leyes.

De otro lado, tanto la ley como el reglamento le han otorgado al Viceministerio de Interculturalidad la función de rectoría del proceso de consulta. Esto implica asumir funciones de concertación, articulación y coordinación de la política estatal de implementación del derecho a la consulta, brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades estatales y los pueblos indígenas, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular. Tiene también la facultad de emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas, para solicitar la consulta, sobre la calificación de las medidas legislativas o administrativas proyectadas por las entidades responsables, sobre el ámbito de la consulta y la determinación de los pueblos indígenas a ser consultados⁷⁷. También cumple un rol de última instancia administrativa para resolver los petitorios que se planteen ante los procesos de consulta.⁷⁸

76 Artículo 3, g.

77 Artículo 28 del Reglamento.

78 Artículo 9, 2 del Reglamento.

d. Procedimiento de consulta

El procedimiento de consulta previsto por la ley y desarrollado por el reglamento, considera un conjunto de principios ya previstos en el marco internacional sobre el derecho a la consulta. De acuerdo con la ley, éstos son:

- i. Oportunidad (o carácter previo de la consulta).
- ii. Interculturalidad. Esto implica el mutuo reconocimiento de las culturas que dialogan, reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre ellas, así como su valor.
- iii. Buena fe. Un deber que se revelaría en las siguientes acciones: clima de confianza, colaboración, respeto mutuo, prohibición del proselitismo partidario (es decir, el proceso de consulta no es un proceso político-partidario) y de las conductas antidemocráticas (no se debe afectar el corazón de la democracia: la igualdad, así como el respeto de los derechos de todos los participantes del diálogo).⁷⁹
- iv. Flexibilidad a las condiciones particulares que plantea cada pueblo indígena.⁸⁰
- v. Plazos razonables para las etapas del proceso.
- vi. Ausencia de coacción o condicionamiento en el proceso de consulta y en los mecanismos de coordinación.
- vii. Información oportuna (y apropiada) disponible para los pueblos indígenas.

79 El Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta. El principio de buena fe, debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. Con él se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta. Tales prácticas están vedadas tanto para el Estado como para los pueblos indígenas o cualquier otro particular que intervenga en el proceso de consulta. Este principio debe verse concretado en las tres etapas elementales en que puede estructurarse el proceso de consulta (determinación de la afectación directa, la consulta en sentido estricto, y la implementación de la medida). Sentencia del Exp. N.º 0022-2009-PI/TC. Fundamento 27.

80 Sobre este principio, el Tribunal Constitucional ha indicado que debido a la diversidad de pueblos indígenas existentes y la diversidad de sus costumbres, inclusive entre unos y otros, es importante que en el proceso de consulta estas diferencias sean tomadas en cuenta. De igual forma, y como ya se ha indicado, las medidas a consultar tienen diversos alcances, siendo por ello pertinente ajustar a cada proceso de consulta al tipo de medida, sea administrativa o legislativa que se pretende consultar. Es por ello que en el artículo 6 del Convenio se establece que las consultas deben ser llevadas a cabo de una “manera apropiada a las circunstancias”. Sentencia del Exp. N.º 0022-2009-PI/TC. Fundamento 31.

La ley establece un conjunto de etapas mínimas para los procesos de consulta. La normativa de desarrollo de la ley, o los acuerdos adoptados durante algún proceso particular, podrían agregar nuevas etapas. Las etapas mínimas son:

- i. Identificación de las medidas legislativas o administrativas que deben ser objeto de consulta.
- ii. Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.
- iii. Publicidad de la medida legislativa o administrativa.
- iv. Información sobre la medida legislativa o administrativa.
- v. Evaluación interna en las organizaciones de los pueblos indígenas sobre las medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente.
- vi. Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas.
- vii. Decisión.⁸¹

Las etapas de identificación de las medidas estatales y de los pueblos indígenas son mutuamente dependientes, por lo que se deberían realizar juntas. Como señala el artículo 10° de la Ley de Consulta, la identificación de los pueblos indígenas se hace sobre la base del contenido de la medida propuesta, el grado de relación directa con el pueblo indígena y el ámbito territorial de su alcance.

El responsable de identificar la medida que sea objeto de consulta, así como los pueblos indígenas, es la entidad estatal que emitiría dicha medida. Ésta debe garantizar los recursos que demande el proceso de consulta, a fin de asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas.

Si la entidad estatal no realizase la consulta cuando debía hacerlo, o cuando no considera a pueblos indígenas que deberían ser considerados, las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden presentar una reclamación, en primer lugar, ante la entidad estatal promotora de la medida. Si esta fuese parte del Poder Ejecutivo y desestimase el pedido señalado, su decisión podría ser impugnada ante el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura. Agotada la vía administrativa ante este órgano (o en un gobierno regional o municipalidad), cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes.

81 Artículo 8 de la Ley.

El reglamento ha introducido aquí una etapa nueva que, aunque no es obligatoria, adquiere la mayor importancia para el diseño de la consulta: las reuniones preparatorias. En ellas se puede producir la construcción participativa del plan de consulta entre la entidad promotora de la medida a consultar y los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas. Esto será particularmente útil en el caso de proyectos de gran escala o de especial complejidad.

En la etapa de publicidad se debe entregar tanto la propuesta de medida a consultar como el plan de consulta, con lo cual, a la vez, se produce el punto de inicio de la etapa de información. En esta última, las entidades promotoras de las medidas propuestas deben poner el contenido de estas en conocimiento de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que serán consultadas, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan. Además, deben brindarles información sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la adopción de la medida estatal sometida a consulta. Estas consideraciones, incluyendo el uso del idioma de la población indígena, son realmente aspectos transversales a todo el proceso y no solo pertenecen a esta etapa.

Luego se debe desarrollar la etapa de evaluación interna, cuya dirección se encuentra en manos de los propios pueblos indígenas, pudiendo contar con el apoyo de las entidades estatales. El plazo para la evaluación interna debe ser razonable, considerando la necesidad de efectuar un análisis sobre los alcances e incidencias de las medidas a adoptar y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos.

A continuación se produce la etapa de diálogo, la cual resulta crucial. Debemos recordar que, en este momento, el proceso se asemeja a la figura de una mesa de diálogo, de contenido deliberativo y orientado hacia la búsqueda de consensos. No responde, en cambio, al modelo de "audiencia pública" o de "talleres", ni al de los procesos "electorales". El proceso de diálogo intercultural se realiza sobre los fundamentos de las medidas estatales y sus efectos sobre el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Las sugerencias y recomendaciones que estos últimos formularán deben ser puestas en conocimiento de los funcionarios y autoridades públicas responsables de llevar a cabo el proceso de consulta.

Las opiniones expresadas en los procesos de diálogo deben quedar contenidas en un acta de consulta, la cual contendrá todos los actos y ocurrencias que se produzcan durante su desarrollo.

El reglamento ha introducido plazos máximos para las etapas de información (entre 30 y 60 días calendario), evaluación interna (hasta 30 días calendario) y diálogo (hasta 30 días prorrogables por acuerdo de las partes). Las actividades preparatorias a cargo del Estado no están sometidas a plazos preestablecidos.

e. Resultados del proceso

En línea con lo establecido en los estándares internacionales sobre el proceso de consulta, la finalidad del mismo es obtener un acuerdo o consentimiento. En caso de llegar a un acuerdo, el contenido de los mismos resultará obligatorio para las partes.⁸²

Si se llegase a adoptar acuerdos (totales o parciales), estos serán obligatorios para ambas partes, siendo exigibles en sede administrativa y judicial. En caso de que no se obtenga un acuerdo, corresponderá a las entidades estatales adoptar todas las medidas que sean necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, la integridad y el pleno desarrollo, así como la supervivencia de dichos pueblos. Es decir, el Estado solo puede adoptar medidas que correspondan a su ámbito de competencia y no podrá disponer de derechos que corresponden a terceros o que son indisponibles, respetando las normas de orden público, incluyendo las de contenido ambiental y social. En síntesis, la acción del Estado no puede ser arbitraria, y debe respetar los límites que la propia Constitución y los derechos colectivos de los pueblos indígenas que se han reconocido.

f. Supuestos de consentimiento y el “veto”

De conformidad con el Reglamento, “el resultado del proceso de consulta no es vinculante, salvo en aquellos aspectos en que hubiere acuerdo entre las partes.”⁸³ De esta manera se ratifica que no puede entenderse la consulta como un “veto”.⁸⁴

Sin embargo, el reglamento, en consonancia con los estándares internacionales, referidos a los supuestos de consentimiento previstos en el Convenio 169, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y los derivados del respeto de la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha incorporado dichos supuestos, en su séptima disposición transitoria, complementaria y final.

