

DIRECTRICES PARA LA
APLICACIÓN DEL
DERECHO AL
CONSENTIMIENTO
LIBRE, PREVIO E
INFORMADO DE LOS
PUEBLOS INDÍGENAS

Documento para consulta

DIRECTRICES PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO AL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El derecho de los pueblos indígenas a dar su consentimiento libre, previo e informado se reconoce y afirma en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, pero han surgido dudas en torno a su aplicación. En vista de la importancia de esas preocupaciones, el Foro Permanente ha decidido asignar prioridad a la cuestión del consentimiento libre, previo e informado. Por consiguiente, en el marco de su labor futura, el Foro Permanente considerará la posibilidad de elaborar directrices sobre la aplicación del consentimiento libre, previo e informado. El Foro Permanente procurará hacerlo en colaboración con el Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas y el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, que tienen el mandato expreso de ocuparse de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Esta iniciativa y las que se mencionan inmediatamente a continuación son plenamente compatibles con los artículos 38, 41 y 42 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Recomendación 37 de la Decima Sesión del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas.

Agradecimientos

Apoyado por el Programa Regional de IBIS Dinamarca “Latinoamérica contra la Pobreza y la Inequidad. Elaborado por la Red Juridica Amazonica (RAMA).

Especial mención al líder de Consultores, Dr. Mario Melo.

Contribuciones de los lectores externos: Cathal Doyle, Elsa Stomatopoulou y Carlos Camacho, quienes voluntariamente hicieron comentarios y sugerencias.

© IBIS Dinamarca, 2013

Producción: IBIS Dinamarca

Editado por: IBIS Dinamarca

Contacto: ibis@ibisur.org

Web: <http://www.ibisbolivia.org>

www.ibis.dk

Impreso en Bolivia

Índice

Resumen Ejecutivo	5
-------------------------	---

Primera Sección

Objetivos y definiciones: Pueblos Indígenas, consulta y consentimiento, propiedad colectiva sobre territorios indígenas

1. Introducción	7
1.1 Objetivo de las Directrices	7
1.2 Definiciones fundamentales	8
1.2.1 Quiénes son los Pueblos Indígenas o que entendemos por el término “Pueblos Indígenas”	8
1.2.2 Consulta y consentimiento	10
1.2.3 Propiedad colectiva sobre los territorios indígenas	11

Segunda Sección

Fundamentos jurídicos del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado

2. Marco Jurídico	13
2.1 La libre determinación como fundamento	13
2.2 La propiedad comunitaria de los pueblos indígenas y el derecho al consentimiento libre, previo e informado	14

Tercera Sección

Elementos Básicos de la consulta

3.1 En qué circunstancias se requiere realizar consultas a los Pueblos Indígenas	17
3.2 En qué circunstancias se requiere el consentimiento de los pueblos consultados	19
3.3 Quiénes son los sujetos a ser consultados	24
3.4 Quién es el sujeto consultante	26

Cuarta Sección

Requisitos del consentimiento: que sea libre, previo, informado y obtenido de buena fe

4. Requisitos del consentimiento	29
4.1 Libre	29
4.1.2 Las auto consultas comunitarias	31
4.2 Previo	34
4.3 Informado	35
4.4 Obtenido con buena fe	38

Quinta Sección

Fases o etapas del proceso de consulta conducentes al consentimiento

1. Identificación de la medida administrativa, legislativa y/o de desarrollo que requiere ser consultada	41
2. Identificación de los sujetos a ser consultados	43
3. Publicitar la medida administrativa o legislativa e informar sobre sus alcances y aplicaciones	44
4. Evaluación interna por parte de los Pueblos Indígenas consultados	44
5. La metodología de la consulta entre el Estado y los pueblos consultados	45
5.1. Protocolos de Consentimiento Libre, Previo e Informado de los Pueblos Indígenas	47
6. Adoptar la decisión que corresponda	47

Resumen Ejecutivo

Las presentes Directrices constituyen un documento de promoción del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas.

Están compuestas por cinco secciones. La primera, introductoria, señala los objetivos del documento así como las definiciones básicas sobre las que se levanta: pueblos indígenas, consulta y consentimiento, propiedad colectiva sobre territorios indígenas. La segunda sección analiza los fundamentos jurídicos del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado. La tercera, establece los elementos básicos de la consulta a partir de algunas preguntas orientadoras: en qué circunstancias se requiere hacer consultas a los pueblos indígenas; en cuáles se requiere su consentimiento; quiénes son los sujetos a ser consultados; quién es el sujeto consultante. En la cuarta sección se reflexiona sobre los requisitos del consentimiento: que sea libre, previo, informado y obtenido de buena fe. Por último, en la quinta sección se presentan las fases o etapas del proceso de consulta.

Las directrices parten del criterio de que el fundamento jurídico del deber de los Estados de consultar, para obtener el consentimiento de los pueblos indígenas respecto a decisiones que los afecten, radica, ultima ratio, en el derecho a la libre determinación de los pueblos, consagrado en corpus iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por tanto, las consultas que se realicen a los Pueblos Indígenas deben ser efectivas, en el sentido de que sus resultados deben influir en la decisión estatal que se somete a escrutinio.

Para la elaboración de las Directrices se han tomado en cuenta los principales estándares respecto a consulta y consentimiento previo, libre e informado establecidos

por los mecanismos del Sistema de Naciones Unidas, especializados en Pueblos Indígenas y Derechos Humanos (Relatoría Especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de Derechos Humanos), por el Convenio 169 de la OIT, por la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. También la experiencia en legislación, políticas públicas y jurisprudencia de varios países de Latinoamérica, así como estudios puntuales de casos de aplicación de la consulta a Pueblos Indígenas de países de Latinoamérica.



Primera Sección

Objetivos y definiciones: Pueblos Indígenas, consulta y consentimiento, propiedad colectiva sobre territorios indígenas

1. Introducción

1.1 Objetivo de las Directrices

Las Directrices tienen como objetivo fundamental promover el pleno ejercicio del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado de los Pueblos Indígenas, frente a las decisiones estatales que los afecten.

Al efecto formulan criterios y estándares que orienten a los Pueblos Indígenas en la exigibilidad de su derecho a ser consultados y a que se obtenga su consentimiento. También procura ser de utilidad para los decisores y operadores estatales en el cumplimiento de sus deberes de respeto, garantía y protección de los derechos de los Pueblos Indígenas.

1.2 Definiciones fundamentales

1.2.1 Quienes son los Pueblos Indígenas o que entendemos por el término “Pueblos Indígenas”

Definir a los pueblos indígenas es asunto complejo. Para hacerlo, un criterio generalmente aceptado es seguir los estándares incorporados en los instrumentos de derecho internacional para identificar los sujetos de derechos indígenas.

Así, de acuerdo al Convenio 169 de la OIT, sus disposiciones se aplican a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. (Art 1, numeral 1, letra a). También se aplican a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; (Art. 1, numeral 1, letra b).

La OIT en la Guía de Aplicación del Convenio 196¹, señala que los elementos que definen a un pueblo indígena son subjetivos y objetivos. Entre los primeros están (1) la continuidad histórica en cuanto se trata de sociedades que descienden de los grupos anteriores a la conquista o colonización; (2) la conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitan el país o la región; y (3) instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas, que son propias y se retienen en todo o en parte.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido un pueblo tribal como un pueblo que no es indígena a la región (que habita) pero que comparte características similares con los Pueblos Indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones.²

1 OIT. Programa para promover el Convenio 169 de la OIT. 2009. Disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_113014.pdf

2 Corte Interamericana. Sentencia caso Saramaka v. Suriname. 28 de noviembre de 2007. Párrafo 79

En todo caso, el criterio fundamental que guía la atribución de titularidad de los derechos incluidos en el Convenio 169, es la conciencia de su identidad indígena o tribal. (Art. 1, numeral 2)

Actualmente prevalece la opinión de que no es necesaria una definición universal oficial de este término sino la comprensión del término Pueblos Indígenas. Para fines prácticos, la acepción comúnmente aceptada al respecto es la que figura en el estudio de Martínez Cobo³:

“Las comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellos que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades previas a la invasión y pre coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran a sí mismas diferenciadas de otros sectores de las sociedades que prevalecen actualmente en sus territorios, o en parte de ellos. Ellos forman en el presente sectores no dominantes de la sociedad y están determinados a preservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales, su identidad étnica, como la base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales.

Esa continuidad histórica puede consistir en la continuación, durante un período prolongado que llegue hasta el presente, de uno o más de los siguientes factores:

- a) ocupación de las tierras ancestrales o al menos de parte de ellas;
- b) ascendencia común con los ocupantes originales de esas tierras;
- c) cultura en general, o en ciertas manifestaciones específicas (tales como religión, vida bajo un sistema tribal, pertenencia a una comunidad indígena, trajes, medios de vida, estilo de vida, etc.);
- d) idioma (ya se utilice como lengua única, como lengua materna, como medio habitual de comunicación en el hogar o en la familia o como lengua principal, preferida, habitual, general o normal);
- e) residencia en ciertas partes del país o en ciertas regiones del mundo;
- f) otros factores pertinentes.

Desde el punto de vista individual, se entiende por persona indígena toda persona que pertenece a esas poblaciones indígenas por auto identificación como indígena (conciencia de grupo) y es reconocida y aceptada por esas poblaciones como uno de sus miembros (aceptación por el grupo).

3 Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1986/7 y Add. 1 - 4. Las conclusiones y recomendaciones del estudio que figuran en la adición 4 también están disponibles como publicación de las Naciones Unidas (documento de las Naciones Unidas, número de venta: E.86.XIV.3). Este estudio se inició en 1972 y se completó en 1986, con lo que se convirtió en el estudio más voluminoso de su tipo, basado en 37 monografías.

Eso preserva para esas comunidades el derecho y el poder soberanos de decidir quién pertenece a ellas, sin injerencia exterior”.