82 Artículo 15 de la Ley. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional, en la Sentencia del Exp. N.º 0022-2009-PI/TC, al indicar que “el consenso al que arriben las partes será vinculante”. Fundamento 25.

83 Artículo 1, 5 del Reglamento.

84 Esto reafirma lo sostenido por el Tribunal Constitucional, el cual indicó que del Convenio 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. “Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad impedir que tales medidas se lleven a cabo. Si bien en el último párrafo del artículo 6 del Convenio se expresa que 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 una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta. De ello se infiere que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. Lo que pretende la norma es institucionalizar el diálogo intercultural”. Sentencia del Exp. N.º 0022-2009-PI/TC. Fundamento 24.

Con relación a lo establecido por las sentencias de la CIDH con relación al respeto de la propiedad (tierras y territorios) de los pueblos indígenas, el reglamento señala que el Estado brinda las garantías establecidas por ley y por la Constitución Política del Perú a la propiedad comunal.

Asimismo, el Estado, en el marco de su obligación de proteger el derecho de los pueblos indígenas a la tierra, establecido en la Parte II del Convenio 169, así como al uso de los recursos naturales que les corresponden conforme a ley, incorpora expresamente dos supuestos de consentimiento:

- i. Cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan se aplicará lo establecido en el artículo 16º del Convenio 169, así como lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos.
- ii. No se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas, debiendo asegurarse que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos, recogiendo lo establecido en la Declaración.

g. Decisión final

La decisión final sobre la aprobación de la medida consultada corresponde a la entidad estatal. La decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos, reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.⁸⁵

h. Consulta en el ámbito minero y de hidrocarburos

En línea con lo establecido en el artículo 15º del Convenio 169, el artículo 6º del reglamento señala que es obligación del Estado peruano consultar a los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos, determinando en qué grado, antes de aprobar la medida administrativa que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican los pueblos indígenas.

85 Artículo 15 de la Ley.

Desde luego corresponderá a las autoridades responsables de dictar las medidas de este tipo definir en qué momento previo debe realizarse la consulta, debiendo tener en cuenta el garantizar que se elija uno en el cual exista información suficiente para garantizar la debida información a los pueblos indígenas sobre el contenido de la medida y las posibles afectaciones que produciría.⁸⁶

En dicho marco, el Ministerio de Energía y Minas ha fijado mediante la resolución ministerial N° 003-2013-MEM/DM, que modifica a su vez la resolución ministerial N° 020-2012-EM, tres tipos de medidas para el supuesto minero:

- i. Autorización de inicio de actividades de exploración. La consulta se realizará luego que el titular cuente con la certificación ambiental, es decir luego de la presentación de la solicitud de autorización de inicio de actividades de exploración, que realiza el titular minero, y antes de que el MINEM expida la resolución directoral de autorización de dicha solicitud.
- ii. Autorización de inicio de actividades de explotación. La consulta se realizará luego que el titular cuente con la certificación ambiental, es decir luego de la presentación de la solicitud de autorización de inicio de actividades de explotación, que realiza el titular minero, y antes de que el MINEM expida la resolución directoral de autorización de dicha solicitud.
- iii. Otorgamiento de concesión de beneficio. Este procedimiento tiene tres etapas: a. Evaluación de solicitud y autorización para publicación de los carteles (conteniendo las coordenadas en donde se realizará el proyecto). b. Autorización de construcción (requiere de instrumento ambiental aprobado). c. Inspección de verificación, otorgamiento del título y autorización de funcionamiento. De acuerdo a lo señalado en el Texto único de procedimientos administrativos (TUPA), se establece que el proceso de consulta previa se realizará antes de aprobarse la autorización de la construcción, la cual estará a cargo de la Dirección Técnico-Minero. Cabe indicar que al momento de realizar la consulta previa, el titular minero ya contará con un estudio de impacto ambiental aprobado.

En lo que concierne a las actividades de electricidad e hidrocarburos se ha considerado los siguientes supuestos, señalados en la resolución ministerial N°350-2012-MEM/DM del 20 de julio de 2012.

⁸⁶ El Tribunal Constitucional ha señalado que la consulta procede tanto en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación, reconociendo, no obstante, que en principio la intervención (del proyecto) será mayor con la explotación que con la exploración. En tal sentido, ello tendrá que ser tomado 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. En tal sentido, es importante una mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados. Sentencia del Exp. N.° 0022-2009-PI/TC. Fundamento 32.

Medidas	Oportunidad	Entidad responsable
Otorgamiento de concesión Definitiva de generación, transmisión y distribución.	Antes de otorgar la concesión	Dirección General de Electricidad
Otorgamiento de concesión rural.	Antes de otorgar la concesión	Dirección General de Electricidad
Modificación de concesión definitiva de generación y transmisión (sólo implica ocupación de nuevas áreas)	Antes de otorgar la concesión	Dirección General de Electricidad
Otorgamiento de autorización de generación termoeléctrica.	Antes de otorgar la autorización	Dirección General de Electricidad
Otorgamiento de autorización para exploración de recursos geotérmicos.	Antes de otorgar la autorización	Dirección General de Electricidad
Otorgamiento de concesión para explotación de recursos geotérmicos.	Antes de otorgar la concesión	Dirección General de Electricidad
Concesión de transporte de hidrocarburos por ductos	Antes de otorgar la concesión.	Dirección General de Hidrocarburos
Concesión de distribución de gas natural por red de ductos.	Antes de otorgar la concesión.	Dirección General de Hidrocarburos
Modificación de la concesión (solo si se trata de ampliación)	Antes de otorgar la modificación	Dirección General de Hidrocarburos
Autorización de instalación y operación de ducto para uso propio y principal.	Antes de otorgar la autorización	Dirección General de Hidrocarburos
Modificación o transferencia de autorización de instalación y operación de ducto para uso propio y principal (solo si se trata de ampliación de terreno para la operación del ducto)	Antes de otorgar la modificación de la autorización.	Dirección General de Hidrocarburos
Decreto supremo que aprueba la suscripción de contratos de exploración y explotación de lotes petroleros y gasíferos.	Antes de emitir el decreto supremo	Perupetro
Informe técnico favorable para la instalación de plantas de refinación y procesamiento de hidrocarburos y estaciones de servicio.	Previo a la emisión de la autorización.	Dirección General de Hidrocarburos

i. Evaluación de impacto ambiental

Ni la ley ni el reglamento vinculan necesariamente los procesos de consulta al desarrollo de los procesos de evaluación de impacto ambiental. En cambio, las normas de desarrollo que hemos citado en el acápite anterior, ubican los procesos de consulta con posterioridad al desarrollo de los procesos de evaluación de impacto ambiental.

A pesar de lo indicado, en la sexta disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento, se señala que el contenido de los instrumentos del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental previstos en el artículo 11° del decreto supremo N° 019-2009-MINAM, incluirá información sobre la posible afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que pudiera ser generada por el desarrollo del proyecto de inversión. De esta manera, podrá vincularse la evaluación de impacto ambiental a los procesos de consulta, dentro del marco de los estándares internacionales descritos anteriormente.

j. Participación en los beneficios e indemnizaciones por daños

El Reglamento, en su décima disposición transitoria, complementaria y final, toca el tema de la participación en los beneficios, recogiendo lo señalado en el artículo 15 del Convenio 169, estableciendo que los pueblos indígenas deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporte el uso o aprovechamiento de los recursos naturales de su ámbito geográfico, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de las mismas, de acuerdo a los mecanismos establecidos por ley.

k. Efectos del incumplimiento de la obligación de consultar

Conforme lo señalado por la jurisprudencia peruana y lo establecido en la Ley y el Reglamento, el incumplimiento de la obligación de consultar o el desarrollar un proceso de consulta que no cumpla con las exigencias establecidas en la normativa nacional, puede implicar la nulidad de la medida que se apruebe, afectando los derechos de los pueblos indígenas, sin haber sido previamente consultada, sin perjuicio que puedan utilizarse las garantías constitucionales previstas en la Constitución.

De otro lado, tanto la ley como el reglamento establecen la posibilidad de acudir a la vía judicial frente al incumplimiento de los acuerdos alcanzados durante el proceso de consulta.

Los daños que podrían ser ocasionados por la aplicación de una medida estatal emitida, sin cumplir la obligación de consultar, generarán responsabilidad a cargo del Estado, en tanto constituye la entidad que tiene a su cargo dicha obligación.

l. Papel del sector privado

El modelo peruano de consulta no permite delegar la conducción del proceso de consulta a los actores privados. Sin embargo, de conformidad con el reglamento, los interesados en la aprobación de las respectivas medidas administrativas –por ejemplo, la autorización para explorar o explotar los recursos minerales– pueden ser invitados en cualquier momento del proceso, y a pedido de cualquiera de las dos partes, a brindar información o realizar aclaraciones sobre el contenido de la medida, sin por ello constituirse en parte del proceso.⁸⁷

De otro lado, el Estado podrá cargar al administrado los costos del proceso de consulta a través del pago de los derechos de tramitación de la respectiva medida.⁸⁸

m. Efectos de la ley de consulta previa y su reglamento sobre la legislación y medidas administrativas ya adoptadas

Conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional, el Convenio 169 forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, como cualquier otra norma debe ser acatada⁸⁹. Además, dicho convenio constituye un tratado internacional sobre derechos humanos, por lo que ostenta rango constitucional⁹⁰. Por dicha razón, el Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo la existencia de la obligación de consultar desde el momento en el cual el Convenio 169 entró en vigencia.⁹¹ Por lo tanto, con la promulgación de la Ley de Consulta y su reglamento no se origina la obligación de consultar a cargo del estado peruano, sino que la misma inició en febrero de 1995. Por dicha razón es importante mencionar los efectos de la Ley de Consulta sobre aquellas medidas estatales adoptadas con anterioridad a su vigencia.

87 Artículo 12 del Reglamento.

88 Artículo 26, 2 del Reglamento. Conforme al artículo 26, 3 de la misma norma, las entidades promotoras identificarán o modificarán en sus TUPA los procedimientos a los que se le aplique dicho artículo.

89 STC 03343-2007-PA/TC. Fundamento 31.

90 STC N.° 0025-2005-PI/TC. Fundamento 33.

91 Sentencia del Exp. N.° 0022-2009-PI/TC. Fundamento 11. No obstante, en el fundamento 8 del expediente N° 06316-2008-AA aclaración, del 24 de agosto de 2010, el Tribunal Constitucional señaló que precisamente la anterior sentencia aquí citada “debe ser tomado como una pauta que permita, de ahí en adelante, la plena eficacia del derecho de consulta. Así, en virtud de la función ordenadora y pacificadora del Tribunal Constitucional es que debe establecerse que la obligatoriedad del derecho de consulta debe considerarse como vinculante desde la publicación en la página web, tomando en consideración los principios desarrollados en la referida sentencia”. Luego, en la Sentencia correspondiente al Exp. N.° 00025-2009-PI/TC 23, fundamento 23, el Tribunal Constitucional volvió a su posición anterior, señalando que “la exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado mediante resolución legislativa N° 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Y conforme a lo establecido en el artículo 38. 3 del referido Convenio, este entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Esto es, desde el 02 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento.” Similar argumento aparece en el fundamento 7 de la sentencia del Exp. N.° 00024-2009-PI, del Tribunal Constitucional.

La propia Ley de Consulta y su Reglamento, precisan que ellas no derogan ni modifican las normas sobre el derecho a la participación ciudadana, que constituye, lógicamente, un instrumento diferente. Tampoco ha modificado o derogado medidas legislativas previamente promulgadas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia. Sin embargo, esto no implica que no se pueda iniciar acciones legales en contra de aquellas medidas que debieron ser consultadas y no lo fueron, ante las instancias administrativas o judiciales correspondientes. En dicho supuesto, las autoridades no podrán utilizar como estándar procesal del proceso de consulta lo contenido en la ley y el reglamento, debiendo usarse, según sea el caso, lo establecido en el Convenio 169, las sentencias de la CIDH, y sentencias emitidas con anterioridad por el Tribunal Constitucional, no pudiendo realizarse una aplicación retroactiva de las normas.

De otro lado, la ley derogó el secreto supremo N° 023-2011-EM, Reglamento del Procedimiento para la Aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero-Energéticas. La ley entró en vigencia el 6 de diciembre del 2011. El reglamento entró en vigencia el 4 de abril del 2012, constituyendo esta última una norma de aplicación inmediata.

Finalmente, cabe indicar que en la Sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al Exp. 05427-2009-PC/TC, se estableció que el Ministerio de Energía y Minas había incurrido en un incumplimiento parcial de su deber de reglamentar el derecho a la consulta, en materias específicas de su competencia, como concesiones mineras y de hidrocarburos; en consecuencia ha ordenado a esta entidad estatal cumplir con reglamentar, en el más breve lapso posible, el derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas reconocido en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio 169. Posteriormente, se impuso una acción popular en contra de los citados reglamentos, la cual fue declarada fundada, derogándose los artículos de dichas normas que confundían los estándares de participación ciudadana con los de consulta.⁹²

⁹² Nos referimos a la sentencia A.P. N° 2232 -2012, Lima, del 23 de mayo de 2013, emitida por la Sala de Derecho Social y Constitucional Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Esta declara nulas a partir de la sentencia, sin efectos retroactivos, el artículo 2.1 del Decreto Supremo N° 012-2008-MEM (Reglamento de Participación Ciudadana en actividades de hidrocarburos) y al artículo 4 del Decreto Supremo N° 028-2008-MEM de Participación Ciudadana en actividades mineras. Disponible en: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3281fc0040b6a3268819c9726e1ea793/Sentencia.+R+A.P.N%C2%B0+2232-2012+LIMA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3281fc0040b6a3268819c9726e1ea793>

2. SITUACIÓN DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA

Desde la dación de la Ley de Consulta y su Reglamento, el Perú ha desarrollado prácticamente la totalidad de los instrumentos de gestión, salvo el caso en proceso de la base de datos. A continuación el siguiente cuadro resume la situación:

Instrumento	Situación actual	Dispositivo normativo
Base de datos	Directiva aprobada Instrumento elaborado, base publicada incluye a 9 PPII de 52	Directiva N° 03-2012/MC (mayo 2012) Trabajo técnico culminado en diciembre de 2012 En proceso publicación. Todas las organizaciones reconocidas son amazónicas salvo los Uro a quienes sin embargo no se les ha reconocido ninguna organización representativa de nivel comunal.
Guía metodológica	Publicada	Portal web Ministerio de Cultura Fecha: 2 de abril
Registro de intérpretes	Creado y en implementación	Resolución viceministerial N° 001-2012-VMI-MC (agosto 2012) Directiva N° 006-2012/MC (Oct. 2012)
Registro de facilitadores	Creado y en implementación	Resolución viceministerial N° 001-2012-VMI-MC (agosto 2012)
Libro de registro de resultado de procesos de consulta	Creado y listo para implementación	Resolución viceministerial N° 001-2012-VMI-MC (agosto 2012)
Comisión de seguimiento de consulta	Instalada	Decreto supremo N° 021-2013-PCM (febrero, 2013)

En mayo de 2012 –al mes siguiente de la promulgación del Reglamento de la Ley de Consulta- se emitió la Directiva para elaborar la base de datos. Seis meses después ya se contaba con la información necesaria para iniciar su publicación. No obstante, algunos sectores gubernamentales no estaban convencidos de que la información recabada fuera suficiente. En enero de 2013 se hizo pública, además, la demanda de una comunidad campesina cusqueña–de fecha 17 de diciembre de 2012- que cuestionada la constitucionalidad de la Directiva.