1.2.2 Consulta y consentimiento

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala 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 y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado”. (Art. 19); y “1. Los Pueblos Indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. 3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual”. (Art. 32)

El pleno cumplimiento del objetivo de las consultas a los Pueblos Indígenas se refleja en el consentimiento de los consultados. Así lo expresa el artículo 6, numeral 2 del Convenio 169 de la OIT: Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

El resultado legítimo de la buena fe y eficaz consulta y consentimiento puede ser un incumplimiento de la obligación de obtener consentimiento. En otras palabras, la medida de que un proceso de consulta sea considerado exitoso es que los Pueblos Indígenas hayan alcanzado libremente una decisión informada final a través de sus propios procedimientos e instituciones representativas.

Por lo tanto, si se obtiene el consentimiento de los consultados, se habrá cumplido el objetivo de las consultas. Si, por el contrario, no se llega a dicho consentimiento, las consultas habrán sido fallidas, trucas e ineficaces.

La palabra consentimiento se define como la acción y efecto de consentir; del latín *consentiré*,

de cum, con, y sentiré, sentir; compartir el sentimiento, el parecer. Permitir una cosa o condescender a que se haga. Es la manifestación de la voluntad conforme entre la oferta y la aceptación, y uno de los requisitos esenciales exigidos por los códigos para los contratos. (Cabanelas, 2006⁴)

Por tanto, cuando se dice que las consultas (en el Convenio 169) deben buscar el consentimiento, significa que deben procurar compartir el sentimiento, el parecer entre consultantes y consultados, acercar posiciones, poner de acuerdo. Deben ser, por tanto, espacios para el diálogo transparente y sincero, en los que genuinamente se busquen acuerdos eficaces. Un resultado legítimo de una buena consulta de buena fe y efectiva es que los Pueblos Indígenas lleguen a una decisión final libremente informada final de sus propios procedimientos e instituciones representativas.

Se ha definido al consentimiento libre, previo e informado como el derecho colectivo de los Pueblos Indígenas a participar en la toma de decisiones, y a otorgar o negar su consentimiento a actividades que afecten sus tierras, territorios y recursos o derechos en general.⁵ Esta definición es consistente con lo dicho por el Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, respecto a que, Como dimensión fundamental del derecho de libre determinación, el derecho de los Pueblos Indígenas a dar su consentimiento libre, previo e informado también guarda relación con una amplia gama de circunstancias.⁶

1.2.3 Propiedad colectiva sobre los territorios indígenas

El Convenio 169 de la OIT indica que los Estados deberán reconocer a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia... (Art. 14, numeral 1)

El Convenio destaca la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados revise su relación con las tierras o territorios,

⁴ Cabanelas, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1 de abril de 2006.

⁵ Proyecto de Directrices del programa ONU-REDD sobre el Consentimiento Libre, Previo e Informado (2011), citando a Colchester, M. and MacKay, F. (2004). In Search of Middle Ground: Indigenous Peoples, Collective Representation and the Right to Free, Prior and Informed Consent, Forest Peoples Programme, pp. 8-14.

⁶ Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Informe sobre el décimo período de sesiones (16 a 27 de mayo de 2011). E/C.19/2011/14

o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. (Art. 13, numeral 1)

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el derecho a la propiedad consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el sentido de que el artículo 21⁷ de la Convención protege a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, el derecho de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.⁸

Con la interpretación evolutiva del Artículo 21 de la Convención Americana, la Corte ha abarcado el concepto indígena de la propiedad dando a ese derecho un alcance que incluye diversidad de modos de vida válidos y dignos de protección y garantía. Así, en la sentencia del Caso Awas Tingni, reconoce que Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en el individuo sino en el grupo y su comunidad⁹ y asume que esa forma de propiedad requiere también de su tutela.

La Corte Interamericana ha definido que la estrecha relación entre las comunidades indígenas y sus territorios tradicionales, incluyendo los recursos naturales que ahí se encuentren y los elementos inmateriales que de ellos se desprenden, son también materia de protección del artículo 21 de la Convención Americana¹⁰. Ha interpretado el artículo 21 de la Convención Americana en el sentido de que garantiza el goce de un bien inmaterial como es la especial relación que une a los pueblos indígenas con su territorio y que no se refiere meramente a la posesión o aprovechamiento material sino que es un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.¹¹

7 Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

8 Corte Interamericana. Sentencia caso Mayagna (Sumo) Awas Tigni v. Nicaragua. 31 de agosto de 2001. Párrafo 148

9 Párrafo 149. Sentencia Caso Awas Tingni

10 Corte Interamericana. Sentencia caso Yakye Axa v. Paraguay. 17 de junio de 2005 Párrafo 137.

11 Párrafo 149. Sentencia Caso Awas Tingni

Segunda Sección

Fundamentos jurídicos del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado

2. Marco Jurídico

2.1 La libre determinación como fundamento

Los deberes de respeto y garantía a la libre determinación de los pueblos indígenas, fundados en el Derecho Internacional, los llevan a precautelar la facultad de dichos pueblos de controlar sus propios destinos y ejercer plenamente sus derechos.¹²

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas expresa que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación y que en virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. (Art. 3) Así mismo señala que los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen

12 El derecho a la libre determinación de los pueblos ha sido reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en varios instrumentos. Señalamos aquí el artículo 1 común al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), (Artículo 1, numeral 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural). El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, organismo de expertos independientes que supervisa el cumplimiento del PIDESC, ha interpretado como aplicable a los pueblos indígenas. (ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Consideración de Informes presentados por Estados Partes bajo los Artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones Finales sobre la Federación Rusa (trigésimo primera sesión). N.U. Doc. E/C.12/1/Add.94, 12 de diciembre de 2003).

derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas. (Art. 4)

En la misma línea, el Convenio 169 de la OIT ha reconocido como los derechos colectivos de dichos pueblos el Respeto del buen vivir de acuerdo a la visión de desarrollo de los pueblos; así como el derecho a definir las prioridades de desarrollo de los pueblos. (Art. 7, numeral 1).

La libre determinación implica que las consultas que se realicen a los Pueblos Indígenas respecto a decisiones estatales que puedan afectarlos, deban tener como mira la realización material de sus derechos.

El Relator Especial de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas ha señalado que el deber de los Estados de celebrar consultas efectivas con los pueblos indígenas se funda en un gran número de derechos humanos aceptados universalmente, pero de manera más fundamental, ese deber deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular. El derecho a la libre determinación es un derecho fundamental, sin el cual no pueden ejercerse plenamente los derechos humanos de los pueblos indígenas, tanto los colectivos como los individuales. Los principios conexos de soberanía popular y democracia se oponen ambos al gobierno por imposición y respaldan el imperativo del gobierno por consentimiento.¹³

2.2 La propiedad comunitaria de los pueblos indígenas y el derecho al consentimiento libre, previo e informado

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación a los pueblos indígenas y tribales, ha vinculado el derecho a la propiedad reconocido en el Artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (ver supra. Nota 3), con el derecho a la libre determinación reconocido en el Artículo 1 común del PIDCP y del PIDESC (ver supra. Nota 1).

En la sentencia del Caso Saramaka v Surinam¹⁴, la Corte Interamericana considera que la entrega por parte del Estado, de concesiones para actividades extractivas dentro de territorios indígenas o tribales, constituye una restricción al derecho de propiedad privada comunitaria de dichos pueblos. Reconoce, no obstante, que el derecho a la propiedad comunitaria de un pueblo sobre su territorio, puede ser

¹³ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. 15 de julio de 2009. A/HRC/12/34

¹⁴ Corte Interamericana. Sentencia caso Saramaka v. Suriname. 28 de noviembre de 2007

restringido en la medida de que dicha restricción no implique una denegación de su vida como pueblo tribal. Para asegurar aquello, el Estado deberá garantizar al pueblo cuya propiedad se restringe: a) participación efectiva de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”) que se lleve a cabo dentro del territorio; b) que los miembros del pueblo afectado se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio; c) que no se emita ninguna concesión dentro del territorio del pueblo afectado a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.¹⁵

Respecto a la primera de las mencionadas garantías, la de la participación efectiva, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones... en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo.¹⁶

En ese sentido, el deber de consultar al pueblo antes de adoptar una decisión que restrinja su derecho, surge como una garantía de que lo que se va a decidir no implica una denegación de su vida como pueblo. El fundamento de este deber está en el derecho de participación efectiva de dicho pueblo en las decisiones que les afecten¹⁷.

Para la Corte la participación efectiva del pueblo en la toma de la decisión del poder público que puede llegar a amenazar sus posibilidades de continuar su vida como pueblo, solo puede constituirse en garantía efectiva de que eso no suceda, en la medida de que el consentimiento del pueblo consultado sea determinante para la adopción o no de la decisión consultada.

Por tanto la Corte ha resuelto que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino

¹⁵ Párrafo 129. *Caso Saramaka v. Surinam*

¹⁶ Párrafo 133. *Caso Saramaka v. Surinam*

¹⁷ En este punto la Corte parece coincidir con el Comité Contra toda forma de Discriminación Racial que recomendó a los Estados: d) Garanticen que los miembros de los Pueblos Indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado; (Opinión General 23).

también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.¹⁸

En el caso Sarayaku, la Corte ha sido muy clara y reiterativa respecto a que las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. (párrafo 177 de la Sentencia) y a que la consulta no debe agotarse en un simple trámite formal, sino que debe concebirse como "un verdadero instrumento de participación", "que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas". (párrafo 186 de la Sentencia)¹⁹. Consecuentemente, al disponer que las consultas se realicen de conformidad con los estándares internacionales, la sentencia del Caso Sarayaku remite al estándar de la sentencia de Saramaka respecto al consentimiento²⁰.

18 Párrafo 134. Caso Saramaka v. Surinam

19 Corte Interamericana. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012.

20 Mario Melo, 2012

hay referencias a la jurisprudencia en países de América Latina. Podríamos adjuntar también la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos (es el Comité que examina la implementación del parte de los estados del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Politicos); ese Comité ha examinado casos sobre los Saami y ha adoptado los mismos resultados. Sería entonces útil de referirnos también a la jurisprudencia internacional.