Pero la situación ha cambiado. Hoy se cuenta con la data del IV Censo Nacional Agropecuario, que incluyó una “Hoja de información complementaria” para comunidades nativas y campesinas, mediante la cual se les preguntó, entre otras cosas, si se consideraban parte de algún pueblo indígena. La información se levantó en coordinación con organizaciones indígenas como AIDSESP, CONAP y ONAMIAP. De otra parte, se declaró infundada en primera instancia la demanda contra la Directiva de la base de datos, mientras que los demandantes han precisado que su preocupación es una interpretación restrictiva de la misma.

Se han desarrollado consultas en el sector hidrocarburos (lote 169, culminada, y en proceso en el lote 195 y en el lote 192), en el sector ambiente (áreas de conservación regional en el departamento de Iquitos, y la categorización de otras áreas naturales), la propia consulta previa del reglamento de consulta. Del mismo modo sigue en proceso la consulta previa del reglamento de la ley forestal y de fauna silvestre. Las autoridades gubernamentales han anunciado otros procesos de consulta, pero ninguno de ellos se realizará en el ámbito de la minería.

3. CONTEXTO DE LA CONSULTA PREVIA LIBRE E INFORMADA

El marco en el cual se desarrolló la ley y el reglamento de la consulta previa en el Perú ha venido cambiando. Impulsado originalmente por un amplio consenso político derivado de las consecuencias del paro amazónico de 2008 y 2009, en particular por los trágicos sucesos de Bagua del 5 de junio de 2009, se logró la aprobación de la Ley de Consulta originalmente en mayo de 2010, para finalmente, el mismo texto, ser aprobado en agosto del año siguiente. En dicho momento logró un apoyo del sector indígena, de múltiples organizaciones no gubernamentales, de los principales medios de comunicación e incluso de algunos sectores empresariales que habían dejado de oponerse abiertamente al tema. Sin embargo, tras la aprobación los actores fueron variando su agenda a lo cual se sumó la posibilidad de una crisis internacional que pusiera en riesgo el crecimiento económico en el país, lo cual ahondó las presiones sobre la necesidad de reducir exigencias que retrasen el desarrollo de diversos proyectos públicos y privados.

3.1. POSICIONAMIENTO DE LOS ACTORES

Tras la aprobación de la ley el sector indígena varió su apoyo inicial a la ley hacia un cuestionamiento parcial de la misma, llegando a cuestionar la constitucionalidad de algunos de sus artículos. Esto fue impulsado por algunas organizaciones no gubernamentales. Eventualmente, esto llevó a varias de las principales organizaciones indígenas a abandonar el proceso de reglamentación de la ley de consulta, anunciando que la ley sería objeto de una demanda de inconstitucionalidad. Hasta la fecha, transcurridos más de 2 años de dicho anuncio, no se ha presentado dicha demanda. De otro lado, los actores indígenas de nivel regional y local han desarrollado una estrategia orientada a utilizar la ley de consulta y su reglamento como herramientas de negociación local. De ahí el apoyo a algunos de los procesos de consulta anunciados. Recientemente, AIDSESP, en un comunicado público con relación a la posible modificación de la normatividad sobre la evaluación de impacto ambiental en la etapa exploratoria de proyectos

hidrocarburíferos exigió la aplicación de la Ley de Consulta Previa. De otro lado, en ámbito andino, salvo el caso de Cañaris –proyecto minero en etapa de exploración en la sierra norte–, no se han articulado protestas de organizaciones indígenas del ámbito andino.

De otro lado, el sector gubernamental tuvo un período de rápido avance que culminó en diciembre de 2012. Apenas un año de la entrada en vigencia de la ley, podía mostrar avances normativos y a nivel de instrumentos que hemos descrito en la sección anterior, incluyendo la propia reglamentación. A partir de ese momento se vivió un período de parálisis debido a las tensiones originadas por el contexto de preocupación por la crisis económica internacional. Esto llevó, eventualmente al cambio de los responsables del tema de la consulta en el gobierno. A pesar de ello se han llevado a cabo algunos procesos de consulta, dejando de lado la minería. El no encontrar una oposición organizada a dichas decisiones ha facilitado su adopción.

Las organizaciones no gubernamentales presentan múltiples posiciones. Algunas han sido muy críticas del proceso, sin que ello haya tenido incidencia alguna en los avances del proceso –al menos no con relación a los cambios que declaraban buscar–. Otras han tenido más bien un papel de reconocimiento crítico del proceso, estando dispuestas a eventualmente colaborar con los procesos en marcha.

El sector empresarial se encuentra actualmente dividido. Un grupo, el mayoritario, es básicamente indiferente al proceso –en tanto no se considera afectado–. Otro, vinculado directamente a él, el sector hidrocarburos, muestra su apoyo público al proceso, aunque aún falta esperar los balances de los primeros procesos de consulta y las decisiones que tomará el aparato gubernamental a partir de ellos. En cambio, el sector minero formal ha tenido la posición más crítica sobre el tema, alertando de los impactos negativos del proceso y de la necesidad de cambios.

El sector académico aún está procesando la información preliminar sobre los procesos de consulta. Los trabajos realizados de mayor interés han venido desde el lado de las ciencias sociales.⁹³

Los medios de comunicación han venido informando sobre la consulta previa, moviéndose con los cambios de los distintos actores, asumiendo, según la línea editorial del medio, algunas de las preocupaciones arriba señaladas.

93 Un trabajo ha sido realizado por el IEP a través de Paolo Sosa y Álvaro Gálvez. (http://www.revistargumentos.org.pe/consulta_previa.html) Otro es el que ha venido apoyando el CIUP de la Universidad del Pacífico que está por publicarse. Los demás trabajos son básicamente de naturaleza jurídica.

3.2. PRINCIPALES PREOCUPACIONES

En resumen, las principales preocupaciones pueden resumirse en tres:

- a. Por el lado indígena, la imposibilidad de utilizar al consulta previa como una herramienta efectiva de negociación frente al Estado, lo que, eventualmente, podría ser también un punto de apoyo para la discusión de toda la agenda indígena.
- b. Por el lado gubernamental, la preocupación de un uso “politizado” de la consulta previa que luego se ha visto eclipsada por la preocupación por la “promoción de las inversiones” en un contexto de crisis económica internacional.
- c. Por el lado empresarial, los obstáculos que la consulta previa pueda significar a determinadas inversiones y en particular la posibilidad de que aquella sea entendida como un “veto” a las inversiones.

4.

POSIBLES ESCENARIOS DE LA CONSULTA PREVIA

En el contexto indicado, los principales escenarios a considerar son dos:

- a. Escenario del status quo. El proceso mantendrá la dinámica del año 2013. No se realizarán consultas en el sector minero. Podrían incluso presentarse retrocesos en otras áreas (hidrocarburos).
- b. Escenario de avance parcial. Basado en un aumento de los recursos asignados a la consulta previa, podrá extenderse el número de casos, o al menos iniciarlos hacia fines del año 2014, a fin de presentar el año 2015 como un escenario de mayores avances, incluso considerando algunos casos en minería en la zona amazónica. Este escenario podría contar con el apoyo indirecto del contexto de la COP 20 de Cambio Climático que se realizará en el Perú.

5.

DECISIONES CRÍTICAS DE LAS AUTORIDADES PERUANAS FRENTE A LA CONSULTA PREVIA

Dos decisiones críticas que deberán tomarse pronto, y que ya han sido advertidas en el último informe de la CEACR-OIT, constituyen el culminar la publicación de la base de datos de pueblos indígenas –en particular lo concerniente a los tres pueblos indígenas del ámbito andino faltantes– y la consulta en el ámbito minero. Esto es particularmente crítico para la credibilidad respecto de la implementación de la consulta previa.

Adicionalmente, y con relación a los escenarios ya descritos, la asignación de presupuestos específicos para consulta previa en las distintas entidades públicas con competencia sobre el tema será también relevante.

CONCLUSIONES



Las experiencias descritas en los capítulos anteriores nos muestran diferentes opciones de regulación y diversos niveles de implementación de la consulta previa a los pueblos indígenas en Ecuador, Guatemala y Perú. Al mismo tiempo, revelan debates, tensiones y preocupaciones similares. En buena medida, dichas coincidencias se explican por ciertos elementos de la coyuntura actual que son comunes a los países latinoamericanos, en particular aquellos en los cuales el aprovechamiento de los recursos naturales y las actividades extractivas tienen gran relevancia para el sostenimiento de sus economías. Ese es el caso de los tres países analizados.

A continuación exponemos las principales conclusiones que se derivan de los señalados documentos así como de las actividades de discusión de los mismos que se llevaron a cabo en el marco del proyecto.¹

1. REGULACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA

Ecuador, Guatemala y Perú son signatarios del Convenio 169 de la OIT. Por lo tanto, es responsabilidad de sus respectivos Estados la aplicación del derecho a la consulta previa, sin que dicha obligación se encuentre supeditada a la existencia de una norma de desarrollo nacional. Sin perjuicio de lo señalado, debe destacarse que la actual Constitución Política del Ecuador ha reconocido expresamente dicho derecho colectivo. En el caso del Perú se destaca la dación de la Ley de Consulta Previa en el año 2011. Lo descrito no solo se presenta en los Estados analizados. Situaciones similares se presentan en otros países de la región, en el contexto más amplio de la incorporación de derechos de los pueblos indígenas –y de otros grupos étnicos– a las legislaciones nacionales, impulsados por factores internacionales, conflictos internos y lamentables sucesos de violencia.

Debemos mencionar, además, que los tres países arriba señalados son parte del sistema interamericano de Derechos Humanos, encontrándose sometidos a la jurisdicción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta última entidad ha dictado recientemente sentencias referidas a aspectos sustantivos de la cuestión de la consulta previa (en particular los casos Saramaka y Sarayacu).

2. IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA

No obstante, los tres Estados objeto de análisis muestran niveles diferentes de implementación de la consulta previa. Y han optado por diversas vías institucionales. En el caso del Ecuador, se ha elegido el desarrollo de normas de nivel reglamentario, en particular en el sector hidrocarburífero. Se registran antecedentes de procesos de consulta previa desde el año 2002. Los más recientes, vinculados con la ronda petrolera, datan del año 2012. En el caso de Guatemala, a pesar de los intentos gubernamentales por establecer regulaciones nacionales sobre la materia, los actores indígenas rechazaron las propuestas estatales debido a que consideraron que estas no cumplían con los estándares establecidos por Naciones Unidas. Los pueblos indígenas plantearon sus propias propuestas, las que no tuvieron acogida, por lo que optaron por continuar haciendo “consultas comunitarias”, las que iniciaron desde varios años antes de las propuestas gubernamentales, con el propósito de expresar la posición de la población indígena principalmente en torno a proyectos extractivos.

Esta vía ha sido priorizada a pesar de que este mecanismo de participación no responde a los estándares de un proceso de diálogo propios de la consulta previa. Incluso la Corte de Constitucionalidad de dicho país ha cuestionado la validez de dichos procesos. A pesar de lo indicado, resulta una figura ampliamente utilizada y defendida por las organizaciones indígenas, en tanto la consideran un recurso de apoyo a una agenda de rechazo a nuevos proyectos de aprovechamiento de recursos naturales.

Perú, por su parte, intentó regular la consulta previa para el sector minero-energético mediante un dispositivo reglamento, el cual fue derogado en diciembre de 2011 con la entrada en vigencia de la Ley de Consulta, lo cual constituye, sin duda, un hito en la materia. Posteriormente, se ha producido un desarrollo de instrumentos reglamentarios y burocráticos que buscan asegurar la implementación de la consulta previa. A la fecha, aún son pocos los casos de aplicación de dichas herramientas, aunque se tienen previsto más de una decena para el año 2014.

Aunque la posibilidad de dictar una ley o regular con alguna norma interna del más alto nivel no ha sido ajena a ninguno de los tres países, la vía legislativa solo ha tenido éxito, por el momento, en el caso peruano. En Guatemala y en Ecuador las iniciativas no han logrado hasta ahora el apoyo político necesario para su aprobación. En las recomendaciones expondremos con mayor detalle las cuestiones sustantivas críticas para la implementación del derecho a la consulta y las distintas opciones disponibles.

3. COYUNTURA ECONÓMICA, SOCIAL Y POLÍTICA

América Latina ha experimentado durante los últimos años un proceso inédito de expansión económica que no se ha detenido como consecuencia de la desaceleración de la economía en los países desarrollados así como en las economías emergentes. Este crecimiento se ha apoyado en gran medida por el aumento en los precios de las materias primas, llegando a máximos históricos. Muchos países han emprendido ambiciosos procesos de redistribución de los ingresos, a través de programas sociales, ampliación de los servicios estatales y la mejora de la infraestructura pública.

Por dicha razón, los gobiernos tienen fuertes incentivos para alentar la continuidad de las actividades extractivas e incluso –en Perú y en Ecuador– algunos sectores gubernamentales y empresariales vienen planteando abiertamente la posibilidad de relajar las exigencias actuales. En dicho contexto, el discurso de estos últimos actores llega a calificar a la consulta como una traba o barrera a las inversiones. No hay señales de dicha situación vaya a variar en el corto plazo.

Por otra parte, en los tres países –y, nuevamente, de manera similar a otros países de la región– se han generado niveles altos de conflictividad social vinculados a las cuestiones ambientales. Estas involucran en muchos casos a la población indígena. Las consecuencias de estos conflictos se traducen en vulneraciones de derechos y en costos económicos por las pérdidas que se generan por la paralización de actividades o por los sucesos de violencia. Costos que son asumidos por todas las partes. Esta situación ha llevado a las autoridades estatales a buscar nuevas estrategias para el manejo de los conflictos sociales, escenario en el cual también se encuentra el debate sobre la consulta previa.

En este contexto, los pueblos indígenas han elegido diversos caminos y estrategias, combinando las acciones en los niveles transfronterizos, nacionales, y subnacionales de acción gubernamental. Las capacidades de las organizaciones indígenas son una variable crucial, pues son las que permiten sostener el esfuerzo de coordinación y acción colectiva.

4. POSICIONES DE LOS ACTORES

Con relación al aparato gubernamental, los tres países muestran diferencias de posiciones y prioridades entre las entidades que conforman el gobierno y que se encuentran vinculadas al desarrollo e implementación de la consulta previa. Las entidades responsables de la implementación deben lidiar con las decisiones que se adoptan en otras esferas de la administración pública ligada a la promoción de proyectos de inversión. Son estos últimos actores los que por lo general prevalecen al momento de tomar decisiones críticas. No debe olvidarse que los entes rectores de la política indígena al interior de los Estados poseen –en términos comparativos– menores recursos y capacidades que otros actores de la gestión pública.