Tercera Sección

Elementos Básicos de la consulta

3.1 En qué circunstancias se requiere realizar consultas a los Pueblos Indígenas

Los Estados tienen el deber de consultar a los Pueblos Indígenas antes de tomar cualquier medida que los afecte. (Ver supra 1.2.2)

El Convenio 169 de la OIT ha puntualizado algunos casos en que es necesario realizar consultas a los Pueblos Indígenas. Así, el Artículo 15, numeral 2 manifiesta que 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. De igual manera, en el Art. 17, numeral 2 se dice que:” Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad”.

Esta puntualización de casos no restringe el principio general establecido en el Artículo 6 del Convenio 169 y en el Artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas, respecto a que se deberán hacer consultas a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas y legislativas que los afecten.

Este mandato tampoco debe llevar a que los Estados deban consultar a los Pueblos Indígenas frente a casi cualquier decisión que afecte tanto a indígenas como a no indígenas. El Relator Especial Anaya ha dicho que el deber de celebrar consultas a los Pueblos Indígenas es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a dichos pueblos en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad.²¹

Al respecto, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en el sentido de que la condición que debe cumplirse para que a una medida legislativa o administrativa le sea imponible el deber de adelantar la consulta previa, consiste en que la política correspondiente afecte directamente a las comunidades diferenciadas. Esta incidencia directa se verifica en tres escenarios: (i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales; (ii) cuando a pesar de que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas; y (iii) cuando a pesar de tratarse de una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine²²

En su artículo 6, el Convenio establece un lineamiento sobre cómo se debe consultar a los pueblos indígenas y tribales

En su artículo 6, el Convenio establece un lineamiento sobre cómo se debe consultar a los pueblos indígenas y tribales:

La consulta a los Pueblos Indígenas debe realizarse a través de procedimientos apropiados, de buena fe, y a través de sus instituciones representativas;

Los pueblos involucrados deben tener la oportunidad de participar libremente en todos los niveles en la formulación, implementación y evaluación de medidas y programas que les conciernen directamente;

Otro componente importante del concepto de consulta es el de representatividad. Si no se desarrolla un proceso de consulta apropiado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales que son verdaderamente representativas de

²¹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. 15 de julio de 2009. A/HRC/12/34

²² Corte Constitucional de Colombia. CASO C-366/11 (11.05.2011)

esos pueblos, entonces las consultas no cumplirían con los requisitos del Convenio; tomar “medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”, teniendo en cuenta su diversidad lingüística, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada.

3.2 En qué circunstancias se requiere el consentimiento de los pueblos consultados

Establecida la necesidad de realizar consultas a los Pueblos Indígenas respecto de una decisión estatal que va a afectarles de una manera especial y diferenciada en relación a la población en general, dichas consultas deben, necesariamente, orientarse a la obtención del consentimiento libre, previo e informado.

El deber de respeto a la libre determinación de los Pueblos Indígenas impide a los Estados adoptar decisiones que afecten el ejercicio de ese derecho a un pueblo, sin su consentimiento. En otras palabras, siempre que una decisión estatal vaya a afectar la libre determinación de un Pueblo Indígena, el Estado deberá obtener su consentimiento libre, previo e informado.

De acuerdo a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el derecho a la libre determinación de los pueblos incluye, entre otros aspectos: (a) determinar libremente su condición política; (b) perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural. (Art. 3); (c) autonomía o autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales; (d) disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas. (Art. 4)

La declaración señala algunos casos en los cuales es requerido el consentimiento de los pueblos afectados. Estos no presentan una lista exhaustiva, pero para los Pueblos Indígenas implican un estándar mínimo para la implementación del consentimiento libre, previo e informado. Por ejemplo, el Artículo 10 menciona que los Pueblos Indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los Pueblos Indígenas interesados; en el Artículo 29, numeral 2, se garantiza que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los Pueblos Indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado; además, el Artículo 28, numeral 1 señala que los Pueblos Indígenas tienen derecho a la reparación, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.

Supuestos de consentimiento	Fuente
En casos de riesgo de las condiciones de subsistencia	Convenio 169, art. 2; Informe de la CIDH, Caso Saramaka vs. Surinam).
Traslados poblacionales	Convenio 169, art. 16,2; Declaración, art. 10, Caso Saramaka vs. Surinam, Informe de la CIDH párr. 334,1.
Megaproyectos, planes de inversión o desarrollo que puedan afectar las condiciones de subsistencia	Saramaka vs. Surinam, Informe de la CIDH párr. 334, 2
Almacenamiento o depósito, eliminación o desecho de materiales peligrosos o tóxicos	Declaración, art. 29; Informe de la CIDH, párr. 334, 3
Toda decisión que pueda afectar, modificar, reducir o extinguir los derechos de propiedad indígena	Informe de la CIDH, párr. 281
Actividades militares	Declaración, art. 30
En la adopción de medidas especiales de salvaguarda de personas, bienes, trabajo, culturas y medio ambiente	C 169, art. 4

Fuente: Documento elaborado por el Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS.

Estos casos abarcan un conjunto de situaciones relevantes para los Pueblos Indígenas y no constituyen una lista cerrada y exhaustiva. Por lo contrario, muestran que el consentimiento de los pueblos indígenas es imprescindible frente a situaciones, como las señaladas, que claramente afectan su libre determinación.

Supuestos de desistimiento por afectación a la vida, integridad o pleno desarrollo de los pueblos, cuando hay certeza de impacto grave o en los casos establecidos en el derecho constitucional e internacional	Fuente
Cuando va a dañar el patrimonio histórico-cultural de los Pueblos Indígenas	Declaración, art. 11
Cuando va a afectar la vida o la integridad física o cultural de un pueblo	Convenio N°169, art. 2
Cuando implique empleo de fuerza o coerción que viole los derechos humanos y las libertades de los pueblos	Convenio N°169, art. 3,2
Cuando va a afectar las condiciones de subsistencia, como fuentes de agua o seguridad alimentaria	CIDH, párr. 332.
Cuando implique discriminación para el ejercicio de derechos	Convenio N° 169, art. 3,1
Cuando va a dañar la integridad cultural, de valores, prácticas e instituciones	Convenio N°169, art. 5,b
En casos de pueblos de alta vulnerabilidad, como pueblos en aislamiento y contacto inicial	Proyecto de Directrices de protección para los PPII en aislamiento y contacto inicial de la Región Amazónica, el gran Chaco y la región oriental del Paraguay.
<p>No se permitirán, en particular:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Concesiones para actividades extractivas en cabeceras de cuencas, glaciales, páramos, bofedales, ojos de agua, ríos, bosques, los que se considerarán intangibles para estos efectos. - Medidas que den lugar a la pérdida de tierras, territorios o recursos; ni concentración de tierras por terceros. - Medidas que afecten o eliminen la biodiversidad 	

En la sentencia del Caso Saramaka v. Surinam (ver supra Nota 11.) la Corte Interamericana de Derechos Humanos vinculó dentro de una línea lógica de argumentación jurídica, los derechos a la libre determinación, a la propiedad comunitaria, a la participación efectiva, a la vida digna que en el caso de los Pueblos Indígenas implica su vida como pueblos, para arribar al derecho al consentimiento libre, informado y previo.

- a) Operaciones de gran escala así como los impactos asociados a ellos deben siempre presumirse a pedir consentimiento, Esta posición se puede leer en el párrafo 17 de la sentencia de la corte en el caso de Saramaka.
- b) Si bien el “efecto ampliado” puede ser aplicado a las operaciones de minería a pequeña escala, en la práctica los principales impactos de la minería de pequeña escala en las comunidades indígenas son irreversibles por una variedad de razones. Estos impactos se deben considerar en el marco de los efectos acumulativos como el incremento de la migración, las infraestructuras de desarrollo, la preocupación sobre la seguridad, que finalmente son precursores de la minería de larga escala.
- c) El ejercicio de la libre determinación no es requerido en base a la presunción de la insignificancia o significancia de los impactos externos impuestos por el desarrollo dentro o cerca de los territorios indígenas. En otras palabras la imposición de proyectos de pequeñas escalas, aun si entidades externas señalen que no tendrán mayores impactos, es una violación al derecho del ejercicio de la libre determinación de los Pueblos Indígenas.

Observamos, no obstante, que si bien en el caso concreto de los Saramakas sometido a decisión de la Corte, la garantía de su vida como pueblo tribal se vería satisfecha con la exigencia de su consentimiento antes de que se emprendan planes de inversión a gran escala que por tanto tendrían mayor impacto dentro de su territorio, el precedente sentado por esta sentencia deja por fuera infinidad de situaciones en las cuales Pueblos Indígenas y tribales ven gravemente amenazada su libre determinación, su propiedad comunitaria, su participación efectiva y su vida como pueblos, a causa de decisiones sobre proyectos de inversión y otras actividades que no pueden ser calificados como de gran escala. Consecuentemente, el parámetro para establecer la necesidad del consentimiento de un pueblo no debería ser el tamaño o escala de inversión de los proyectos que se pretenden desarrollar en su territorio, sino la gravedad de los impactos que dichas actividades, sean del tamaño o del presupuesto que sean, causarían a sus derechos.

Los derechos de autodeterminación no son calificados bajo el supuesto de significancia o insignificancia de los impactos. En otras palabras, la imposición de un proyecto de pequeña escala, incluso si se considera por parte de entidades externas que no tendrán un gran impacto, se considera una infracción directa de un derecho de los Pueblos Indígenas a la libre determinación.

Más allá de eso, cuando la Corte encuentra que el deber de consultar surge como una garantía vinculada a la restricción al derecho a la propiedad territorial del Pueblo de Saramaka, impuesta por la decisión estatal de que se realice un proyecto o inversión a gran escala en dicho territorio, lo hace a la luz del análisis del caso concreto. Sin embargo y como se ha señalado antes, los instrumentos internacional consideran diversas situaciones en las que los Estados deben celebrar consultas con pueblos indígenas para obtener su consentimiento sobre medidas administrativas y legislativas que no necesariamente se vinculan con actividades que se realicen dentro de sus territorios. Dichas medidas pueden referirse a diversos ámbitos de la vida de los pueblos indígenas: educación, salud, religión, trabajo, justicia, cultura, movilidad humana, etc. y pueden ser aplicables más allá e inclusive fuera del territorio de dichos pueblos.