Por el lado de las dirigencias indígenas también se revela una gran diversidad de posiciones, las que además varían en el tiempo. Los pueblos indígenas –en sus diferentes niveles de representación y organización – desarrollan estrategias adaptadas a las necesidades y conflictos concretos que enfrentan, así como a los recursos, capacidades y posibilidades de que disponen, incluyendo las alianzas que tienen a su alcance. En este contexto, como ocurre en el caso del Ecuador, el propio aparato gubernamental puede desarrollar mecanismos para asegurar el apoyo de sectores indígenas a sus decisiones, aunque los niveles de conflictividad han impedido su adecuado desarrollo.

La historia de las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas puede ser un factor crítico para el desarrollo de los vínculos que exige la aplicación de la consulta previa. En el caso del Perú, esta trayectoria histórica ha sido caracterizada por la abierta discriminación y sometimiento, así como por la falta de interés –e incluso la invisibilización– de lo indígena. En el caso de Guatemala, la historia del conflicto interno reciente ha limitado en alguna medida estos procesos, entre otros factores, por las tensiones subsistentes alrededor de la cuestión de la tierra. En general, podemos decir que los pueblos indígenas en los tres países no rechazan en principio los procesos de consulta. Pero tampoco éstos serán parte de su agenda prioritaria si no encuentran en su aplicación alguna ventaja operativa con relación a su situación actual, o en la negociación de posibles mejoras. Incluso perciben que la regulación de la consulta previa puede implicar –eventualmente– una restricción al ejercicio de sus derechos. Eso explica, por ejemplo, que a pesar de un discurso de fuerte crítica

a la ley de consulta por parte de las organizaciones indígenas peruanas –que antes habían apoyado la misma ley –, se han iniciado procesos de consulta en el ámbito comunitario, regional y ahora también en el nacional. Esto, desde luego, no implica que hayan abandonado sus demandas de mejoras en el diseño del marco legal correspondiente.

El sector empresarial tampoco puede ser considerado como un grupo homogéneo respecto de sus intereses, preocupaciones y posiciones con relación a la consulta. En todos los países, el sector empresarial combina una posición de reserva –y en ocasiones abiertamente crítica– a los procesos de consulta en tanto, consideran ellos, puede constituir un problema para el celeré desenvolvimiento de iniciativas empresariales y de inversión –lo cual encuentra su correlato en las inversiones públicas –, mientras que, al mismo tiempo, reconocen la necesidad de consultar –en particular los sectores ligados a exigencias globales en las cuales el respeto de los derechos indígenas resulta crucial – bajo reglas claras y predecibles, y en plazo adecuados a los ciclos de proyecto que enfrentan.

Otros sectores, como las organizaciones no gubernamentales, la cooperación internacional y los medios de comunicación, presentan posiciones diversas en estas materias, brindando apoyo a los actores arriba mencionados en virtud de dichas agendas, y criticando las posiciones que consideran contrarias a sus propios objetivos, con autonomía de las posiciones de las organizaciones indígenas.

5. PRINCIPALES PREOCUPACIONES

Una cuestión que atraviesa la discusión sobre la consulta en todos los países es la determinación de los límites de la misma. Estos pueden resumirse en:

- a. límites respecto de los actores: quiénes son los pueblos indígenas –o tribales– objeto de la consulta y quiénes no, si es la realización de la consulta una competencia solo nacional o también subnacional –como en el caso de Guatemala–, o si se debe incluir o no a las empresas involucradas con la decisión;
- b. límites respecto a las cuestiones a consultar: proyectos de inversión o también leyes, actividades extractivas o también proyectos de otros sectores, desde qué momento del ciclo del proyecto y cuántas veces debe realizarse la consulta, y cómo resolver la participación de los pueblos indígenas en los beneficios del proyecto; y
- c. límites respecto al alcance de las decisiones: la cuestión del veto y el consentimiento.

Los informes nacionales revelan que la cuestión del consentimiento es particularmente crítica, en tanto implica el definir si existen o no cuestiones que el Estado no puede disponer sin el consentimiento expreso de los pueblos indígenas. Al respecto el Convenio 169 y otros instrumentos internacionales son claros en señalar que debe considerarse que no existe un “derecho de veto”. No obstante, esto no implica consagrar la arbitrariedad estatal. Tampoco implica negar la existencia de cuestiones que siendo derechos de los pueblos indígenas, no pueden ser dispuestos por ellos sin su consentimiento. En tal orden de ideas, existirían cuestiones que incluso no pueden ser objeto de disposición bajo ninguna circunstancia. Definir estos supuestos, más allá de lo que se encuentra recogido en el Convenio 169, y en cierta medida en algunas sentencias de la CIDH, resulta una cuestión política y jurídica crucial.

La participación en los beneficios que generen las actividades económicas que se desarrollen en las tierras indígenas, es otro punto a evaluar. Aún en el caso de que sea posible dicha participación, la definición de la manera en que se transfieren los recursos puede tener efectos importantes en el comportamiento de los pueblos indígenas y sus dirigentes.

6. OPCIONES Y OPORTUNIDADES

Todos los países atraviesan por dificultades de naturaleza legal, administrativa, económicas y políticas para avanzar con la consulta previa. Un contexto de desaceleración de la economía que empuje a una caída –probablemente leve– de los precios de las materias primas y el déficit en la atención de las necesidades energéticas, presionarán por alentar el desarrollo de nuevos proyectos de aprovechamiento de recursos naturales aun a costa de una flexibilización de las condiciones exigidas para su realización, lo cual será naturalmente alentado por los sectores empresariales involucrados. Desde luego, esto pone cuesta arriba el camino hacia la dación de normas que introduzcan nuevas exigencias.

De otro lado, con relación a las burocracias, éstas carecen de la autonomía y recursos suficientes para impulsar por sí solas reformas que requieren de decisiones del más alto nivel –presidencia, parlamentos– y complejos acuerdos sociales y políticos. Estas organizaciones son, en gran medida dependientes de las prioridades generales que el aparato gubernamental establezca.

Y la capacidad de organización y movilización indígena es también limitada, teniendo normalmente mayores oportunidades frente a cuestiones de alcance local. Es habitualmente una cuestión excepcional la existencia, en muchos casos temporal, de posibilidades efectivas de acción nacional. Sin olvidar, desde luego, la capacidad de generar prácticas de cooptación y clientelares por parte del aparato gubernamental en todos los niveles de gobierno.

Las organizaciones no gubernamentales enfrentan muchas limitaciones para incidir en las políticas a favor de la consulta previa en este contexto. Aún más las que plantean agendas que colisionan con las políticas pro extractivas de los gobiernos.

Por lo tanto, solo situaciones extraordinarias como fuertes conflictos sociales –como lo fue para el Perú el caso Bagua o la violencia interna en Guatemala– o momentos de cambio político intenso –como el que vivió el Ecuador en contexto de la aprobación de la nueva Constitución que ratificó la consulta previa en un contexto de derecho colectivo y un mecanismo de participación–, o presiones internacionales fuertes –en alguna medida, las sentencias internacionales, como Sarayacu, los informes del relator James Anaya o las presiones generadas por las fuentes de financiamiento de

las inversiones– pueden abrir ventanas de oportunidad. La eventual presencia de estos factores –solos o combinados– pueden ser aprovechados en tanto sea posible generar propuestas que cuenten con un amplio consenso.

No obstante ello, en los tres países existe un amplio campo de posibles acciones en el ámbito local. La consulta requiere de capacidades en los actores –Estado, pueblos indígenas, empresas– cuyo fortalecimiento puede ser alentado por distintas entidades. Esto incluye el aprendizaje mutuo –conocer las experiencias de otros países–, el desarrollo de experiencias locales aprovechando los marcos legales ya existentes sobre la consulta previa –incluyendo la consulta comunitaria de Guatemala–, y la sistematización y difusión de las lecciones aprendidas de los procesos de consulta ya en marcha.