Incluso, proyectos de inversión pueden afectar gravemente los derechos de pueblos que, por circunstancias históricas habitan fuera de su territorio ancestral, en medios urbanos o en tierras ajenas, manteniendo su identidad como pueblos. En esos casos, las decisiones del poder público que les afecten también deben ser consultadas para obtener su consentimiento.

Como lo entiende la Corte, el deber de consultar y de obtener el consentimiento, se fundamenta, ultima ratio, en el derecho a la libre determinación de los pueblos, vinculados con el derecho a la participación efectiva en las decisiones que les afectan y con el derecho a su vida como pueblos. En muchos casos, estos derechos se vinculan estrechamente con la propiedad comunitaria del territorio, pero no necesariamente surge el deber de consultar, en todos los casos, de la restricción del derecho a la propiedad sino, necesariamente, de la restricción del derecho a la libre determinación.

Los Estados tienen el deber de consultar a los pueblos indígenas frente a decisiones que afecten su libre determinación, no solo porque son propietarios de un territorio sino por el mismo hecho de que son pueblos.

En la misma línea: El Relator Especial observa con preocupación que algunos Estados, de hecho o de manera deliberada, han adoptado la posición de que las

consultas directas con los Pueblos Indígenas en relación con la actividad de extracción de recursos naturales o con otros proyectos de repercusiones importantes sobre el medio ambiente, como las presas, solo se requieren cuando las tierras en que se realizan las actividades en cuestión han sido reconocidas como tierras indígenas por el derecho interno. Esta posición es infundada ya que, de la misma manera que ocurre con el derecho a la libre determinación y con los principios democráticos, y debido a las condiciones generalmente vulnerables de los Pueblos Indígenas, el deber de celebrar consultas con ellos se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales. (Ob. Cit.)

3.3 Quiénes son los sujetos a ser consultados

Los titulares de los derechos consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a favor de los Pueblos Indígenas son precisamente esos pueblos, definidos de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 1 del Convenio 169 de la OIT. (Ver supra. 2.2)

Bajo los criterios establecidos en el Convenio 169, la aplicación de los derechos indígenas a determinados grupos humanos que se ajustan a los estándares señalados por su Artículo 1, no debería ser restrictiva en relación a las diferentes denominaciones que adoptan los pueblos tradicionales en diversos países.

Así, en la Constitución ecuatoriana se reconoce como titulares de los derechos colectivos establecidos en ella, en la ley, en los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; al pueblo afroecuatoriano y al pueblo montubio (Artículos 57, 58 y 59).

En Brasil, la Constitución Federal reconoce como sujetos de derechos colectivos a los indios, sin referirse a los pueblos como tales, aunque sí a sus comunidades y organizaciones. (Art. 231) Se reconocen también los derechos de las comunidades afro-brasileras descendientes de los quilombos, en el Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias, instrumento jurídico de categoría constitucional. De acuerdo a la legislación brasilera las comunidades quilombolas son los grupos étnicos raciales, según criterios de auto atribución, con trayectoria histórica propia, dotados de relaciones territoriales específicas, con presunción de ancestralidad negra relacionada a la resistencia a la opresión sufrida.²³

²³ Decreto 4.887, 20 de noviembre de 2003. Art. 2

Por su parte, la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia reconoce la existencia pre-colonial de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios (Art. 2). La Constitución boliviana conceptualiza nación y pueblo indígena originario campesino como toda colectividad humana que comparte identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.

En Perú, en cambio, la Constitución vigente no reconoce a los Pueblos Indígenas sino como comunidades campesinas y comunidades nativas, sin embargo, el término Pueblos Originarios se utiliza en el Art. 191 junto a la categoría comunidades en la parte referida a los gobiernos regionales y ha sido introducido también en la Ley del derecho a la consulta previa a los Pueblos Originarios, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT de 31 de agosto de 2011. (Art. 2).

El principio de respeto a la autodefinición que consagra el Artículo 1 del Convenio 169 de la OIT no excluye que en la legislación interna de los países se amplíe el ámbito de protección del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado a otros colectivos, en la medida en que la intención de hacerlo sea la mayor garantía de la dignidad humana.

La jurisprudencia constitucional colombiana ha dicho que la Corte le ha dado el tratamiento a la consulta previa de un derecho fundamental, del cual son titulares los grupos étnicos del país y a su vez hacen parte las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas. En la jurisprudencia relacionada, la Corte (...) ha ordenado mayoritariamente ante la gravedad de las problemáticas estudiadas la suspensión de los proyectos u obras que tienen la potencialidad de afectar o que han afectado territorios de comunidades étnicas hasta que no se garantice el derecho a la consulta previa. Del mismo modo, recientemente se ha ordenado la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado²⁴

La Corte Interamericana ha señalado que el criterio de autodefinición es el principal para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente en tanto pueblos. En el plano colectivo la identificación de cada comunidad indígena es un hecho histórico y social que hace parte de la autonomía y por tanto la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma como ésta se auto-identifique.²⁵

²⁴ Corte Constitucional de Colombia. CASO T-129/11 (03.03.2011)

²⁵ Corte Interamericana. Sentencia del caso *Xámok Kásek v. Paraguay*. 24 de agosto de 2010. Párrafo 37. Citado en *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. CIDH. 2010

Se debe consultar a los pueblos que van a resultar afectados por la medida administrativa o legislativa en cuestión. (Ver supra 2.1 y 2.2) a través de sus instituciones representativas. Al respecto de la representatividad de las instituciones de los Pueblos Indígenas, el Consejo de Administración de la OIT adoptó un informe del Comité Tripartito conformado para conocer una querrela por violación del Convenio 169 de la OIT²⁶ en el que se señaló que: Dada la diversidad de los Pueblos Indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa, lo importante es que ésta sea el fruto de un proceso propio, interno de los Pueblos Indígenas. Pero es fundamental cerciorarse de que la consulta se lleva a cabo con las instituciones realmente representativas de los pueblos interesados». Y, «... el principio de representatividad es un componente esencial de la obligación de consulta. (...) pudiera ser difícil en muchas circunstancias determinar quién representa una comunidad en particular. Sin embargo, 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.

Por otra parte en Costa Rica los sujetos de la Consulta y del consentimiento son las comunidades y sus estructuras comunitarias tradicionales²⁷, sin embargo un reglamento²⁸ de la Ley Indígena, en su artículo 5 establece que las estructuras que representarán judicial y extrajudicialmente a las comunidades indígenas serán las “Asociaciones de Desarrollo Indígena” (ADI), que se rigen por la ley N°3859 de 1968, y que no son estructuras comunitarias tradicionales. Así, contradictoriamente, una estructura contemplada en un reglamento y no mencionada en la ley indígena, suplanta a las estructuras comunitarias tradicionales, lo cual crearía serias confusiones, manipulaciones y graves problemas de gobernabilidad en los territorios indígenas.

3.4 Quién es el sujeto consultante

Los Estados son los titulares de los deberes de respeto, garantía y tutela de los derechos consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Consecuentemente corresponde a los Estados realizar las consultas a los Pueblos Indígenas, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas (Los Estados celebrarán consultas...) y en el Artículo 6,

26 RECLAMACIÓN (artículo 24) - ARGENTINA - C169 - 2008 ---- Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Argentina del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Unión de Trabajadores de la Educación de Río Negro (Un.T.E.R), gremio de base de la Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina (C.T.E.R.A.)

27 Ley Indígena, 4

28 Reglamento de la Ley Indígena, Decreto N° 8489-G de 1978

numeral 1 del Convenio 169 de la OIT (Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados...)

Los Instrumentos Internacionales no podrían definir qué órgano, dentro de cada uno de los Estados es el llamado a dar cumplimiento al deber de consultar. Eso es materia de la normatividad jurídica interna de cada Estado. Sin embargo, dicha definición debería también ser materia de consulta a los Pueblos Indígenas puesto que la disposición normativa o administrativa que la haga, toda vez que afecta directamente el ejercicio de derechos de los Pueblos Indígenas, debe ser materia de la consulta prelegislativa prevista en los instrumentos internacionales.

El órgano o entidad estatal con competencia para llevar adelante los procesos de consulta, no debe delegar el cumplimiento de ese rol a otra entidad pública o privada: mucho menos a actores privados como las empresas interesadas en el desarrollo del proyecto o medida que se pretende consultar.

Sin embargo, los proponentes del proyecto tienen también obligación, que existe en paralelo con más independencia de la obligación del Estado de obtener el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas antes de iniciar las actividades del proyecto en sus territorios. Como resultado, cuando el Estado no cumple con su obligación de consultar y obtener el Consentimiento Libre, Previo e Informado todavía queda una responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y no a preceder a las operaciones extractivas a la falta de consentimiento.

Recientes estudios, refiriéndose a la situación colombiana han afirmado que pese a los intereses compartidos entre el inversor y el Estado, al momento de emprender un proyecto de exploración de recursos naturales no renovables, el Estado relega en los intereses particulares de actores privados transnacionales buena parte de sus obligaciones. En esa medida, existe un rol pasivo del Estado, traducido en una desarticulación entre lo asumido por este bajo la Convención de la OIT y la Constitución y lo ocurrido en la práctica, lo cual supone la presencia de una institucionalidad poco garante de los derechos de los indígenas, que para ellos es un desamparo institucional.²⁹

Esta situación, observable en otros países, constituye uno de los mayores obstáculos para el pleno cumplimiento del deber estatal de consultar a los pueblos indígenas.

²⁹ Castillo, Yadira. *El rol de la empresa transnacional extractiva de petróleo en la consulta previa con los indígenas. La experiencia de Colombia. Revista de Derecho. Universidad del Norte. Barranquilla, 2012*

Cuarta Sección

Requisitos del consentimiento: que sea libre, previo, informado y obtenido de buena fe

4. Requisitos del consentimiento

El Artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas califica el consentimiento que se debe buscar de los pueblos indígenas mediante las consultas que se les realice, como libre, previo, informado y obtenido con buena fe.