LINEAMIENTOS BASE DE CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

La promoción –desde el campo del derecho– de la implementación de la consulta previa a los pueblos indígenas requiere considerar dos áreas mutuamente dependientes. De un lado, identificar las cuestiones sustantivas sobre las cuales hay que adoptar decisiones, como los aspectos procesales y la elección de las mejores alternativas institucionales. Debe quedar muy en claro que no existe una receta única, ni en lo sustantivo ni en lo procesal, que pueda responder por igual a los desafíos que enfrenta cada país. A continuación consideramos ambas cuestiones:

A. **ASPECTOS SUSTANTIVOS**

Vamos a ordenar esta sección alrededor de lo que hemos denominado los “límites de la consulta”.

1. ¿A QUIÉN CONSULTAR?

Con relación a esta pregunta, un primer punto a definir es si la consulta se limitará a los pueblos indígenas o será extensiva a otras poblaciones que no respondan a las características señaladas por el Convenio 169 de la OIT. Así, por ejemplo, pueden incluirse poblaciones afrodescendientes. De otro lado, otras poblaciones con fuerte presencia rural pueden presionar por ser considerados en el ámbito del mecanismo.

Una segunda cuestión deriva del proceso de identificación de los pueblos indígenas, sus comunidades locales, sus tierras y territorios y sus representantes. En el caso peruano, la puesta en marcha de una base de datos oficial de pueblos indígenas constituye una salida institucional al tema. Más allá de los problemas que ha enfrentado su implementación, debe analizarse con detalle su desarrollo futuro a fin de aprovechar las lecciones y aprendizajes que de su desarrollo se generen. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que un instrumento de dicha naturaleza puede generar tensiones entre el Estado y los pueblos indígenas, así como entre sectores pertenecientes a cada uno de dichos actores.

Resulta por ello indispensable establecer un mecanismo de reconocimiento de los pueblos indígenas que cuente con garantías de independencia ante las presiones de los distintos actores involucrados. Esto debe extenderse al proceso de reconocimiento de los representantes legítimos de los pueblos indígenas. Ya en el escenario de una consulta específica, es necesario contar con criterios que ayuden a los actores a identificar a los pueblos indígenas específicos que serían afectados por la futura decisión estatal, usando instrumentos como, por ejemplo, el mapeo de actores.

2. ¿QUÉ CONSULTAR, CUÁNDO?

La definición del momento en que debe realizarse el proceso de consulta debe respetar en primer lugar lo ya señalado por el Convenio 169 de la OIT –consulta antes de explorar y de explotar– y considerar las particularidades del ciclo del proyecto. Establecer un momento fijo para todo tipo de proceso puede incorporar rigideces innecesarias. Debe, en cambio, fijarse criterios muy claros para la definición de dicho momento en cada caso.

En primer lugar, deben preferirse en principio las intervenciones tempranas, en tanto presentan ventajas al momento de incorporar de manera efectiva –y pronta– las preocupaciones y puntos de vista indígenas.

En segundo lugar, debe tomarse en cuenta la necesidad de contar con información confiable, objetiva, completa, accesible y culturalmente apropiada para la toma de decisiones. Además, los gobiernos deben apoyar a los pueblos indígenas para que puedan comprender los contenidos de los procesos de consulta. En las etapas muy tempranas dicha información de calidad no existe.

En tercer lugar, debe evitarse sobrecargar las decisiones del proyecto a la herramienta de la consulta previa. Otros instrumentos como la evaluación de impacto ambiental o el ordenamiento territorial son, por ejemplo, herramientas que podrían enfrentar en mejor pie los problemas de la gestión del territorio, como lo ejemplifica el otorgamiento de concesiones mineras sobre el subsuelo en el caso peruano. Del mismo modo, no deben dejarse de lado las tensiones entre los objetivos nacionales y locales sobre el destino de las tierras y el territorio.

Por otro lado, la regulación no puede limitarse a establecer los mecanismos para la realización de la consulta de forma previa al desarrollo de los proyectos de inversión –en particular los extractivos–. Constituye una estupenda oportunidad de extender los alcances de la consulta a otras áreas de importancia los pueblos indígenas. Es el caso de la consulta de las políticas sociales, como la salud, la educación, y los programas de alivio de la pobreza. Existe, además, un amplio campo de construcción de alianzas en la conservación de ecosistemas in situ.

3. ¿QUÉ ALCANCES DEBE TENER LA CONSULTA?

La consulta debe girar en torno al desarrollo de un proceso de diálogo efectivo entre las partes en el cual sea posible la modificación de las posiciones iniciales, facilitando de esta manera el logro de acuerdos. Para ello es necesario informar a la población, desde las etapas iniciales del proceso, del contenido de los eventuales acuerdos. Y también asegurar el cumplimiento de dichos acuerdos, para cual resulta indispensable generar mecanismos de seguimiento de la consulta.

De otra parte, la cuestión del consentimiento resulta fundamental. La determinación clara de los derechos de los pueblos indígenas que no pueden ser dispuestos sin el consentimiento de los pueblos indígenas constituye el eje de gran parte de la discusión actual sobre la consulta –así como de los anticuerpos que produce–. En el caso del Perú, dicho reconocimiento se encuentra expresamente recogido en el reglamento de la Ley de Consulta.

Por último, debe considerarse la necesidad de establecer disposiciones que regulen tres cuestiones distintas:

- a. Uno, la fijación de las debidas compensaciones o indemnizaciones por los daños causados por los proyectos a los derechos de los pueblos indígenas;
- b. Dos, y esto debe ser considerado una cuestión claramente diferente, fijar las reglas –o los criterios– que determinen la manera por la cual los pueblos indígenas recibirán parte de los beneficios o utilidades que genere el proyecto de inversión que se realice en sus tierras; y
- c. Tres, establecer la manera en la cual se dispondrá de dichos recursos y las reglas para su manejo y utilización.

La agenda reseñada nos lleva a identificar ciertas condiciones institucionales mínimas para la realización de la consulta. En primer lugar, definir con claridad quién debe cubrir los costos de dichos procesos. En segundo lugar, establecer una entidad rectora, brindándole las atribuciones mínimas para cumplir con eficacia su papel. En tercer lugar, una entidad con las mínimas capacidades de personal, técnicas y de despliegue territorial. Y, cuarto, generar capacidades para el diálogo intercultural en los actores estatales, indígenas y empresariales.

B. **ASPECTOS PROCESALES**

Ahora presentaremos aquellos elementos que resultan cruciales –más allá del contenido de las propuestas– en tanto permiten la construcción de la viabilidad política necesaria para la futura aprobación de las propuestas.

1. TRAYECTORIA INSTITUCIONAL

Una primera cuestión a analizar es la experiencia nacional en el desarrollo del marco normativo con relación a los pueblos indígenas así como con relación a los mecanismos de participación ciudadana, especialmente los que se han desarrollado con pueblos indígenas y en el ámbito rural. Alrededor de estos procesos se deben haber constituido entidades públicas, experiencias de campo. Poder sistematizar estos procesos y considerar los desafíos que han generado su desarrollo y aplicación constituye una tarea inicial de gran relevancia.

2. PREPARACIÓN DE LA PROPUESTA

Más allá de las consideraciones técnicas relacionadas con la preparación de una propuesta normativa –aspectos sustantivos– es necesario tener en cuenta que la misma debiera servir de vía para el logro de alianzas y amplios consensos, indispensables para una normativa de esta naturaleza. Es por lo expresado que las decisiones sobre los actores que participarán en su preparación como respecto de la determinación de la entidad que presentará la propuesta son asuntos de la máxima relevancia.