4.1 Libre

El Mecanismo de Expertos de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Mecanismo de Expertos) y el Foro Permanente entienden que el carácter "libre" del consentimiento implica la ausencia de coacción, intimidación o manipulación.³⁰

El Relator Especial reflexiona en el sentido de que Los Estados deben hacer todo lo posible para que los Pueblos Indígenas puedan organizarse y determinar libremente sus representantes para las deliberaciones de consulta, y deben propiciar un clima de respeto y apoyo a la autoridad de esos representantes. Por su parte, los Pueblos Indígenas deben trabajar, cuando se requiera, para aclarar y consolidar sus estructuras

30 (A/HRC/18/42; página 22; párrafo 25) / (E/C.19/2005/3; página 13; párrafo 46)

y organizaciones representativas para que puedan funcionar eficazmente en relación con los procedimientos de consultas.

La posibilidad de que los Pueblos Indígenas emitan su consentimiento de manera libre, sin coacción, intimidación o manipulación, pasa porque sus propias estructuras organizativas y representativas sean reconocidas y respetadas; se constituyan y funcionen de acuerdo a sus propias costumbres y tradiciones.

Este requerimiento se vincula con dos elementos importantes de los procesos de consulta: el tiempo y el formato. Las consultas que busquen el consentimiento de los Pueblos Indígenas deben tener una duración acorde a los mecanismos propios de dichos pueblos para la adopción de decisiones trascendentes. Que se impongan plazos excesivamente cortos para la realización de las consultas podría limitar las posibilidades de que los pueblos consultados consientan libremente. La exigencia de que se realicen las consultas en los tiempos y con los ritmos que impone la urgencia de aprobar una decisión de interés del Estado o de terceros, muchas veces puede resultar en coacción que vicie el consentimiento de los consultados.

Así mismo, la modalidad que se adopte para las consultas, debe responder a los patrones tradicionales de cada pueblo para la toma de decisiones importantes. La reglamentación de los procesos de consulta a los Pueblos Indígenas debe ser flexible para incorporar las particularidades de cada pueblo. El formato de la consulta tiene que ser previamente acordado entre el Estado consultante y los sujetos consultados. La imposición de modalidades distintas a las propias de los pueblos da paso a que la voluntad del consultado pueda resultar viciada por intimidación o manipulación.

A menudo las decisiones de los Pueblos Indígenas son tomadas en asambleas con participación amplia e igualitaria de sus miembros. En otras ocasiones las decisiones importantes son, por motivos culturales, reservadas a órganos especializados como los Consejos de Sabios. En ocasiones las decisiones son precedidas de ritos o ceremonias imprescindibles para su validez y legitimidad.

Obligar, mediante reglas impuestas desde fuera, a que las decisiones se adopten mediante consultas realizadas con formatos rígidos y extraños a la cultura de los consultados, limita las posibilidades de que un eventual consentimiento otorgado en esas condiciones, cumpla con el requisito de ser libre.³¹

31 Es interesante el caso del Código Municipal de Guatemala (Decreto 12-2002 de 2 de abril de 2002) en donde se establece una consulta a las comunidades y autoridades indígenas (Art. 65) que puede ser llevada a cabo mediante boleta diseñada técnica y específicamente para el caso, fijando en la convocatoria el asunto a tratar, la fecha y los lugares donde se llevará a cabo la consulta y por aplicación de criterios del sistema jurídico propio de las comunidades del caso. Sin embargo para que los resultados sean vinculantes debe participar en la consulta al menos el cincuenta (50) por ciento de los vecinos empadronados y la mayoría debe votar favorablemente el asunto consultado. En contraste, para que la consulta a los vecinos prevista en el Art. 64 sea vinculante se requiere solamente que participe en la consulta al menos el veinte por ciento (20%) de los vecinos empadronados y la mayoría vote favorablemente el asunto consultado.

A esto se refiere el Convenio 169 cuando señala que las consultas a los Pueblos Indígenas deben realizarse mediante procedimientos adecuados. (Art. 6, numeral 2)

La característica de ser libre, debería incluir la posibilidad de que los sujetos de consulta decidan no participar de ella, ejerciendo de ese modo su derecho a la libre determinación. Resultaría contradictorio con la autonomía y el autogobierno, elementos constitutivos de la libre determinación, que pueblos sean compelidos jurídica o materialmente a someterse a procesos de consulta en los que han decidido no participar. De darse esa situación el eventual consentimiento obtenido en dichas condiciones carecería de la característica de ser libre.

El requerimiento de consultar de buena fe es obtener el consentimiento libre previo e informado de los Pueblos Indígenas y éste debe considerarse un derecho a la autodeterminación para dar o negar su consentimiento en lugar de una obligación que se impone a los Pueblos Indígenas. Participar en un proceso de Consulta libre previa e informada no es una obligación de los Pueblos Indígenas y el Estado debe a hacerlo de buena fe.

Aquello debe observarse aún con mayor énfasis en el caso de los pueblos indígenas en aislamiento. Las Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay³² mencionan al respecto que:” En el caso de los Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario, el derecho de consulta con el fin de obtener su consentimiento previo, libre e informado debe interpretarse teniendo en cuenta su decisión de mantenerse en aislamiento y la necesidad de mayor protección de los Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario dada su situación de vulnerabilidad, lo que se puede ver reflejado en su decisión de no usar este tipo de mecanismos de participación y consulta”. (Párrafo 68)

4.1.2 Las auto consultas comunitarias

En ocasiones, las comunidades locales afectadas por decisiones estatales toman la opción de organizar auto consultas para pronunciarse, por iniciativa propia, respecto a dichas decisiones que no les han sido consultadas.

La auto consulta ha sido definida como un proceso legítimo, por el cual un pueblo discute sus problemas prioritarios y toma posición frente a ellos como pueblo indígena, no como una junta directiva o una asamblea de representantes de

32 Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ginebra. Febrero de 2012

comunidades, sino como pueblo, hombres y mujeres, jóvenes, adultos y ancianos³³. Es un mecanismo propio de las comunidades frente a la omisión o reticencia de los Estados para cumplir plenamente su obligación de consultar.

Las auto consultas comunitarias realizadas en América Latina en los últimos años respecto a proyectos extractivos en sus territorios, han seguido diversos procedimientos. Así, en Perú, el 6 de Junio del 2010, la Federación Nacional Achuar del Perú (FENAP), realizó un proceso de auto consulta en las 37 comunidades Achuar de las cuencas de los ríos Pastaza, Huituyacu, Manchari, Huasaga y Setuchi respecto a tres cuestiones de gran trascendencia: (i) si la comunidad está a favor de requerir al Estado Peruano el reconocimiento de la propiedad de su territorio ancestral considerando la integridad de sus recursos naturales, tanto del suelo, sub suelo y vuelo forestal y sobre los recursos o fuentes de agua existentes en el territorio indígena. (ii) Si la comunidad está a favor de que en el territorio ancestral Achuar comprendido alrededor de las cuencas del Pastaza, Morona, Huasaga, Huituyacu, Manchari, Setuchi y Anas no opere ninguna concesión petrolera o minera que afecte la vida, la salud y la paz del Pueblo Achuar; y, (iii) Si la comunidad está a favor de que se retire del territorio ancestral Achuar comprendido por los totes 64 y 101 la empresa petrolera Talisman.

Los consultados fueron los comunarios mayores de 14 años y el resultado fue que en las cuencas del Huasaga, Manchari y Pastaza la población apoyó unánimemente las tres propuestas por 707 votos contra 0 en cada propuesta votada, en tanto en las cuencas de Huituyacu y Setuchi la votación fue, en promedio, de 722 votos a favor de las tres propuestas contra 2 votos en contra. (Racimos de Ungurahui, 2010)

En este caso, la decisión de hacer la autoconsulta partió de la organización representativa de los Achuar de Perú y el formato corresponde a los procedimientos asamblearios propios que dicho pueblo adopta para la discusión, análisis y toma de decisiones internas.

En contraste, en la consulta comunitaria municipal realizada el 18 de junio de 2005, por las autoridades comunales del Municipio de Sipacapa en Guatemala, en relación con la explotación minera a cielo abierto de la mina Marlin, el procedimiento se reguló mediante un reglamento de la consulta que incluso establecía que el resultado de la consulta era obligatorio para el Municipio conforme a la Constitución Política, el Convenio 169 de la OIT, la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y

³³ <http://racimosdeungurahui.com/page16.html>

Rural y el Código Municipal. Bajo ese marco legal se han realizado alrededor de 50 consultas comunitarias en Guatemala.

Otro ejemplo es el de las comunidades de las parroquias Victoria del Portete y Tarqui de la provincia del Azuay en Ecuador, que el 29 de octubre de 2011 realizaron una auto consulta popular para saber si los habitantes de estas dos parroquias aceptan la actividad minera prevista en la zona de Quimsacocha, donde la compañía canadiense IAMGOLD pretendía explotar 3,3 millones de onzas de oro, 10 millones de onzas de plata y 79 millones de libras de cobre. Tras cinco horas de consulta popular, los habitantes de las parroquias Tarqui y Victoria del Portete, dijeron No a la explotación minera en Quimsacocha. En total, 958 sufragantes (92,38%) votaron por el No y 47 (4,53%) por el Sí. El proceso fue seguido por observadores nacionales e internacionales.³⁴ En esta experiencia el mecanismo adoptado por las comunidades locales que se auto consultaron fue electoral, mediante cuatro urnas en donde los habitantes en goce de sus derechos políticos depositaron su voto directo y secreto. No obstante, la auto consulta no se rigió a los mecanismos establecidos en la Constitución y en las leyes electorales del Estado para las consultas populares.

En todos estos casos y en varios otros que se han producido en diferentes países latinoamericanos, las auto consultas comunitarias han demostrado ser herramientas poderosas para que en ejercicio del derecho a la libre determinación, las comunidades se pronuncien.

Al respeto, en una reciente visita a Guatemala, el Relator Especial señaló que las auto consultas o consultas de buena fe, con independencia de los marcos jurídicos nacionales, son válidas y relevantes en tanto que reflejan las aspiraciones legítimas de los pueblos y comunidades indígenas por expresar sus propios puntos de vista en torno a aquellos proyectos que tienen el potencial de tener un impacto en sus territorios tradicionales.³⁵ El Relator puntualiza que aunque ya se hayan dado dichas consultas de buena fe sigue subsistiendo el deber del Estado de consultar a las comunidades en consonancia con los estándares internacionales y buscando que se establezca un verdadero proceso de diálogo entre las comunidades y el Estado.³⁶

³⁴ http://www4.elcomercio.com/pais/consulta-decidir-mineria_0_565143514.html

³⁵ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los Pueblos Indígenas, Adición Observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales A/HRC/16.. Versión No editada, 4 de marzo de 2011, párr. 32.

³⁶ Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. El derecho a la consulta de los Pueblos Indígenas: la importancia de su implementación en el contexto de los proyectos de desarrollo a gran escala. México DF., 2011

4.2 Previo

El Mecanismo de Expertos ha señalado que "Previo" significa que el consentimiento debe obtenerse antes de realizar la actividad relacionada con la decisión, e implica que los Pueblos Indígenas deben disponer del tiempo necesario para emprender sus propios procesos de toma de decisiones.³⁷ De igual manera, el Foro Permanente señala que Previo debería implicar que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos de consulta/consenso con los Pueblos Indígenas.³⁸

Es claro que si el objetivo del consentimiento es precautelar el efectivo goce del derecho a la libre determinación, la participación efectiva y otros derechos de los Pueblos Indígenas, solicitarlo sobre decisiones ya tomadas, inamovibles y que ya han causado impactos, resulta extemporáneo e inútil, sin embargo de lo cual, es preferible que en los casos en los que se hayan adelantado decisiones en violación al deber de realizar consultas para obtener consentimiento de los pueblos afectados, éstas sean realizadas, cuanto antes mejor para subsanar en el máximo posible la omisión.

En ese sentido, respecto al proyecto Hidroeléctrico Diquis en Costa Rica, el Relator Especial ha considerado que el diseño del proyecto se encuentra en un estado avanzado, y el Gobierno ha tomado varias decisiones comprometiéndose al estudio y la elaboración del proyecto, sin una consulta previa adecuada. Para el Relator Especial es claro que en esta situación, aunque el proyecto hidroeléctrico todavía no haya sido finalmente aprobado, la capacidad de los Pueblos Indígenas de ejercer su derecho a la libre-determinación y de sentar sus propias prioridades para el desarrollo ha sido menoscabada... No obstante, el Relator Especial considera que es posible remediar la falta de participación indígena previa a la elaboración del proyecto, si en la actualidad se iniciara un proceso de consulta adecuado de acuerdo a las normas internacionales y con algunas características para atender a los desafíos particulares que se han presentado en este caso.³⁹

Además, el Relator Especial ha señalado que al igual que en otros contextos, las consultas sobre actividades de extracción o de otro tipo relacionadas con el desarrollo y que afecten a Pueblos Indígenas deben hacerse tan pronto como sea posible y

³⁷ A/HRC/18/42; página 22; párrafo 25

³⁸ E/C.19/2005/3; página 13; párrafo 46

³⁹ Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. *La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquis en Costa Rica*. 30 de mayo de 2011

en todas las etapas del proceso de adopción de decisiones y, en todo caso, antes de que se otorguen las concesiones a las empresas privadas.⁴⁰

La jurisprudencia constitucional colombiana ha señalado: Importancia crucial en el tema de la consulta previa tiene la determinación del momento en el cual debe hacerse. Al respecto, con base en el principio de la buena fe que informa el proceso consultivo, dice la Corte que la consulta debe ser oportuna, lo que quiere decir que debe hacerse con anterioridad a la adopción de la medida pues, una vez tomada la misma, la participación de la comunidades étnicas no tendría utilidad alguna en la medida en que no podrían influir en el proceso decisorio. Se trataría no de un proceso de consulta sino de una simple notificación de algo que ya ha sido decidido.⁴¹

Así mismo, la Corte dice que el procedimiento de consulta es, ante todo, un instrumento para garantizar la participación efectiva de las comunidades tradicionales en los asuntos que las afectan, a través de un escenario dirigido a garantizar sus derechos fundamentales. En tal sentido, simples trámites administrativos que tiendan a permitir el ejercicio del derecho a la defensa de las comunidades respecto a las medidas adoptadas, o esfuerzos extemporáneos por parte del Gobierno Nacional para cumplir con dicho procedimiento, no satisfacen el deber de consulta previa. Para la jurisprudencia constitucional, se está ante la extemporaneidad de la consulta previa, en el caso de las medidas legislativas, cuando esta se intenta una vez se ha iniciado el trámite de debate y aprobación en el Congreso.⁴²

4.3 Informado

El Mecanismo de Expertos sostiene que "Informado" significa que los Pueblos Indígenas deben contar con toda la información relativa a la actividad en cuestión y que esa información debe ser objetiva y exacta y estar presentada de forma que los pueblos indígenas la puedan comprender.⁴³

El Relator Especial ha destacado que para que los Pueblos Indígenas interesados puedan adoptar decisiones libres e informadas sobre el proyecto en consideración es necesario que reciban información objetiva y completa sobre todos los aspectos del proyecto que los afecta, incluidas las repercusiones del proyecto sobre su vida y su entorno. Con tal fin considera esencial que el Estado haga estudios sobre el

40 A/HRC/12/34; página 20; párrafo 54

41 Corte Constitucional de Colombia. CASO T-116/11 (24.02.2011)

42 Corte Constitucional de Colombia. CASO C-366/11 (11.05.2011)

43 A/HRC/18/42; página 22; párrafo 25

impacto ambiental y social a fin de que se puedan conocer todas las consecuencias que cabe prever. Los Pueblos Indígenas consultados deben conocer esos estudios de impacto en las primeras etapas de las consultas, tener tiempo suficiente para entender las conclusiones de los estudios y poder presentar sus observaciones y recibir información acerca de cualquier preocupación que planteen.⁴⁴

El Foro Permanente ha sido más específico al sostener: Informado debería implicar que se proporcione información que abarque (por lo menos) los siguientes aspectos: a. La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto; b. La razón o razones o el objeto u objetos del proyecto y/o actividad; c. La duración de lo que antecede; d. Los lugares de las zonas que se verán afectados; e. Una evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución. f. El personal que probablemente intervendrá en la ejecución del proyecto propuesto (incluidos los Pueblos Indígenas, el personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas); g. Procedimientos que puede entrañar el proyecto.

Destacamos la necesidad de que, para que efectivamente el consentimiento de los Pueblos Indígenas sea informado, el Estado debe entregar información completa y fidedigna sobre los alcances del proyecto que se pretende consultar incluyendo los impactos que se prevén ocasione; que dicha información sea entregada en el idioma propio de los consultados, en un formato accesible y de manera culturalmente adecuada; que los consultados dispongan del tiempo necesario para analizar con libertad la información entregada, contrastarla con otra que pudiere venir de fuentes independientes, a fin de que formen su propio criterio: que el Estado provea los recursos necesarios para que los consultados cuenten con la asesoría que consideren necesaria, escogida libremente por ellos.

La jurisprudencia constitucional colombiana ha sostenido que los mecanismos de participación no pueden limitarse a cumplir una simple función informativa” y no tiene el valor de consulta la simple notificación de la medida que se quiere adoptar. Lo anterior no quiere decir que la consulta previa excluya el proceso informativo, sino que no se debe limitar a él. En efecto, se ha indicado que, en la consulta previa, “los gobiernos deben proporcionarles información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente por los Pueblos Indígenas y Tribales”.... Esta información sobre la medida a adoptar debe incluir los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerla en ejecución y la manera como su ejecución

44 A/HRC/12/34; página 20; párrafo 50

puede conllevar una afectación a su identidad. Adicionalmente, la efectiva posibilidad de expresar la posición y de influir en la toma de decisiones, en algunos casos, requiere de “acciones dirigidas a ayudar a los referidos pueblos a adquirir el conocimiento y las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes”.⁴⁵

Un aspecto que debe ser tomado muy en cuenta al momento de entregar información a los Pueblos Indígenas dentro de un proceso de consulta es que dicha información esté en el idioma de los consultados a fin de que puedan comprenderla plenamente.

En ese sentido, la Ley de derecho a la Consulta previa de Perú⁴⁶ determina: Para la realización de la consulta, se toma en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas u originarios; particularmente, en áreas donde la lengua oficial no es hablada mayoritariamente por la población indígena. Para ello, los procesos de consulta deben contar con el apoyo de intérpretes debidamente capacitados en los temas que van a ser objeto de consulta, quienes deben estar registrados ante el órgano técnico especializado en materia indígena. (Art. 16)

Estudios realizados en diversas regiones del mundo señalan como un limitante para los procesos de consentimiento, que se brinde la información a las comunidades en términos que no les resulte familiares o incluso en idiomas poco entendidos.⁴⁷

El uso por parte de los Pueblos Indígenas de sus propios idiomas es un derecho estrechamente vinculado con el principio de interculturalidad⁴⁸ y con la libre determinación. La interculturalidad en los procesos de diálogo implica la necesidad de hacer un reconocimiento del 'otro', de su alteridad, de sus formas particulares

45 Corte Constitucional de Colombia. CASO T-116/11 (24.02.2011)

46 Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos originarios, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT. 31 de agosto de 2011.