Si la iniciativa normativa proviniera de una entidad u organización considerada técnica y neutral o que sea representativa de amplios intereses –incluyendo los indígenas–, tendrá mayores posibilidades de ser utilizada para una amplia convocatoria. Por la misma razón, un contenido de carácter general y con cierta flexibilidad en su aplicación gozará de mejores opciones frente a propuestas con desarrollen detalles específicos que pueden entorpecer la discusión y el logro de consensos.

3. CONSENSO POLÍTICO

Una propuesta legislativa debe contar con la aprobación del poder legislativo y –al menos– la no oposición del gobierno. Debe tomarse en cuenta que por lo general los parlamentarios no consideraran una propuesta como la consulta previa –y en general la agenda indígena – como una cuestión de urgencia, por más que reconozcan su importancia. Al ser un tema alejado de los “modelos” democráticos comunes – el de las elecciones/referéndum o el de participación ciudadana– resulta de difícil comprensión y obliga a procesos explícitos de información e incidencia con dichos actores. Una oportunidad se presenta en los períodos electorales parlamentarios y gubernamentales, en los cuales los grupos políticos tienen incentivos a considerar estos temas en sus agendas. No obstante, sus compromisos con otras materias – promoción de las inversiones, tanto públicas como privadas, en particular– suele llevar a promesas de alcance general sin precisiones específicas. Situaciones de conflictividad social también pueden contribuir a abrir una ventana de oportunidad para la discusión de una propuesta de esta naturaleza. No obstante, la complejidad de los intereses políticos en juego constituye el principal desafío si se pretende impulsar una ley sobre la materia.

4. PREOCUPACIONES EMPRESARIALES

La consulta previa ha sido vista, en general, como un proceso que puede implicar mayores dificultades para el desarrollo de proyectos de inversión, tanto públicos como privados. Por dicha razón, el sector empresarial suele observar con mucha atención –y preocupación– la implementación de este instrumento. Sin embargo los intereses empresariales no son iguales en todos los sectores, en relación a la agenda indígena, los procesos participativos y respecto de la definición de estándares nacionales específicos sobre la materia.

Con relación a los sectores, en general los que están vinculados a proyectos de gran escala, larga maduración y desarrollo de largo plazo, suelen tener mayores incentivos para incorporar procesos de participación y consulta. Del mismo modo, también los tienen sectores vinculados estrechamente a estándares internacionales en materia de participación y consulta, y que poseen amplia experiencia en el tema. Y general, los sectores más formales suelen preferir marcos específicos y explícitos que definan con precisión las obligaciones derivadas de la consulta previa.

Esta diferenciación debiera ser utilizada al momento de establecer la estrategia de enlace con el sector privado, buscando el apoyo de aquellos sectores que ven la consulta previa como una necesidad corporativa, o al menos no la consideran un obstáculo mayor para el sector. Y en general el objetivo de reducir la incertidumbre y brindar predictibilidad a los proyectos de inversión constituye un argumento de la mayor relevancia.

5. SECTOR ACADÉMICO, ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES, MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Una característica de la consulta previa en América Latina lo constituye el haber sido objeto de una discusión de fuerte contenido jurídico, sin mayor respaldo en el análisis empírico de las experiencias concretas de consulta previa. De ahí el peso mayor que trabajos de abogados han tenido en la materia. Por dicha razón, es muy importante dejar de lado esa sola visión y enriquecerla con aportes de otras áreas del conocimiento, incluyendo tanto las ciencias sociales como las políticas públicas. Del mismo modo, la referencia de la consulta previa limitada exclusivamente a los sectores extractivos y a la agenda de la conflictividad social también debiera ser ampliada. Finalmente, los medios de comunicación constituyen espacios privilegiados que de ser ganados a favor del proceso se constituirán en aliados importantes en la generación de consensos.

6. CONDICIONES INSTITUCIONALES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA

Un riesgo crítico de la vía legal de la implementación de la consulta deriva del desprestigio de los instrumentos por problemas en su aplicación en vista de la debilidad institucional pre-existente y la incapacidad de generar las condiciones institucionales mínimas en el corto plazo. Por dicha razón, la propuesta debiera considerar dichas restricciones y no generar sobre expectativas que luego deriven en frustración entre los actores, en particular el sector indígena. No olvidar, por cierto, las condiciones institucionales descritas anteriormente.

7. ELECCIÓN DE LA VÍA INSTITUCIONAL: ¿LEYES, REGLAMENTOS, JURISPRUDENCIA?

No debe olvidarse que siempre es una opción en materia de consulta el no seguir con la vía legal, sin que ello implique necesariamente dejar de lado la obligación legal derivada del Convenio 169 de la OIT. Esto puede ser así por varias razones. Aquí las consideramos las más importantes.

- a. Los actores indígenas cuentan con otro instrumento legal que les brinda garantías de protección de sus derechos colectivos –en particular los recursos naturales y el territorio– que perciben como superiores a los que ofrecería una eventual ley de consulta previa. En dicho caso, los actores indígenas preferirán el status quo y verán incluso como amenaza la dación de una ley. En esta situación, pareciera mucho mejor intentar una aplicación directa del Convenio 169 de la OIT, generar casos emblemáticos o demostrativos de los mecanismos

de consulta en el marco del convenio para solo después explorar la posibilidad de generar una ley nacional sobre consulta previa.

- b. Los actores políticos y empresariales se encuentran en abierta oposición a la regulación legal. Es posible promover una ley con el apoyo de los sectores políticos, con la oposición de los sectores económicos. Y también pudiera resultar al revés, en donde los intereses económicos impulsan una ley, incidiendo sobre los políticos. Más allá de la razón de la oposición, resulta crucial neutralizarla mediante el apoyo de un importante sector de los políticos y de los empresarios.
- c. Las condiciones institucionales son muy débiles y llevarían a un escenario muy probable de frustración y desencanto con relación al contenido y aplicación de la nueva ley de consulta previa.
- d. Otros sectores del Estado, por ejemplo el poder Judicial o las cortes o tribunales constitucionales, desarrollan por vía jurisprudencial el contenido de la ley de consulta previa. En estos casos, y siempre que la experiencia resulta al menos aceptable, resulta muy difícil impulsar una ley de consulta, en tanto la misma puede ser vista como generadora de un riesgo muy grande de retroceso en el proceso.



El derecho de consulta previa, libre e informada ha sido reconocido internacionalmente tanto en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989, el mismo que fue ratificado por 15 países de América Latina hasta el 2012, lo cual implica la obligación de los Estados de garantizar la efectiva implementación de este derecho en sus países; así como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, del 2007, en la que se considera no solo el derecho y el proceso de consulta previa sino también el consentimiento previo, libre e informado de pueblos y comunidades respecto de determinadas medidas que vayan a ser implementadas. Estos reconocimientos hacen evidente la importancia de este derecho como fundamental e instrumental para el ejercicio de los demás derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En la presente publicación se presenta un análisis de la legislación y la institucionalidad de Ecuador, Guatemala y Perú, con el propósito de mostrar el estado del arte en la aplicación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

Del mismo modo, a manera de conclusiones, se ha realizado una identificación de aquellos elementos compartidos y las principales diferencias entre estos tres países, con relación a su regulación, implementación, la posición de los principales actores, así como las preocupaciones y oportunidades frente a una implementación eficiente del derecho a la consulta previa, libre e informada.

También, se han elaborado recomendaciones para la promoción de su implementación desde el campo del Derecho, las cuales enfocan la necesidad de considerar dos áreas mutuamente dependientes: la identificación de las cuestiones sustantivas sobre las cuales hay que adoptar decisiones y los aspectos procesales y la elección de las mejores alternativas institucionales.

Finalmente, los hallazgos de la publicación permiten identificar que la implementación del derecho a la consulta previa dependerá también de los factores propios de cada país y que no existe una receta única, ni en lo sustantivo ni en lo procesal, que pueda responder por igual a los desafíos que enfrentan las naciones latinoamericanas para asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la consulta previa en los países.



Gracias al apoyo de