47 El Forest People Program relata: En la reunión de AMAN y FPP realizada en Indonesia se escucharon testimonios de pueblos indígenas de Luzon, Mindoro y Mindanao dando detalles de tales abusos. Se señaló que las compañías y los funcionarios gubernamentales locales a menudo se retiraban con procedimientos de CPLI muy breves porque las comunidades no estaban seguras de sus derechos o del proceso debido requerido. Se señaló que hubo instancias en que la información se brindó en términos que no resultaban familiares e incluso en idiomas poco entendidos. (Forest People Program, 2007)

48 Algunos de los instrumentos internacionales que hacen referencia a la Interculturalidad, la diversidad cultural y los derechos culturales son la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural del 2 noviembre de 2001, en la cual se establece que la diversidad cultural es un imperativo ético inseparable del respeto de a la dignidad humana; la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales de 2005; la Declaración sobre los derechos de las personas perteneciente a minorías nacionales o étnicas, religiosas o lingüísticas del 18 de diciembre de 1992 que contiene el derecho general de las minorías étnicas a disfrutar de su propia cultura y de exigir a los Estados la protección de su identidad étnica y cultural, la obligación de los Estados para adoptar medidas tendientes a garantizar que las minorías étnicas o lingüísticas reciban instrucción en su propio idioma materno; la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios raciales del 27 de noviembre de 1978, la cual refiere al derecho a la libre determinación cultural de los pueblos, el derecho a la protección y preservación de la propia cultura y el derecho a no ser asimilado por otras culturas; entre otros. (Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos en México, 2011), la Convención sobre los Derechos del Niño que incluye un artículo sobre el respeto de la cultura del niño indígena (Art 30), 1989.

de expresión y sus sistemas valorativos para, con ello, establecer un terreno propicio a través del que se pueda cumplir con el principio básico del consentimiento libre, previo e informado. (Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos en México, 2011)

El Artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

4.4 Obtenido con buena fe

Los tres mecanismos de Naciones Unidas especializados en derechos de los Pueblos Indígenas, el Relator Especial, el Mecanismo de Expertos y el Foro Permanente han destacado esta característica del consentimiento.

El primero ha manifestado que Un esfuerzo de buena fe en pro de la adopción de decisiones por consenso implica para los Estados la necesidad de "desplegar esfuerzos para intentar generar consensos en cuanto a los procedimientos, de facilitar su acceso dándoles amplia difusión y de crear un clima de confianza con los Pueblos Indígenas que propicie un diálogo productivo". La instauración de un clima de confianza es particularmente importante en relación con los Pueblos Indígenas "por la desconfianza hacia las instituciones del Estado y el sentimiento de marginación que encuentran sus raíces en realidades históricas sumamente antiguas y complejas, y que no terminan de superarse aún".⁴⁹

El segundo, por su parte destaca que las consultas deben entablarse con buena fe y de forma adecuada al contexto, lo que requiere que se celebren en un clima de confianza mutua y transparencia.⁵⁰ Y el tercero de ellos ha dicho, refiriéndose a las consultas a los Pueblos Indígenas que: " Las partes deben establecer un diálogo que les permita hallar soluciones adecuadas en una atmósfera de respeto recíproco con buena fe, y una participación plena y equitativa."

La generación de un ambiente de confianza entre consultantes y consultados aparece como un factor clave para la construcción del consentimiento. Ese ambiente solo es posible en la medida de que se cultive el respeto mutuo fundado, por un lado, en el reconocimiento del carácter de sujetos de derechos que tienen los pueblos indígenas, y por otro lado en la apertura que éstos muestren para escuchar lo que el Estado tiene para proponer.

⁴⁹ A/HRC/12/34; página 19; párrafo 50

⁵⁰ (A/HRC/18/42; página 19; párrafo 9

Esto solo se puede lograr si es que el objetivo de las consultas es lograr el consentimiento libre, previo e informado. Si los consultados perciben que el objetivo es distinto, que no hay un genuino compromiso del Estado consultante de generar condiciones de acuerdo con los consultados, si se consultan decisiones ya tomadas e inamovibles y por tanto el resultado de la consulta es irrelevante, las consultas no son de buena fe⁵¹.

Estos cuatro requisitos clave del consentimiento de los Pueblos Indígenas: ser libre, ser previo, ser informado y haber sido alcanzado de buena fe, son indivisibles e inseparables. Se alcanzan en conjunto y solo pueden ser apreciables de esa manera.

51 Por ejemplo, el Protocolo para la Consulta Participativa a los pueblos indígenas del TPNIS. (24 de marzo de 2012), establece que uno de los objetivos de la consulta es establecer las mejores condiciones posibles para la construcción de la primera carretera ecológica de Bolivia..., lo que evidencia que la decisión de hacer la vía ya ha sido adoptada por el Estado Boliviano y el proceso de consulta que se realizaría no tendría por objeto sino validar tal decisión en las comunidades.

Quinta Sección

Fases o etapas del proceso de consulta conducentes al consentimiento

Avances legislativos y jurisprudenciales⁵² en varios países dan cuenta de la necesidad de formular procesos de consulta a los pueblos indígenas, formales y compuestos por etapas. Estas fases o etapas pueden ser⁵³:

1. Identificación de la medida administrativa, legislativa y/o de desarrollo que requiere ser consultada

De acuerdo con el Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y la Declaración, arts. 19, 32.2 el Estado tiene el deber de consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, incluyendo en relación con todo proyecto de desarrollo, inversión de infraestructuras, o exploración o explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas o susceptibles de afectar los derechos de los pueblos indígenas sobre estos territorios. Consecuentemente, la medida legislativa o administrativa prevista, que será materia de la consulta, debe estar perfectamente definida, individualizada y caracterizada. La caracterización deberá permitir a los sujetos consultados conocer, sin lugar a duda, el contenido y alcance de la decisión que se somete a consulta.

⁵² Por ejemplo, la Ley para el derecho a la Consulta Previa (Ley 29785) de Perú y la Sentencia 001-10-SIN-CC de 18 de marzo de 2010 pronunciada por la Corte Constitucional del Ecuador respecto a la inconstitucionalidad de la Ley de Minería

⁵³ En este punto seguimos a la Ley 29785 para el derecho a la Consulta Previa del Perú por ser el instrumento legal de más reciente aprobación en la región que aborda el tema.

Esto puede verse reflejado en la variedad de órganos y actores que adoptan este estándar, entre los que se encuentran no sólo los organismos del Sistema de las Naciones Unidas y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (como la CEACR, el CEDR, el Comité de Derechos Humanos y la CIDH), sino también los organismos multilaterales, como el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial, así como actores privados, como la Asociación Internacional de Productores de Petróleo y Gas, que han establecido estándares de derecho blando sobre el tema.

Sin embargo, es precisamente esta obligación la que ha sido violada de forma más grave y repetida por parte de los Estados. Prueba de ello son los múltiples pronunciamientos de la CEACR, en los que ha tenido llamado la atención a varios Estados por la omisión de consulta antes de autorizar exploraciones y explotaciones de recursos naturales, tales como proyectos petroleros, concesiones madereras, explotación minera de níquel, cultivos extensivos de palma aceitera y proyectos de ganadería, entre otros, ubicados en zonas habitadas por Pueblos Indígenas.⁵⁴

Así mismo, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que la omisión de consulta en casos de explotación y exploración de recursos naturales en los territorios indígenas atenta contra el derecho de las minorías étnicas a preservar su propia cultura, contemplado en el artículo 27 del PIDCP. En ese sentido, el comité ha realizado recomendaciones, en sus observaciones finales a países, indicando la necesidad de consultar este tipo de proyectos con las comunidades afectadas.⁵⁵ El CEDR también ha analizado la falta de consulta antes de emprender proyectos de este tipo, refiriéndose en particular a su recomendación general xxiii, en la cual exhorta a parte de los Estados a que “garanticen que los miembros de las poblaciones indígenas gocen de derechos iguales respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado”.⁵⁶ En la recomendación general xxiii, el CEDR resalta la necesidad de obtener el consentimiento informado antes de adoptar cualquier decisión que afecte a los Pueblos Indígenas sin mencionar explícitamente los proyectos de exploración y explotación.

⁵⁴ CEACR, (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones) *Observaciones Individuales sobre el Convenio 169: México, 1999; Ecuador, 2003; Bolivia, 2003, 2005 y 2006; Guatemala, 2006, 2007 y 2008; Colombia, 2007.*

⁵⁵ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *observaciones finales a: Guyana, 2000; Venezuela, 2001; Suecia, 2002; Surinam, 2004; Canadá, 2006.*

⁵⁶ CEDR (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial). *Recomendación General xxiii (51), sobre los derechos de las poblaciones indígenas, 1997, art. 4º(d).*

2. Identificación de los sujetos a ser consultados

Tanto el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT como el artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, determinan el deber de consultar a los pueblos que van a ser afectados por una medida legislativa o administrativa. El Convenio 169 puntualiza que se deberá consultar a los pueblos afectados directamente y mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas.

Consecuentemente, resulta crítico para el éxito de los procesos de consulta, que éstos vayan dirigidos a todos los pueblos que efectivamente resulten afectados por la medida que se pretende aprobar, respetando los mecanismos propios de convocatoria, diálogo y toma de decisiones.

A esto el Relator Especial ha señalado que los propios Pueblos Indígenas deberían contribuir a facilitar los procesos de consulta, mediante sus propios sistemas de toma de decisiones, identificando estructuras representativas claras que faciliten los procesos de consulta⁵⁷.

El Estado, a través de la entidad competente, deberá identificar con la participación de los Pueblos Indígenas y registrar quienes resultarán afectados por la medida sometida a consulta y por tanto deberá participar del proceso. Para hacerlo deberá definir el ámbito o nivel de impacto de la medida: si será focalizado a un espacio geográfico delimitado o si es una medida de alcance regional o nacional; y permitir que aquellos que se sientan afectados manifiesten las razones por las que consideran deben participar de las consultas. Para proyectos y/o programas de desarrollo esta área de afectación puede abarcar más de un pueblo indígena o un pueblo, más de dos comunidades de Pueblos Indígenas y/o una comunidad.

La Ley de Consulta Previa de Perú prevé que los Pueblos Indígenas u Originarios pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que considere que les afecta directamente. Al efecto deben remitir un petitorio a la entidad estatal responsable de ejecutar la consulta, la cual debe procedencia del petitorio. El acto que niegue el petitorio puede ser impugnado en vía administrativa y judicial. (Artículo 9)

En cambio, en Ecuador, el Instructivo para la Consulta Pre legislativa contempla un mecanismo de inscripción en el proceso de consulta al cual puede acceder

57 Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya: observaciones sobre la situación de los derechos de los Pueblos Indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales. párr. 50. Marzo, 2011.

cualquier comuna, comunidad, pueblo y nacionalidad indígena, pueblo afroecuatoriano, pueblo montubio y organizaciones de primer grado de los titulares de derechos colectivos, vinculados a los temas sustantivos a ser consultados. (Artículo 11)

3. Publicitar la medida administrativa o legislativa e informar sobre sus alcances y aplicaciones

Mediante medios adecuados (ver supra 4. 3) que garanticen, de manera material y no solo formal, el acceso a la información para los Pueblos Indígenas que pueden ser afectados por dicha medida. La información deberá ser provista en el idioma de los consultados y socioculturalmente apropiados, de manera completa, sencilla; incluyendo de ser el caso, los estudios realizados sobre el impacto ambiental y sociocultural, el documento de proyecto/programa y/o medida legislativa.

Así, por ejemplo, el Instructivo para la Consulta pre legislativa de Ecuador prevé que se publicitarán los temas a ser consultados en los idiomas de relación intercultural (Artículo 9). Dichos idiomas, de conformidad con el Artículo 2 de la Constitución de la República del Ecuador son el castellano, el kichwa y el shuar. Sin embargo, el mismo artículo constitucional establece que, los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los Pueblos Indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley. El Estado respetará y estimulará su conservación y uso.

Como analizamos en el apartado 4.3, la transmisión de información en el idioma propio de los pueblos consultados es un factor importante para el cumplimiento del principio de interculturalidad y la libre determinación de los pueblos, garantizados por los instrumentos internacionales.

4. Evaluación interna por parte de los Pueblos Indígenas consultados

El Artículo 7 del Convenio 169 de la OIT reconoce el derecho de los Pueblos Indígenas de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Por otro lado, la Declaración reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones (Art 18).

En consecuencia con este derecho, y los Pueblos Indígenas consultados deben tener la oportunidad de evaluar internamente, sin la interferencia del Estado o de agentes promotores de la decisión consultada, la información que se les provea. El proceso interno deberá tener el formato y la duración que decidan los pueblos de conformidad con sus modelos tradicionales y consuetudinarios de toma de decisiones. En el proceso, los pueblos consultados deberán poder contar con la asesoría técnica que requieran, provista por personas o entidades seleccionadas por ellos mismos y donde el Estado no tenga injerencia.

Este criterio se sigue en el Instructivo para la Consulta Pre legislativa de Ecuador que prevé que la discusión interna en los distintos niveles de organización de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano y pueblo montubio que participen, se realizará en base a sus costumbres, tradiciones y procedimientos internos de deliberación y toma de decisiones, sin que ninguna instancia ajena a éstas intervengan en el proceso interno. No obstante, las entidades participantes de la consulta podrán recabar opiniones técnicas y especializadas, si así lo requieren (Artículo 14).

5. La metodología de la consulta entre el Estado y los pueblos consultados

El Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT establece que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Consecuentemente, el diálogo enmarcado en las consultas debe estar orientado a construir el consentimiento de los pueblos consultados (ver supra II.II) Debe ser un diálogo abierto, sincero, de buena fe. Que aporte a crear un clima de confianza. (ver supra. IV) El diálogo positivo solo es posible en la medida en que el Estado esté dispuesto a modificar la decisión consultada para acomodarla a las propuestas de los consultados si con ello se obtiene el consentimiento, o desecharla si no se lo obtiene.

Como principio básico del consentimiento libre, previo e informado, todas las partes en un proceso de esta índole deben tener 'igualdad de oportunidades' para debatir cualquier acuerdo/ desarrollo/proyecto propuesto. Por 'igualdad de oportunidades' debe entenderse igualdad de acceso a los recursos financieros, humanos y materiales para que las comunidades debatan plena y significativamente en el idioma o idiomas indígenas que corresponda [...].⁵⁸

58 Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas (E/C.19/2005/3), aprobado por el Foro Permanente en su Cuarta Sesión en 2005, párr. 47

En términos generales, las normas internacionales conciben la consulta como un proceso de diálogo y negociación de buena fe, en el que las partes involucradas, Estado y pueblos indígenas, deben realizar esfuerzos para llegar a acuerdos sobre las medidas previstas⁵⁹. Si el Estado establece fehacientemente que la medida prevista se fundamenta en los intereses legítimos del Estado y de la sociedad en su conjunto, tanto la parte indígena como la parte estatal tienen la responsabilidad recíproca de entrar en un diálogo de buena fe sobre el proyecto, con miras a alcanzar acuerdos.

Se ha señalado que desde los estándares de derechos humanos no se encuentra una única metodología que indique cuáles son los pasos a seguir para garantizar la idoneidad de la consulta y la obtención del consentimiento libre, previo e informado. Sin embargo, los siguientes elementos coadyuvan a la gestación de procesos de consulta y aplicación de consentimiento libre, previo e informado:

- Realizar la consulta, con anterioridad a la aprobación de cualquier proyecto, de un “estudio previo de impacto social y ambiental”, llevado a cabo por “entidades independientes y técnicamente capaces” y directamente por una instancia competente del Estado, como garante de derechos.”⁶⁰
- La identificación clara del pueblo o Pueblos Indígenas afectados;
- El respeto de la cultura e identidad cultural de los Pueblos Indígenas;
- La participación de los pueblos indígenas en todas las etapas de la consulta;
- La identificación de los pueblos o comunidades indígenas posiblemente afectadas;
- El respeto a las autoridades tradicionales y consuetudinariamente representativas;
- El respeto a las formas propias de convocatoria y diálogo;
- El reconocimiento de que en los procesos de consulta los Pueblos Indígenas deben poder fijar sus propias condiciones y requisitos, exigir que el proyecto se ajuste a su concepción de desarrollo y que puedan plantear otras alternativas de desarrollo;
- Respetar sus propias formas de generar consensos, sus formas de desarrollar sus argumentos y la importancia de los símbolos e imágenes a través de las cuáles reflejan sus posiciones;
- Respetar los tiempos y ritmos que marcan sus propios procesos de toma de decisiones;

⁵⁹ A/HRC/12/34 (2009), párs. 39-40.

⁶⁰ Pueblo Saramaka v. Surinam, párr. 134.

- La obtención del consentimiento libre, previo e informado, de acuerdo con sus costumbres y tradiciones (en sus propias lenguas, de acuerdo a su tradición oral, en sus propios tiempos, etcétera);
- El reconocimiento a los pronunciamientos de derecho internacional sobre la necesidad de consultar a los Pueblos Indígenas sobre los proyectos que afecten la utilización, administración y conservación de los recursos existentes en sus tierras y territorios.
- El imperativo del principio de buena fe durante los procesos;⁶¹

5.1. Protocolos de Consentimiento Libre, Previo e Informado de los Pueblos Indígenas

Algunos Pueblos Indígenas han documentado sus propios procesos de consultas y protocolos de consentimiento libre, previo e informado, que especifican cómo debe buscarse su consentimiento de acuerdo a sus derechos consuetudinarios y prácticas propias. Estos protocolos señalan como deben ser consultados, cuáles son sus estructuras representativas, y la manera en que van a aceptarlo o rechazarlo⁶². El concepto del protocolo de las comunidades indígenas se promueve bajo protocolo de Nagoya de la Convención sobre Diversidad Biológica sobre acceso y distribución de beneficios.

Estos protocolos pueden extenderse para cubrir varias comunidades o pueblos y constituyen un ejercicio activo de sus derechos a la libre determinación. Donde las comunidades indígenas o pueblos, o grupo de comunidades o pueblos indígenas, tienen desarrollado protocolos como un ejercicio proactivo de su derecho a la libre determinación⁶³, el Estado y los terceros que respeten los Pueblos Indígenas, deben adherirse a los requisitos especificados en dichos protocolos. El Estado debe tomar en cuenta estos protocolos en la legislación y en el marco institucional garantizando una consulta y consentimiento culturalmente apropiados.

6. Adoptar la decisión que corresponda

Como lo señalan los Artículos 6 del Convenio 169 de la OIT y 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, la finalidad de los procesos de consulta es llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento libre, previo e informado acerca de las medidas propuestas.

⁶¹ Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos en México, 2012

⁶² Examples include the PFIC Manifesto of the Subanen of Zamboanga in Mindanao the Philippines and the Kitchenuhmaykoosib Inninuwug a Canadian first nation community in Northwestern Ontario.

⁶³ In the case of the Subanen of Zamboanga the protocol covered most of the Subanen communities of the Subanen people who number approximated 3000.000 in total.

Las consultas a los Pueblos Indígenas, por tanto, deben ir orientadas a obtener el consentimiento libre, previo e informado. Si se lo obtiene, la autoridad pública competente adoptará la decisión acomodándola de acuerdo a los cambios propuestos por los consultados para posibilitar el consentimiento. Si éste no se obtiene, el proceso resulta trunco e ineficaz y no puede darse por concluido. El Estado deberá acordar con los consultados un tiempo adecuado para reiniciar el diálogo o desechar la decisión que no obtuvo consentimiento.

La CEDR al respecto, ha puesto de relieve en varias observaciones finales a los Estados que recomienda la necesidad de obtener dicho consentimiento. Ejemplo de lo anterior es la observación final que realizó el CEDR a Ecuador en el 2003, en la que anotó que, [...] en cuanto a la explotación de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de las comunidades indígenas, el comité observa que con la mera consulta a estas comunidades antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la recomendación general xxiii del comité, relativa a los derechos de las poblaciones indígenas. El comité recomienda, pues, que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa.⁶⁴

⁶⁴ CEDR, *Observaciones finales a Ecuador, 2003*, párr. 16; véase también CEDR, *Observaciones finales a Surinam, 2004*.

El derecho de los pueblos indígenas a dar su consentimiento libre, previo e informado se reconoce y afirma en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, pero han surgido dudas en torno a su aplicación. En vista de la importancia de esas preocupaciones, el Foro Permanente ha decidido asignar prioridad a la cuestión del consentimiento libre, previo e informado. Por consiguiente, en el marco de su labor futura, el Foro Permanente considerará la posibilidad de elaborar directrices sobre la aplicación del consentimiento libre, previo e informado. El Foro Permanente procurará hacerlo en colaboración con el Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas y el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, que tienen el mandato expreso de ocuparse de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Esta iniciativa y las que se mencionan inmediatamente a continuación son plenamente compatibles con los artículos 38, 41 y 42 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Recomendación 37 de la Decima Sesión del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas.