

**BMZ**



Ministerio Federal de  
Cooperación Económica  
y Desarrollo



**Diseñadores de futuro**  
Forjamos el futuro.  
Unamos nuestras fuerzas.



**Fortalecimiento de organizaciones indígenas en América Latina,  
PROINDIGENA**

## **El derecho a la consulta previa:**

**Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina**

Publicado por

**giz** Deutsche Gesellschaft  
für Internationale  
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH



# Índice

<b>Resumen</b>	<b>5</b>
<b>1. Introducción: Sobre la relevancia de la consulta previa</b>	<b>10</b>
<b>2. Marco jurídico y normas internacionales, regionales y nacionales</b>	<b>13</b>
2.1. Derecho internacional	13
2.1.1. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989)	13
2.1.2. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)	14
2.1.3. Tratados internacionales de derechos humanos	16
2.1.4. Otros mecanismos de las Naciones Unidas	16
2.2. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos	17
2.2.1. Caso: Saramaka vs. Surinam (Inter-American Court of Human Rights 2007)	17
2.2.2. Caso: Sarayaku vs. Ecuador (Inter-American Court of Human Rights 2012)	19
2.3. Otras normas internacionales y transnacionales	21
2.3.1. Directrices de instituciones financieras internacionales	21
2.3.2. Declaraciones de compromiso voluntario de empresas transnacionales	22
2.4. La legislación nacional y la jurisprudencia en los Estados latinoamericanos	22
2.4.1. Perú: La primera Ley de Consulta Previa de América Latina	24
2.4.2. Otras iniciativas legislativas sobre el derecho a la consulta	27
<b>3. La consulta previa en la práctica: déficits, desafíos y conflictos</b>	<b>32</b>
3.1. Una idea general sobre las prácticas consultivas en países latinoamericanos	32
3.2. Conflictos por la consulta previa en proyectos de explotación de recursos y de infraestructura	35
3.3. Una expresión de la oposición: Consultas/encuestas auto-organizadas por la población local	38
<b>4. Ejemplos de buenas prácticas de Bolivia, Colombia y México</b>	<b>39</b>
4.1. Bolivia: Consulta sobre exploración gasífera en Charagua Norte	39
4.2. Colombia: Consulta sobre el decreto sobre reparación y restitución de tierras a pueblos indígenas	40
4.3. México: El caso Cherán	42
<b>5. Consulta previa y cooperación al desarrollo</b>	<b>44</b>
<b>6. Lecciones aprendidas y recomendaciones</b>	<b>46</b>
<b>7. Bibliografía</b>	<b>51</b>
<b>Anexo: Lista de participantes del simposio de la RELAJU</b>	<b>53</b>

# Prólogo de las autoras<sup>1</sup>

La consulta previa se ha convertido en uno de los temas centrales en las relaciones entre los Estados latinoamericanos y los pueblos indígenas que los habitan. El abordaje de este tema de palpitante actualidad y a la vez muy conflictivo es de suma importancia e implica un gran desafío, debido a sus complejas repercusiones jurídicas, políticas, sociales, ecológicas y económicas.

En el ámbito de las políticas latinoamericanas en materia de recursos naturales e infraestructura, la consulta previa se convirtió en el foco de interés. En este contexto cabe cuestionarse sobre todo hasta qué punto estos procesos pueden contribuir a proteger los derechos de la población afectada, evitar o transformar los conflictos a largo plazo y mantener un impacto ambiental negativo bajo.

En muchos países del mundo existen planteamientos similares. Sin embargo, las experiencias con la consulta previa son más amplias en América Latina, en virtud de los grandes avances logrados en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Estamos convencidas de que se requiere un esfuerzo intenso y bien coordinado de todos los involucrados para acercarnos más al logro de estos objetivos en el futuro. La presente publicación va dirigida a una amplia gama de actores, principalmente políticos, ministerios, empresas, representantes y organizaciones indígenas, instituciones y cooperantes de la cooperación para el desarrollo, organizaciones no gubernamentales, como también científicos e institutos de investigación. Esperamos que esta publicación contribuya a un intercambio más intenso, abierto y crítico, como también al estrechamiento de las relaciones de cooperación entre estos grupos de actores, trascendiendo fronteras y continentes.

Expresamos nuestro más sincero agradecimiento a la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), especialmente al programa regional PROINDIGENA, fomentado por el Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo (BMZ), por la enriquecedora cooperación. Colegas en Alemania, como también colaboradores in situ, con sus útiles comentarios y experiencias prácticas, aportaron una valiosa contribución a la presente publicación. También agradecemos al BMZ por el apoyo al simposio internacional ejecutado por el GIGA (German Institute of Global and Area Studies) sobre el tema de la consulta previa en los países andinos, que tuvo lugar del 24 al 27 de octubre 2012 en Bolivia, en el marco del VIII Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU). En esta publicación se incluyó gran parte del intercambio de información, de resultados de investigaciones y de reflexiones a ser profundizadas, con expertos latinoamericanos, europeos, canadienses y norteamericanos sobre el tema de la consulta previa. Por lo tanto, agradecemos especialmente a los ponentes del simposio de la RELAJU, muchos de los cuales no solo se dedican intensamente a la temática de los derechos de los pueblos indígenas desde el ángulo científico, sino que, con su involucramiento, también contribuyen a mejorar las prácticas concretas en la región.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Dra. Almut Schilling-Vacaflor, es socióloga y antropóloga en el GIGA Institut für Lateinamerika-Studien de Hamburgo. Sus enfoques temáticos se centran en los siguientes ámbitos: países andinos, pueblos indígenas, derecho y sociedad, participación y gobernanza de recursos naturales. Contacto: <schilling@giga-hamburg.de>

Riccarda Flemmer, M.A. (Máster), es politóloga y estudiante de doctorado en la Universidad de Hamburgo y en el GIGA Institut für Lateinamerika-Studien. Sus enfoques temáticos se centran en los conflictos por los recursos naturales, los derechos de los pueblos indígenas y las consultas previas en la Región Amazónica. Contacto: <riccarda.flemmer@giga-hamburg.de>

<sup>2</sup> En el anexo se encuentra una lista de participantes del simposio y de sus ponencias.

# Resumen

La consulta previa es un elemento importante del derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación. Tiene por objeto garantizar a estos grupos, que siguen siendo desfavorecidos y a menudo discriminados, la coparticipación en todas las decisiones administrativas y legislativas que los afecten. Ello incluye la integración de los pueblos indígenas en la elaboración e implementación de leyes y normas que les atañen, en programas y proyectos de desarrollo, como también en todo tipo de proyectos de explotación de recursos y de infraestructura en sus territorios. La institucionalización y ejecución exitosa de la consulta no solo promete la salvaguardia de los derechos humanos, sino también una mayor legitimidad de las decisiones políticas, como también la prevención y/o transformación de conflictos. Por ende, la consulta previa es especialmente relevante para la cooperación al desarrollo, en virtud de que ofrece la oportunidad de mejorar las condiciones de vida de los pueblos indígenas.

El derecho a la consulta y su versión más enfática, el derecho al consentimiento previo, libre e informado (CPLI) se fueron convirtiendo en los últimos años en el centro de atención en todo el mundo. Sobre todo debido a los elevados precios de los metales, el petróleo y el gas en los mercados mundiales, y al aumento de los proyectos de explotación de recursos, se incrementó también el número y la intensidad de los conflictos ambientales y por los recursos con la población afectada. En muchos casos, se afectan los espacios vitales de los indígenas y, con ello, surge la pregunta acerca de hasta qué punto son compatibles las especiales formas de vida de los pueblos afectados con estas vastas intervenciones. Muchas veces, la ejecución de estos proyectos implica un perjuicio e incluso una amenaza para los medios de subsistencia y la identidad cultural de las comunidades locales. En este contexto, la consulta previa y el consentimiento informado tienen por objeto garantizar que no se violen los derechos humanos de los pueblos indígenas afectados. No obstante, debido a la gran importancia estratégica y económica de los proyectos de explotación de recursos y de infraestructura, el derecho de coparticipación de la población local afectada solo se aplica esporádicamente de forma debida.

En América Latina existen las más amplias experiencias con respecto a la estructuración y aplicación del derecho a la consulta previa y al consentimiento informado. Ello se debe principalmente a que allí existe el mayor avance en cuanto al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, también en América Latina sigue existiendo un gran desafío, debido a que la concreta estructuración política, jurídica e institucional crea controversia. Todos los países latinoamericanos —salvo Perú— carecen de leyes sobre el derecho a la consulta previa, y las normativas existentes casi siempre fueron sancionadas pasando por alto a los pueblos indígenas (como p. ej. en Chile, Ecuador y Colombia). Sin embargo, la elaboración no conjunta de normas jurídicas sobre el derecho a la consulta previa hizo que la aplicación de las mismas en la práctica fuera muy dificultosa, e incluso imposible. Por ende, una conclusión importante es que las leyes y normas que rigen la consulta previa deberían emanar de procesos de consulta que también tomen en cuenta las organizaciones indígenas representativas de los respectivos países.

Sin embargo, las normas meramente jurídicas no pueden solucionar la problemática y los conflictos de interés vinculados con el derecho a la consulta previa. Se trata también de interrogantes políticos muy controvertidos: *¿Qué grupos tienen derecho a la consulta en casos concretos? ¿En qué medida se diferencia el derecho de los pueblos indígenas a la consulta del de otros grupos poblacionales? ¿Qué instituciones deberían llevar a cabo las consultas? ¿En qué casos debería aplicarse el derecho al consentimiento previo y no solamente el derecho a la consulta previa? ¿Cómo deben desarrollarse concretamente los procesos de consulta? y ¿Cómo se toma la decisión definitiva, sobre todo en los casos en los que no se llega a acuerdo ni consenso alguno?*

## Marco jurídico

La base jurídica del derecho a la consulta es el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989. Hasta finales de 2012, 22 Estados (15 de América Latina) ratificaron el convenio, quedando así obligados a implementar la consulta previa. A partir de la aprobación del Convenio 169, se multiplicaron las normas internacionales sobre este tema. Por ejemplo, el derecho a la consulta está contemplado en las directrices de importantes organizaciones internacionales (p. ej.: CFI, Banco Mundial, BID, organizaciones de la cooperación para el desarrollo) y en declaraciones de compromiso voluntario de empresas transnacionales. Sin embargo, es de especial importancia la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, del 2007, la cual, si bien no constituye un instrumento jurídicamente obligatorio, tiene un gran efecto vinculante. Esta declaración trasciende lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, al exigir el consentimiento previo, libre e informado de pueblos y comunidades con respecto a las medidas que los afecten.

Así, una consulta previa debe cumplir con los siguientes criterios mínimos:

- marcada por el respeto y la confianza, sin coerción, intimidación ni manipulación;
- ejecución con anterioridad a la implementación de la medida planificada;
- participación de personas e instituciones representativas de los afectados;
- incorporación de normas y procedimientos propios (o sea, usos y costumbres) de los grupos consultados;
- información completa y verídica;
- pertinencia cultural y social;
- objetivo: alcanzar un acuerdo o consentimiento.

El derecho a la consulta y, en general, el rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos fueron adoptados en numerosas Constituciones latinoamericanas. En muchos países, los tribunales constitucionales y las legislaciones nacionales contribuyeron a la concreción de directrices internacionales sobre consulta previa y CPLI. Sin embargo, las interpretaciones del significado del derecho a la consulta y/o del derecho al consentimiento informado, difieren entre sí y, en parte, hasta son contradictorias. En algunos casos, los pueblos afectados apelaron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), la cual en numerosos fallos abordó el alcance del derecho a la consulta/al consentimiento previo.

Los casos más importantes tratados por la CorteIDH en relación al derecho a la consulta son *Saramaka vs. Surinam* (2007) y *Sarayaku vs. Ecuador* (2012). En ambos casos se trataba de la falta de consulta previa en actividades de explotación de recursos naturales en territorios indígenas y la Corte falló a favor de los grupos indígenas demandantes. Los fallos de la Corte establecen que estas actividades deben suspenderse hasta tanto se consiga el consenso y/o consentimiento de las comunidades locales afectadas. Ambos Estados fueron sentenciados a pagar considerables sumas por reparación. Son algunos los proyectos de explotación de recursos y de infraestructura que tuvieron que suspenderse, o abandonarse del todo, como consecuencia de los procesos judiciales por violación del derecho de consulta en los últimos años. Entre ellos se encuentran proyectos en Argentina, Brasil, Chile, Guatemala, Ecuador y Colombia.

## Experiencias prácticas en América Latina

No obstante las obligaciones jurídicas de los Estados latinoamericanos, la aplicación práctica del derecho a la consulta previa es inexistente o dista mucho de cumplir con los criterios mínimos establecidos. Los grupos poblacionales afectados a menudo recién se enteran de los proyectos de explotación de recursos o de infraestructura al inicio de la obra en sus espacios vitales, o bien cuando dichos proyectos son declarados legales, una vez que algunos representantes indígenas, mediante manipulaciones (p. ej. corrupción), dan su consentimiento.

Las experiencias prácticas más interesantes relativas al derecho a la consulta se encuentran en Colombia y Bolivia, aunque la calidad de las consultas llevadas a cabo a menudo es cuestionable. En Colombia se concertaron más de un centenar de consultas previas, pero la información acerca de los procedimientos y sus resultados son apenas accesibles y poco transparentes. Las críticas recurrentes son el rol excesivo de las empresas, la gran presión de tiempo y el poco poder real de decisión de los grupos consultados.

En Bolivia, el país que a escala mundial más ampliamente reconoce los derechos de los pueblos indígenas a partir de la nueva Constitución (2009) y que se denomina Estado plurinacional, se llevaron a cabo, solamente en el sector gasífero, más de 20 consultas. En todos los demás ámbitos no se realizaron consultas hasta ahora. El análisis de los procesos es muy revelador, sobre todo en relación a los desafíos prácticos en la ejecución de las consultas y a los posibles enfoques para la superación de los mismos. Entre las mayores dificultades en Bolivia se encuentra la poca objetividad de la información transmitida sobre los proyectos previstos y sus impactos — información que a menudo no coincide con la perspectiva de las comunidades locales—, los conflictos en la negociación de las compensaciones por los efectos negativos previstos, como también las disputas internas de las organizaciones y comunidades indígenas, y los litigios por la propiedad de la tierra. La división de opiniones acerca de los proyectos planificados en la población local representa, por lo general, un serio obstáculo para las consultas, para el cual no existen soluciones sencillas. Sin servicios de mediación existe el riesgo de polarización y de escalada de conflictos.

En general, se vislumbra el riesgo de que las experiencias negativas con la consulta previa puedan llevar a un rechazo generalizado por parte de la población afectada. Se desperdiciaría entonces la oportunidad de utilizarla como instrumento para la resolución pacífica de conflictos.

Muchos grupos consultados de América Latina expresaron, por ejemplo, su descontento porque sus deseos y necesidades se ignoran o no se toman del todo en cuenta en la implementación de las actividades planificadas. El objetivo de estos grupos afectados es ser incorporados efectivamente en los procesos de toma de decisiones desde el inicio hasta el final de las actividades, para así poder ejercer el control sobre el desarrollo de las mismas. Sin embargo, debido a las experiencias negativas, algunos de esos grupos consideran que las consultas estatales son formalismos vacíos de contenido y organizan consultas y/o encuestas por sí mismos. Estos procesos denominados auto-consultas también tienen por objeto ejercer presión para incrementar la participación en los beneficios de la población local. Casi siempre, estos actos simbólico-políticos de oposición se llevan a cabo en forma de encuestas y votación de los afectados.

Las empresas reconocen cada vez más que se requiere el apoyo de las comunidades locales para ejecutar proyectos exitosamente. Una suspensión —aunque solo sea temporal— de dichos proyectos por protestas, litigios y otras formas de resistencia reduce las ganancias. Los conflictos con la población local pueden también dañar la reputación de la respectiva empresa, lo cual implica riesgos respecto de la financiación y la obra, si los proveedores de fondos y los accionistas se retiran.

## Ejemplos de buenas prácticas de Bolivia, Colombia y México

Resulta complicada la búsqueda de buenas prácticas de consultas previas. Mientras que gobiernos como Canadá, Colombia y Bolivia presentan las consultas realizadas en sus países como ejemplos exitosos, dichos procesos son calificados como deficientes por las organizaciones indígenas involucradas y por las ONG. Sin embargo, algunas consultas son catalogadas como relativamente exitosas por los consultados. Aunque las consultas en su totalidad no puedan ser consideradas exitosas, las mismas contienen elementos por medio de los cuales se destacan positivamente de otros procesos, pudiendo ser consideradas como ejemplos con fines de aprendizaje.

En la presente publicación presentamos una consulta previa de Bolivia sobre actividades gasíferas planificadas, una de Colombia sobre una iniciativa legislativa y una de México sobre el gobierno de una comunidad indígena conforme a los propios usos y costumbres. Entre las características positivas de estos procesos se encuentra el carácter proactivo de los consultados y la influencia de estos en las decisiones políticas adoptadas, la completa información recibida o averiguada por ellos mismos, como también las discusiones inclusivas y exhaustivas dentro de los grupos poblacionales afectados. La apertura de las instancias estatales involucradas, tanto en relación al proceso como también a los resultados tendientes a lograr compromisos con los grupos de la población afectada fue, en todos los procesos, una condición necesaria. También el plazo suficiente para la ejecución del proceso y la adaptación flexible al contexto respectivo fueron factores importantes para la implementación exitosa.

## Lecciones aprendidas y recomendaciones

Con base en el análisis de las experiencias ganadas y las dificultades surgidas hasta el momento con la consulta previa, el estudio formula las siguientes recomendaciones para que el derecho a la consulta previa sea efectivamente estructurado y aplicado.

### 1) Fortalecimiento de la multiparticalidad y las competencias de las instituciones estatales competentes

Las autoridades estatales a cargo de la ejecución de la consulta previa deberían ser multiparticiales y deberían ser consideradas legítimas por todas las partes. Deberían estar dotadas de recursos financieros y logísticos suficientes, como también de personal con entrenamiento intercultural.

### 2) Ejecución de “meta-consultas” legítimas

Para que las normas que reglamentan la consulta previa sean reconocidas por la población indígena como legítimas, las mismas deberían ser, de por sí, el producto de consultas apropiadas.

### 3) Reducción de asimetrías de poder en las consultas

Para hacer posible un verdadero diálogo intercultural en pie de igualdad, deberían adoptarse medidas para nivelar las asimetrías de poder entre grupos de la población local/organizaciones indígenas, instituciones estatales responsables y empresas.

### 4) Plazos apropiados y continuidad del proceso

La presión de tiempo reduce la calidad de la consulta y tiene un efecto contraproducente a largo plazo, pues aumenta el riesgo de posteriores conflictos. Se recomienda la creación de plataformas de diálogo para todo el período del proyecto.



**5) La consulta no debe entenderse como un formalismo**

Es necesario que las instancias a cargo de la consulta estén dispuestas al compromiso. Si los grupos consultados perciben que sus perspectivas e intereses no se incluyen en las decisiones definitivas, los mismos rechazan el proceso implementado. Se corre el riesgo de que los conflictos se desplacen a espacios informales y escalen de manera violenta.

**6) Mayor control de las actividades de las empresas**

Las actividades de las empresas en territorios indígenas deberían ser sometidas a un mayor control y, en caso de infracción, sancionadas consecuentemente. Al respecto, el establecimiento y la implementación institucional sistemática de mecanismos de monitoreo son de crucial importancia.

**7) Mejoramiento de la calidad y la difusión de la información**

Debería garantizarse que la información facilitada en la consulta sea de calidad y equilibrada. Ello incluye la inclusión del “conocimiento de los expertos”, como también de las formas locales de conocimiento y comunicación.

**8) Negociación y administración transparentes de las compensaciones y la participación en los beneficios**

Las negociaciones de los pagos por compensaciones deberían llevarse a cabo de manera transparente e inclusiva. También debería controlarse el cumplimiento de los acuerdos por parte de las empresas y la distribución equitativa de los fondos en las comunidades indígenas.

**9) Ejecución de la consulta según el contexto y la cultura**

La sensibilidad intercultural en la consulta previa es extremadamente necesaria. Por ende, deben fortalecerse los conocimientos de las instituciones estatales competentes, sobre culturas, valores, concepciones y prácticas indígenas/locales.

**10) Relativización de la importancia de las industrias extractivas**

La extracción de recursos no siempre es el camino correcto para el desarrollo de una región. Sobre todo, si la misma conlleva costos ecológicos y sociales muy elevados, debería pensarse en alternativas posibles.

# 1. Introducción: Sobre la relevancia de la consulta previa

“What indigenous peoples are being asked to do at best is to consent to a project that they haven’t had helping to define. [...] The idea is that indigenous peoples dispose of a range of options to choose and not just simply predetermined projects that are presented to them. So the option is really limited at best to accepting it or resisting it.”

(James Anaya, Eschborn, 5.7.2012)

Los pueblos indígenas en América Latina son marginados en múltiples aspectos. En la realidad social de los países, los integrantes de los pueblos indígenas a menudo se ven confrontados con prejuicios, discriminación y exclusión y viven, en mayor proporción que la media, por debajo del umbral de pobreza. Además, los intereses indígenas por lo general están subrepresentados. Con unas pocas excepciones, como p. ej. en Bolivia, hay muy pocos representantes indígenas en los parlamentos y gobiernos de los países. Los Estados de la región se caracterizan, de manera compleja, por una cultura mestiza mayoritaria, la cual en gran medida influye en la concepción de las decisiones políticas. A menudo, los medios de subsistencia, los territorios ancestrales y la identidad cultural de los pueblos indígenas son menoscabados, e incluso amenazados, por medidas que dejan de lado sus intereses. Para contrarrestar esta vulneración de los derechos y estos prejuicios, el derecho internacional exige que se consulte a los pueblos indígenas sobre medidas administrativas y legislativas que les afecten.

El objetivo de la consulta previa es la elaboración de normas con las que la población indígena afectada esté de acuerdo. Conforme al derecho internacional, debe aspirarse a acuerdos y/o al consentimiento de los consultados, pero el logro de este objetivo no es imperativo en todos los casos. En los casos en que es obligatorio llegar a un consenso entre consultantes y consultados antes de ejecutar una medida, se habla del derecho al consentimiento previo, libre e informado (CPLI). El derecho al CPLI puede ser entendido como versión enfática del derecho a la consulta.

La base jurídica del derecho a la consulta es el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989. Hacia finales de 2012, 15 Estados de América Latina (como también otros 7) ratificaron el convenio, quedando así obligados a implementar la consulta previa.<sup>3</sup> La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de 2007, trasciende lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, al exigir el consentimiento previo, libre e informado de pueblos y comunidades con respecto a las medidas que los afecten. Si bien la declaración no constituye un instrumento del derecho internacional, la misma tiene un gran efecto vinculante y muchas veces se la utiliza para la interpretación jurídica.

## Protección de los derechos humanos y el derecho a la autodeterminación

El derecho a la consulta y/o al consentimiento previo de los pueblos indígenas es la expresión del reconocimiento de los mismos como pueblos autónomos dentro de un territorio nacional soberano. De ello se deriva el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación en todo lo que concierne a sus formas de vida. El reconocimiento como pueblo con derechos a la autodeterminación es un gran logro en relación a la superación histórica del dominio colonial, el cual discriminaba a los pueblos indígenas no solo como ciudadanos de segunda clase, sino que los privaba de su autonomía cultural. El derecho a la consulta tiene por objeto asegurar tanto los medios de subsistencia como la supervivencia de los pueblos indígenas, según las propias concepciones culturales.

El derecho a la consulta y al consentimiento informado es, conforme a la concepción jurídica imperante, un derecho humano colectivo de los pueblos indígenas.<sup>4</sup> A la vez, el derecho a la consulta y/o al consentimiento previo garantiza otros derechos humanos individuales y colectivos de dichos pueblos. Los integrantes de los pueblos indígenas en muchos lugares son perjudicados en el ejercicio de sus derechos humanos cívico-políticos (como p. ej., el derecho al voto, a la libertad de expresión, a la libertad de culto, o al acceso a la justicia), como también de sus derechos económicos, sociales y culturales (como el derecho a la ob-

<sup>3</sup> Estos son Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Colombia, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela.

<sup>4</sup> Todavía no existe un convenio internacional de derechos humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas; en la jurisprudencia y en la literatura jurídica, el derecho a la consulta es interpretado cada vez más como un derecho humano – como, p.ej., la Corte Constitucional colombiana (Due Process of Law Foundation 2011: 54ff) y autores como McGee (McGee 2009: 570-571), que la denominan “derecho humano fundamental”.

tención de ingresos, a condiciones laborales justas, al agua, a la salud o a la educación). Más difícil aún es a menudo la salvaguardia de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, como el derecho a sus territorios ancestrales, a un medio ambiente intacto, a la identidad cultural y, no menos importante, a la autodeterminación. La consulta previa sirve como medio para salvaguardar y garantizar estos derechos.

### Fomento a la democracia

La ejecución de consultas previas apropiadas y la consecución de acuerdos y/o la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas y las comunidades locales tienen por objeto propiciar negociaciones transparentes y efectivas entre poblaciones indígenas, representantes gubernamentales y actores privados. Mediante la incorporación de cuestiones y demandas indígenas en la política, han de mejorarse la calidad democrática y la legitimidad de las decisiones estatales. El objetivo es armonizar los intereses locales con los nacionales. A largo plazo, la consulta previa puede llevar a un régimen de “justicia negociada” (negotiated justice) (véase Szablowski 2010).

### Prevención y transformación de conflictos sociales

La consulta previa es considerada a menudo un mecanismo para la prevención y transformación de conflictos. Las consultas sobre proyectos de explotación de recursos o sobre grandes proyectos de infraestructura son importantes y a la vez particularmente conflictivas, debido a que dichos proyectos pueden tener consecuencias económicas, sociales y ecológicas de largo alcance y, a menudo, se implementan en regiones habitadas por pueblos indígenas.

Así lo constató el anterior relator especial de las Naciones Unidas Rodolfo Stavenhagen: „[S]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la



Bolivia: miembros de una comunidad indígena bloquean una carretera (imagen: Nicolas Pousthomis)

*desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia.*“ (citado en Corte Interamericana de Derechos Humanos 2007: 43).<sup>5</sup> Para garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas en la implementación de grandes proyectos que les afecten, deben llevarse a cabo tres mecanismos de protección: la ejecución de consultas previas apropiadas, la ejecución de estudios de impacto ambiental y social fiables y la negociación de una participación justa en los beneficios. Para informar a los grupos poblacionales no indígenas afectados acerca de los proyectos de explotación de recursos y de infraestructura, y proteger sus derechos, están previstas adicionalmente negociaciones individuales con propietarios privados y mecanismos de participación ciudadana para la población en general (véase Cuadro 1).

La consulta debe permitir que se visibilicen los temores y reparos de la población local ante las medidas planificadas y que se desarrollen soluciones conjuntas. Se pueden encontrar o fomentar estas soluciones, por ejemplo, transmitiendo o generando información detallada sobre los proyectos y complementando la información estatal con el conocimiento de expertos y perspectivas locales. Las partes involucradas pueden consensuar, por ejemplo, en las negociaciones, la introducción de mecanismos de control rigurosos, cambios en las medidas previstas, o la participación

en los beneficios previstos de los proyectos planificados (véase United Nations Interagency Framework Team for Preventive Action 2010; Laplante/Spears 2008). Aparte de la elaboración de soluciones socialmente sostenibles, la ejecución de consultas apropiadas promete concebir proyectos que tomen en consideración la protección del medio ambiente y la conservación de la diversidad biológica en las regiones afectadas (Barstow/Bagrow 2008).

Para los Estados, la obligación de ejecutar consultas previas significa, sin embargo, una carga —muchas veces desagradable—. De este modo, la adopción de medidas legislativas (como p. ej., nuevas leyes) y administrativas (como p. ej., proyectos de explotación de recursos y de infraestructura), como también de planes y proyectos de desarrollo, ya no queda exclusivamente a discreción de gobiernos y parlamentos. Estos más bien deben esmerarse en tomar decisiones conjuntas, en el marco de un diálogo intercultural con los pueblos indígenas. Estos procesos lentifican la burocracia del Estado, son costosos, abren un espacio para el debate crítico y demandan el empleo de personal estatal. Por otro lado, una institucionalización y ejecución exitosa de la consulta prometen una mayor legitimidad de las decisiones políticas, mejores relaciones entre los organismos del Estado y los pueblos indígenas, garantizar los derechos humanos fundamentales de las comunidades afectadas, como también prevenir o transformar conflictos.

#### **Cuadro 1: Mecanismos de participación ciudadana por César Gamboa<sup>5</sup>**

El desarrollo de un proyecto energético implica un “relacionamiento” con la población local, pudiéndose afectar sus derechos dependiendo del tipo de obra o construcción. En ese sentido, son tres las formas en que se relaciona la población local con una inversión:

1. Mediante procesos de consulta previa, libre e informada cuando se trata de pueblos indígenas, especialmente comunidades nativas y campesinas (Convenio N° 169 de la OIT);
2. Mediante la negociación entre el concesionario y el propietario local de un predio o una comunidad, cuando se afecta algún derecho en particular por la construcción y desarrollo de la obra (lucro cesante o daño emergente); y,
3. Mediante el ejercicio del derecho a la participación ciudadana en materia ambiental durante el desarrollo del proyecto.

César Gamboa en su manuscrito “La relación de la consulta con la gestión ambiental y social de inversiones” presentado para el VIII. Congreso de RELAJU en Sucre – Bolivia, 24. - 26.10.2012.

<sup>5</sup> César Gamboa es Director Ejecutivo de la ONG peruana DAR - Derecho, Ambiente y Recursos Naturales.

## 2. Marco jurídico y normas internacionales, regionales y nacionales

“La consulta previa a pueblos indígenas y grupos étnicos se ha convertido en uno de los temas más difíciles y controvertidos del derecho nacional e internacional de los derechos humanos. En efecto, en apenas dos décadas, desde la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989, pasó de ser un asunto relativamente especializado e invisible a ser el objeto de conflictos jurídicos, políticos y sociales en los que se juegan tanto intereses económicos como la supervivencia de pueblos indígenas y otras comunidades étnicas alrededor del mundo.”

(Rodríguez Garavito/Morris 2010: 11)

### 2.1. Derecho internacional

Las normas del derecho internacional sobre la consulta previa se multiplicaron en las últimas dos décadas. Entre estas se encuentran normas jurídicamente imperativas (hard law) como el Convenio 169 de la OIT, como también diversas normas catalogadas como soft law que no son jurídicamente imperativas. Entre estas últimas, se encuentra la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, las recomendaciones del relator

especial de las Naciones Unidas y, en sentido amplio, las directrices de las organizaciones internacionales (p. ej.: CFI, Banco Mundial, BID, organizaciones de la cooperación para el desarrollo) sobre consultas, ante medidas que puedan afectar a los pueblos indígenas.

#### 2.1.1. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989)

El Convenio 169 de la OIT establece la obligación de los Estados de ejecutar la consulta previa antes de la adopción de medidas legislativas y administrativas, antes de la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales y antes de la autorización de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas (Art. 6, 7 y 15 del Convenio; véase Tabla 1). En respuesta al pedido de numerosos actores estatales y no estatales, la OIT publicó una guía para la aplicación del Convenio 169, en la cual se especifican adicionalmente las características más importantes de las consultas apropiadas. El Programa para Promover el Convenio N° 169 de la OIT (PRO 169) fue creado por la OIT en 1996 con el fin de apoyar a organizaciones indígenas, gobiernos y otros actores en la aplicación de dicho convenio. El Convenio 169<sup>6</sup> reemplaza al anterior Convenio 107 de la OIT sobre pueblos indígenas. Sin embargo, este último sigue vigente para los Estados que lo ratificaron, pero que todavía no han ratificado el Convenio 169 de la OIT (p. ej., India).



Bloqueo de una carretera en Quito, marzo 2012 (imagen: Juan David Cevallos)

6 Disponible en <http://www.ilo.org/indigenous>

La Comisión de Expertos para la aplicación del convenio y de las recomendaciones de la OIT, que controla la aplicación del mismo en los Estados que lo ratificaron, emite regularmente posturas y propuestas de mejoras a los Estados, que contienen instrucciones específicas.

### 2.1.2. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue adoptada en setiembre de 2007 por su Asamblea General, con el apoyo de 143 Estados. Australia, Canadá, Nueva Zelanda y USA votaron inicialmente en contra de la Declaración, a causa de las disposiciones sobre el CPLI y el derecho a la autodeterminación (Barstow/Baker, 2008: 423), pero en el ínterin todos declaran también su apoyo a dicha declaración. Los Estados latinoamericanos aprobaron la Declaración de las Naciones Unidas, salvo Colombia que se abstuvo.

Aunque la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no es jurídicamente vinculante, la misma tiene una gran importancia política, ya que, de todos modos “Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo”. (Art. 43 de la Declaración). En Bolivia, la Declaración de las Naciones Unidas fue incluso aprobada como ley nacional y muchos tribunales constitucionales de América Latina, como también la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) se refieren a la misma en sus dictámenes.

En comparación con el Convenio 169 de la OIT, el concepto de la consulta y/o consentimiento previo en la Declaración de las Naciones Unidas es claramente más pronunciado. Solo los conceptos “consulta” y “consentimiento” se utilizan más del doble de veces. Así, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se establece, por ejemplo, que las medidas para combatir los prejuicios y la discriminación deben ser tomadas en consulta y cooperación con los pueblos interesados (Art. 15.2 de la Declaración); asimismo, las medidas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso deben ser tomadas en consulta y cooperación con los pueblos interesados (Art. 17.2 de la Declaración); los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas deben

fomentar las formas de cooperación entre los pueblos indígenas a través de las fronteras (Art. 36 de la Declaración); y, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la Declaración de las Naciones Unidas (Art. 38 de la Declaración). De acuerdo a la Declaración, no se desarrollarán actividades militares en las tierras de los pueblos indígenas a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que estos lo hayan solicitado. En cada caso deben celebrarse consultas eficaces con sus instituciones representativas (Art. 30 de la Declaración).

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece en múltiples ocasiones el derecho al consentimiento previo, libre e informado. Así, se estipula que los desplazamientos de sus tierras o territorios, y el almacenamiento de materiales peligrosos en los mismos no podrán realizarse sin dicho consentimiento (Art. 10 y 29 de la Declaración). Asimismo, antes de adoptar medidas legislativas o administrativas, como también proyectos que repercutan en la tierra, los territorios o los recursos, los Estados deben obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas interesadas (Art. 19 y 23 de la Declaración). Con respecto a los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales, como también la tierra, los territorios y los recursos, de que hayan sido privados los pueblos indígenas sin el consentimiento previo, libre e informado, estos tienen el derecho a la restitución y/o indemnización (Art. 11 y 28 de la Declaración).

**Convenio 169 de la OIT****Artículo 6:**

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
- consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; [...]
2. 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.

**Artículo 7:**

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. [...]

**Artículo 15:**

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participaren la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
2. 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. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades

**Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas****Artículo 10:**

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, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

**Artículo 18:**

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.

**Artículo 19:**

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

**Artículo 29.2:**

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

**Artículo 32.2:**

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.

Tabla 1: Características de consultas apropiadas según los instrumentos internacionales sobre derechos humanos

### 2.1.3. Tratados internacionales de derechos humanos

Todavía no existe en el canon de los tratados de las Naciones Unidas sobre derechos humanos un convenio específico sobre los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, estos se derivan, en gran parte, de los tratados existentes de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos. Así, los comités de expertos que vigilan el cumplimiento de la Convención Internacional sobre todas las Formas de Discriminación Racial y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han apoyado, en numerosos informes y publicaciones, el derecho de los pueblos indígenas y grupos poblacionales locales a la consulta previa (Rodríguez Garavito/Morris 2010: 16-27).

### 2.1.4. Otros mecanismos de las Naciones Unidas

Las Naciones Unidas designaron un relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas (desde el 1 de mayo de 2008 James Anaya) con el mandato de fomentar y desarrollar los derechos de los pueblos indígenas. Sus informes tienen por objeto hacer recomendaciones, como también interpretar y desarrollar el derecho. El Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas también formuló condiciones básicas para la implementación de consultas apropiadas.

#### Cuadro 2:

#### El controvertido alcance del derecho a la consulta: Consulta previa y el derecho al consentimiento informado

La gran cantidad de normas y directrices sobre la consulta previa y el CPLI indican un consenso internacional cada vez mayor sobre el derecho a la consulta a nivel nacional, regional e internacional, específicamente en lo que se refiere a proyectos de desarrollo e inversión que no pueden ser planificados e implementados ignorando a los pueblos indígenas afectados. Sin embargo, si se observa esto más detenidamente, se hace evidente que estas normas y directrices, dentro de una aparente analogía, en efecto difieren mucho entre sí. Las interpretaciones sobre el significado del derecho a la consulta y/o el derecho al consentimiento informado, son muy diferentes entre sí y, a veces, hasta contradictorias.

En general, se distingue entre interpretaciones más débiles y más fuertes del derecho a la consulta. Las primeras entienden el derecho a la consulta ante todo como el derecho a la información, la participación y como la posibilidad de expresar opiniones e intereses propios. En este sentido, el poder de decisión definitivo radica en el Estado. Por el contrario, en las interpretaciones más fuertes, el derecho al consentimiento previo, libre e informado (CPLI) ocupa el primer plano. En estos casos se considera que este instrumento sería una forma de ejercer el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, confiriendo a los grupos consultados un poder de decisión bastante mayor.

La falta de claridad conceptual y con respecto a la implementación práctica dificultan, en muchos casos, la ejecución de las consultas y generan conflictos a raíz de la apropiada planificación y aplicación de las mismas. De acuerdo a lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la consulta previa debe cumplir con los siguientes criterios mínimos:

- ejecución de buena fe: diálogo genuino, basado en el respeto y la confianza, sin coerción, intimidación ni manipulación;
- ejecución con anterioridad a la implementación de la medida planificada;
- participación de las personas e instituciones representativas de comunidades y pueblos afectados;
- incorporación de normas y procedimientos propios (p. ej.: usos y costumbres) de los grupos consultados;
- información completa y verídica;
- pertinencia cultural y social;
- objetivo: lograr un acuerdo o el consentimiento.

Sin embargo, ninguno de los dos instrumentos establece explícitamente cómo debe proceder el Estado cuando los pueblos indígenas afectados no dan su consentimiento previo, libre e informado. Este vacío en el derecho internacional causa disputas jurídicas y políticas a nivel nacional y local en muchos países latinoamericanos.



## 2.2. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La Organización de Estados Americanos (OEA) es la organización regional más importante del continente. Tiene la función de fortalecer la democracia y los derechos humanos y solucionar problemas comunes de los Estados miembros. Casi todos los Estados han adoptado instrumentos regionales de derechos humanos, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estos instrumentos representan el fundamento esencial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH). Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Colombia, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela reconocieron la jurisdicción de la Corte; para estos Estados las resoluciones de la CorteIDH son imperativas.

La CorteIDH ha dictado numerosos fallos a favor de la protección de los derechos indígenas (véase OEA 2010). Entre ellos se encuentran los casos *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, *Moiwana vs. Suriname*, *Awas Tingni vs. Nicaragua*, *Yakye*

*Axa vs. Paraguay*, *Saramaka vs. Suriname* y *Sarayaku vs. Ecuador*. En los dos últimos fallos mencionados, el derecho a la consulta previa y al CPLI desempeñó un rol muy importante, motivo por el cual los mismos se detallan a continuación.

### 2.2.1 Caso: *Saramaka vs. Suriname* (Inter-American Court of Human Rights 2007))

El 23 de junio de 2006, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó una demanda contra Surinam ante la corte regional. La demanda ya había sido presentada seis años antes por las autoridades tradicionales de las comunidad tribal saramaka. La acusación se refería a que Surinam no había tomado las medidas necesarias para garantizar el uso de los territorios poblados tradicionalmente por el pueblo saramaka. El Estado había otorgado concesiones para la explotación forestal y minera en este territorio, sin consultar previamente a la población afectada, sin efectuar estudios de impacto ambiental y social, y sin garantizar la participación en los beneficios de las comunidades locales. Se habría violado así el derecho de propiedad de estos grupos. También se reclamó la falta de medidas legislativas y jurídicas para la protección de los derechos fundamentales de este grupo étnico.



Contaminación del medio ambiente debido a la extracción de petróleo en el territorio de los Waorani en el este de Ecuador (imagen: Sylvia Reinhardt)

En la sentencia de noviembre de 2007, la CorteIDH invocó tanto la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, como también las expresiones del entonces relator especial de las Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas, Rolf Stavenhagen:

La CorteIDH estableció primeramente que los saramakas no son pueblos indígenas, en virtud de que recién en el marco de la colonización en el siglo XVII los mismos fueron llevados como esclavos a Surinam. Sin embargo, comparten importantes características con los pueblos indígenas, como lo son las tradiciones sociales, culturales y económicas comunes, que los diferencian de otros segmentos de la comunidad nacional, su identificación con su territorio tradicional y la administración (en parte) autónoma según normas, costumbres y tradiciones propias. La especial relación de los saramakas con la tierra que ocuparon tradicionalmente fue confirmada reiteradas veces en las audiencias de la CorteIDH, y también por la autoridad tradicional Wazen Eduards: “El bosque es nuestro mercado local; allí obtenemos nuestras medicinas, nuestras plantas medicinales. Allí cazamos para tener carne que comer. El bosque constituye verdaderamente nuestra vida entera. Cuando nuestros antepasados se escaparon al bosque no llevaban nada con ellos. Aprendieron cómo sobrevivir, qué plantas comer, cómo manejar sus necesidades de subsistencia una vez que llegaron al bosque” (Inter-American Court of Human Rights 2007: Párrafo 82). En virtud de las características mencionadas, la CorteIDH dictaminó que su jurisprudencia para pueblos indígenas también sería aplicable a los saramakas. Debido a que Surinam no ratificó el Convenio 169 de la OIT, los derechos de esta comunidad tribal se derivaron de los tratados internacionales de derechos humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La CorteIDH argumentó que los saramakas, aún sin el reconocimiento estatal, tienen derecho a los recursos naturales que han utilizado tradicionalmente, para evitar su extinción como pueblo. El Estado tendría así el deber de respetar, garantizar y proteger sus modos tradicionales de vida, la identidad cultural, la estructura social, el sistema económico, las costumbres, las tradiciones y sus creencias.

La Corte dispuso en su fallo que Surinam debía tomar las siguientes medidas para prevenir que se repitan violaciones a los derechos humanos de los saramakas: en coordinación con los saramakas, se debe otorgar a éstos títulos de propiedad colectivos y la tierra respectiva debe ser demarcada. Previo a ello, el Estado no puede adoptar ninguna medida en este territorio sin el consentimiento previo, libre e informado, y debe evitar posibles actividades de otros actores privados en dicho territorio. Las concesiones ya otorgadas deben ser nuevamente revisadas a la luz de la decisión de la Corte, con el fin de decidir si se requieren cambios para asegurar la supervivencia de los saramakas. La legislación de Surinam debe ser reformada, con el fin de garantizar los derechos de los saramakas. Deben adoptarse medidas legislativas y administrativas para garantizar el derecho de los saramakas al consentimiento informado y a la apropiada participación en los beneficios. El Estado también debe asegurar que en el futuro se ejecuten estudios de impacto ambiental y social a cargo de instituciones independientes y técnicamente competentes antes de que puedan ser otorgadas concesiones en el territorio de los saramakas. Sobre esta base, deben adoptarse medidas para minimizar los impactos negativos. Surinam debía indemnizar a los saramakas por un monto de USD 75.000 por daños materiales, y de USD 600.000 por daños inmateriales. Estos pagos debían efectuarse a un fondo de desarrollo a favor de los saramakas.

El caso Saramaka vs. Surinam sienta un claro precedente para el derecho a la consulta en toda la región. La CorteIDH estableció en el fallo que, en caso de proyectos que ocupen grandes superficies, con considerables impactos sobre la población local, el Estado no solo debería consultar a dicha población, sino que debería obtener su consentimiento. En la interpretación del fallo publicada en agosto del siguiente año, se establece en el inciso 134 que el Estado tiene la obligación no solo de someter a consulta los planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un impacto mayor sobre el territorio de los pueblos indígenas, sino que también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones (cf. Inter-American Court of Human Rights 2007: 43).

### Cuadro 3: ¿El derecho a la consulta existe solo para los pueblos indígenas?

El Convenio 169 de la OIT se refiere explícitamente al derecho a la consulta de los pueblos indígenas y las comunidades tribales. En la mayoría de Estados latinoamericanos se distingue entre el derecho de la población general a las audiencias públicas y el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa y al CPLI. Para informar a los grupos poblacionales no indígenas afectados, acerca de los proyectos de explotación de recursos y de infraestructura y proteger sus derechos, están previstos mecanismos de participación ciudadana y negociaciones individuales con los propietarios privados. Concretamente, la diferencia entre las audiencias públicas y las consultas previas radica en que en las primeras también las empresas pueden llevar a cabo las audiencias públicas, mientras que en las segundas solamente el Estado; en las primeras no es absolutamente imperativo llegar a un acuerdo ni obtener el consentimiento de las personas consultadas, sino que las mismas se limitan a procesos de información y de diálogo. Sin embargo, a menudo no es posible trazar claramente la línea divisoria entre ambos procesos. Por un lado, no se puede aclarar del todo la etnicidad de los afectados, y por el otro, el alcance y la calidad de los mecanismos apropiados para la participación ciudadana general pueden ser interpretados de modo distinto. En este sentido varios autores enfatizan que en los discursos de la industria extractiva el CPLI se está transformando cada vez más en un principio general, aplicable a cualquier población local afectada (ver Vanclay/Esteves 2012: 6-7).

El CPLI en el marco de la explotación de recursos naturales no debe entenderse como un derecho exclusivo de los pueblos indígenas. Más bien se puede argumentar que el CPLI es particularmente necesario siempre que la base de subsistencia y la cultura de la población local afectada dependan fuertemente del territorio que esta habita (véase Goodland citado en Szablowski 2010: 115). Este modo de interpretación es compatible con las interpretaciones usuales del CPLI en los instrumentos internacionales de derechos humanos (como p. ej. en el fallo del caso *Saramaka vs. Surinam*), los cuales enfatizan que el objetivo de la consulta previa es la protección de los derechos humanos de la población afectada. En el caso de actividades externas, estos derechos son más vulnerables cuanto más estrecha sea la relación de la población local con el territorio ocupado y utilizado por la misma. Por lo tanto, los grupos no indígenas con características similares (como la dependencia de la supervivencia física o la integridad cultural de la conservación y el uso de un territorio determinado) deberían tener el derecho a la consulta previa y al CPLI.

#### 2.2.2 Caso: *Sarayaku vs. Ecuador (Inter-American Court of Human Rights 2012)*

El 19 de diciembre de 2003 la Asociación del Pueblo Kichwa de Sarayaku presentó una petición para que su caso sea tratado por la CorteIDH. El caso se refería a la exploración y explotación de petróleo en el territorio del pueblo kichwa, sin haber consultado apropiadamente a las comunidades afectadas. Por primera vez, una delegación de magistrados de la CorteIDH viajó, en julio de 2012, a la región afectada para hacerse una idea de las repercusiones de las actividades y para hablar con los afectados.

Se incriminó a la empresa petrolera por haber realizado gestiones directamente con los miembros de las comunidades, sin haber tenido en cuenta a sus instancias representativas con poder de decisión. Además, se habrían prometido proyectos sociales y puestos de trabajo a las comunidades con el fin de que las mismas estuvieran a favor del proyecto. Numerosos miembros de los sarayakus manifestaron su crítica respecto de que la empresa habría tratado de manipular y dividir a la población local, y habría

intentado silenciar o deslegitimar las voces críticas, mediante difamaciones y agresiones físicas. No obstante ello, la Asociación del Pueblo Kichwa de Sarayaku se opuso a las actividades planificadas.

A pesar de la resistencia local, entre octubre de 2002 y febrero de 2003, la empresa cargó 467 pozos con 1433 Kilogramos de material explosivo. Con ello, se restringió fuertemente la libertad de movimiento de la población local y sus posibilidades de uso de la tierra. Gran parte de esta mezcla explosiva se encuentra aún enterrada en el territorio de Sarayaku. La empresa construyó también pistas de aterrizaje de helicópteros y senderos para estudios sísmicos, con lo cual se talaron bosques, se destruyeron superficies agrícolas y zonas de producción de plantas medicinales y se afectaron los manantiales de agua. También se destruyeron sitios cultural y espiritualmente importantes para las comunidades sarayakus. Las relaciones con las comunidades vecinas, como también dentro de las comunidades sarayakus, se vieron afectadas con el procedimiento de la empresa petrolera y los conflictos aumentaron.

La CorteIDH argumentó en su fallo que, en virtud de la estrecha relación de las comunidades sarayakus con el territorio que estas habitan, es necesario proteger dicho territorio y asegurar los derechos de uso para la supervivencia de dichas comunidades. También estableció que estas actividades violaron los derechos a la vida, a la integridad personal y a la propiedad comunitaria.

El Estado ecuatoriano fue declarado responsable por violación a los derechos, por haber celebrado el contrato con la empresa sin haber realizado la consulta previa / obtenido el consentimiento de la población afectada, y por no impedir que la empresa realice sus actividades en territorio indígena.

La Corte dictaminó que el Estado ecuatoriano debe retirar y neutralizar todo el material explosivo. Los métodos y el cronograma para la implementación de estas medidas deben fijarse en el marco de una consulta a las comunidades afectadas. La Corte también subrayó que en

el futuro no podrá realizarse ninguna actividad en Ecuador y en el territorio de los sarayakus sin llevar a cabo la consulta previa apropiada. Para garantizar lo anterior, la CorteIDH ordenó a Ecuador que el derecho a la consulta debe estar regulado en la legislación nacional, que debe capacitarse a los funcionarios estatales al respecto, que el Estado debe disculparse públicamente por la violación a los derechos humanos de los sarayakus y que la sentencia judicial debe ser difundida en los medios públicos. Por los daños materiales causados, Ecuador debe pagar USD 90.000 a la Asociación del Pueblo Kichwa de Sarayaku, los cuales deben invertirse en proyectos de desarrollo. Por los daños inmateriales causados por las actividades, como el cambio negativo en las condiciones de vida, la identidad cultural y el territorio, la Corte determinó el pago de USD 1.250.000 que deben ser transferidos a la Asociación. Estos pagos por concepto de indemnización han de servir al fomento del desarrollo autodeterminado, conforme a las prioridades de desarrollo de las comunidades del pueblo de Sarayaku.



Nina indígena de la comunidad Marangatu, Argentina (imagen: Geronimo Molina)

#### Cuadro 4: Importancia de la sentencia del Caso Sarayaku para los derechos indígenas en las Américas, por Mario Melo<sup>7</sup>

Al cabo de casi una década de litigio (de 2003 a 2010 en la Comisión Interamericana y de 2010 a 2012 en la Corte Interamericana), la justicia internacional ha dado la razón a un pueblo indígena amazónico que, como muchos otros pueblos indígenas del mundo, vio amenazado su territorio, su vida y su cultura porque el Estado le impuso un proyecto petrolero en su hábitat, sin antes haberle informado, consultado, mucho menos logrado su consentimiento. La actividad petrolera impuesta significó para Sarayaku militarización de su territorio, destrucción ambiental, violencia, persecución, agresiones e incluso la pérdida y deterioro de elementos sagrados en su cultura y cosmovisión.

La sabiduría de Sarayaku estuvo en comprender que lo que le estaba sucediendo en 2002, 2003 y 2004 respondía a un entramado de poderosos intereses transnacionales que no podían ser enfrentados únicamente desde la resistencia local, sino que requerían nuevas estrategias que, fundándose en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, le permitan evidenciar el abuso y hacer de él un tema de discusión nacional e internacional.

Así, Sarayaku logra articular una red de aliados con los que emprende y sostiene el proceso en un espacio que le resultaba tan lejano y extraño como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero en el que tuvo que aprender a moverse con dignidad.

La sentencia favorable a Sarayaku es fruto de un esfuerzo muy grande de la gente de la comunidad que fueron en todo momento participantes activos y protagónicos del proceso. Solo por eso merece ser valorada como un hito en la lucha de los pueblos indígenas por la reivindicación de sus derechos.

Desde el punto de vista jurídico, la sentencia aborda varios temas importantes. La Corte, por primera vez en su jurisprudencia reconoce a los Pueblos Indígenas como sujetos colectivos de derechos. (Numeral 231 de la sentencia). Reconoce que el deber de consultar es un Principio de Derecho Internacional (Numeral 164 de la sentencia) y define que el deber de consultar es del estado y no puede delegarlo a empresas o terceros interesados. (Numeral 187 de la sentencia)

Respecto al derecho a la consulta libre, previa e informada a los pueblos indígenas desarrolla estándares para su aplicación. En este momento de la historia en el que varios países latinoamericanos se estremecen por conflictos socioambientales en los que los pueblos indígenas reclaman por la inobservancia del derecho a la consulta que repercute en la violación de otros derechos, la sentencia del caso Sarayaku hace un aporte capital, siendo una sentencia vinculante para el Estado Ecuatoriano y precedente obligatorio en los países del sistema de la OEA.

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 mero trámite formal, sino que debe concebirse como „un verdadero instrumento de participación”, “que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas”. (párrafo 186 de la Sentencia).

Al disponer que las consultas se realicen de conformidad con los estándares internacionales, la sentencia del Caso Sarayaku remite al precedente de la sentencia de Saramaka v. Surinam respecto al consentimiento. La sentencia del caso Sarayaku, constituye, entonces un aporte efectivo a una mayor y más profunda protección de los derechos de los pueblos indígenas y un ejemplo de dignidad que con seguridad inspirará a muchos pueblos y personas alrededor del mundo.

### 2.3. Otras normas internacionales y transnacionales

#### 2.3.1. Directrices de instituciones financieras internacionales

Las instituciones financieras internacionales, como el Banco Mundial, su brazo para la industria privada, la

Corporación Financiera Internacional (CFI) y el Banco Interamericano de Desarrollo han fijado directrices para la aplicación obligatoria de la consulta previa a pueblos y comunidades indígenas. Entre estas se encuentran las Directrices 4.10 sobre pueblos indígenas (2005) y 4.01 sobre evaluación ambiental (2004) del Banco Mundial, Performance Standard y Guidance Note N° 7 de la CFI sobre pueblos

<sup>7</sup> Mario Melo, es abogado del caso Sarayaku, miembro de la Fundación Pachamama y profesor en la Universidad Andina (Quito). El texto se basa en una versión cortada del manuscrito elaborado por Dr. Mario Melo: “El Caso Sarayaku: una lucha por la Naturaleza y los derechos humanos”, entregado para el VIII Congreso de RELAJU en Sucre – Bolivia, 24. - 26.10.2012.

indígenas (revisada en 2012) y la Política Operativa sobre pueblos indígenas del Banco Interamericano de Desarrollo (2006). La ventaja de estas directrices en relación al derecho internacional es su grado de operatividad. Las mismas traducen el derecho a la consulta para proyectos concretos de desarrollo y/o inversión y establecen instrucciones precisas de procedimiento. Por este motivo, Estados, bancos y empresas las utilizan con agrado.

El Banco de Desarrollo KfW adoptó, en sus “Directrices de sostenibilidad”, normas sobre participación del público y sobre grupos indígenas y vulnerables (2011). Muchos bancos privados, entre ellos el KfW, también adhirieron a los Principios del Ecuador, un reglamento voluntario de los bancos para el cumplimiento de estándares ambientales y sociales en el ámbito de financiamiento de proyectos, los cuales toman como base las Normas de Desempeño de la CFI.

### 2.3.2. Declaraciones de compromiso voluntario de empresas transnacionales

Actualmente, numerosas empresas petroleras, gasíferas y mineras expresan, por medio de posturas públicas y/o en sus declaraciones de compromiso para la observancia de las directrices sociales y ecológicas que, en el marco de sus actividades, cumplirían con el principio de la consulta previa o del CPLI (véase Voss/Greenspan 2012). Además existen guías que orientan el accionar de empresas y organizaciones con respecto a comunidades y poblaciones afectadas por sus proyectos. John Ruggie, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos, las Empresas Transnacionales y Otras Empresas desde 2005 hasta 2011, elaboró los “UN Guiding Principles on Business and Human Rights”<sup>8</sup>. Este documento influyó otras guías como el ISO 26000 que define líneas generales en materia de Responsabilidad Social establecidas por la Organización Internacional para la Estandarización. Estas normas transnacionales contienen diversas interpretaciones acerca de la realización de consultas con grupos afectados por actividades empresariales. Sin embargo, ni la guía formulada por Ruggie, ni el ISO 26000 incluye el derecho al CPLI o establece que las empresas deberían llegar a acuerdos con los grupos afectados por sus proyectos (Vanclay/Esteves 2012: 9). Además todas estas normas son de referencia y no legalmente vinculantes.

## 2.4. La legislación nacional y la jurisprudencia en los Estados latinoamericanos

El derecho a la consulta y, en general, el rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos fueron adoptados en numerosas Constituciones latinoamericanas. Sin embargo, las directrices internacionales sobre la consulta previa y el derecho al consentimiento libre, otorgado con conocimiento de la situación, son poco específicas y brindan, solo a grandes rasgos, puntos de referencia para la aplicación concreta de estas normas. Por lo tanto, es menester que las legislaciones nacionales complementen y especifiquen las disposiciones internacionales.

Numerosos Tribunales Constitucionales nacionales hicieron, con sus sentencias sobre el derecho a la consulta, un aporte importante a la concretización de su significado. Las decisiones se diferencian según el caso y el país: en algunos casos se suspendieron por la vía contenciosa medidas legislativas o administrativas por falta de la consulta previa o deficiencia de la misma (como p. ej. en Argentina, Brasil, Chile, Guatemala, Ecuador y Colombia); en otros casos las decisiones fallaron en contra de los demandantes. Particularmente las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia se caracterizaron por la protección proactiva de los derechos humanos, mientras que, por ejemplo, la Corte Constitucional de Perú hizo una interpretación débil del derecho a la consulta.

Las normas nacionales sobre el derecho a la consulta previa deberían elaborarse en el marco de la “consulta sobre la consulta”, como lo enfatizó el relator especial de las Naciones Unidas James Anaya en setiembre de 2009 (citado en Alorda 2011: 10). Sin embargo, en su mayoría, las disposiciones de ese entonces sobre la consulta previa en América Latina no son el producto de consultas apropiadas y, en muchos casos, las mismas son rechazadas por las organizaciones indígenas de los respectivos países. Estas normas incluyen principalmente interpretaciones claramente más débiles del derecho a la consulta que aquellas de los derechos humanos internacionales. Son ejemplos de ello el Decreto 124 de 2009 de Chile, el Decreto 1320 de 1998 de Colombia y los Decretos 3401 de 2002 y 1040 de 2008 de Ecuador (véase Noticias Aliadas 2011; Red Latinoamericana de Industrias Extractivas 2011).

<sup>8</sup> véase [www.ohchr.org/documents/Publications/GuidingPrinciplesHR\\_EN.pdf](http://www.ohchr.org/documents/Publications/GuidingPrinciplesHR_EN.pdf)

El Decreto 124 de **Chile** regula desde 2009 la implementación de la consulta previa, sin basarse en el consentimiento de los pueblos indígenas. El rechazo de la población indígena del país a la ley se hizo evidente en la práctica de la consulta del pasado reciente, en la cual la participación en el proceso llevado a cabo por el gobierno fue nula, o los procesos se caracterizaron, desde el inicio, por la desconfianza y la insatisfacción de las organizaciones consultadas (véase Alorda 2011). Como reacción a numerosas protestas y al pedido de revocación del controvertido decreto, el congreso chileno solicitó la anulación del Decreto 124 y exigió que las futuras consultas se ejecuten de acuerdo a lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT. Entre enero de 2010 y julio de 2011 se dictaron en Chile 45 sentencias por causas relacionadas a presuntas violaciones del Convenio 169 de la OIT (citado en Liberona 2011: 27).

En **Colombia** se critica duramente el Decreto 1320 de 1998, el cual regula la consulta previa con comunidades indígenas y afro-colombianas afectadas por la explotación de los recursos. No se efectuó consulta alguna sobre este decreto. La crítica al decreto se refiere a que el mismo establece que solamente deben ser consultadas las comunidades que posean títulos de propiedad regularizados, y que las consultas deben llevarse a cabo en el corto período de 20 días (véase Abad 2011: 8). Además, el decreto establece que la información sobre el proyecto previsto debe impartirse durante y no antes de la consulta. Por ende, las comunidades consultadas muchas veces no tienen la posibilidad de obtener suficiente información sobre las actividades y las repercusiones previstas (véase Velásquez 2011). Sin embargo, la crítica fundamental y de mayor peso al decreto colombiano, y a su aplicación, radica en que la consulta se convierte simplemente en un formalismo administrativo. La codecisión efectiva de las comunidades consultadas con respecto a las actividades planificadas sigue siendo mínima. Las comunidades indígenas y afro-colombianas afectadas muchas veces se quejan de que sus peticiones no son escuchadas ni respetadas por el gobierno ni por las empresas (ibíd.). En este contexto, se puede comprender la insatisfacción en Colombia con respecto al derecho a la consulta en la práctica y el hecho de que se hayan iniciado numerosas demandas al respecto.

En el año 2008, la Corte Constitucional colombiana declaró la nulidad de la Ley Forestal y en el año 2009 del Estatuto

de Desarrollo Rural, debido a la falta de participación de las organizaciones indígenas y afro-colombianas. Por haber omitido la consulta previa, la Corte suspendió en el año 1997 la explotación petrolera en las comunidades U'wa, en el año 2009 las actividades mineras de la empresa Muriel Mining y en el año 2011 la construcción de una carretera, como también otro proyecto de explotación minera. Las decisiones de la Corte Constitucional colombiana tienen gran importancia en Colombia para la definición y aplicación concreta de consultas previas apropiadas. También sirvieron de base para la elaboración de una ley de consulta, la cual hasta hora no ha sido aprobada. De acuerdo con la decisión de la CorteIDH en el caso *Saramaka vs. Surinam*, la Corte Constitucional de Colombia dictaminó que en los proyectos de explotación de recursos con fuertes repercusiones sociales, culturales y ecológicas sobre la población local, debe obtenerse el consentimiento de esta. Por lo tanto, en estos casos, las decisiones de las comunidades deben ser consideradas vinculantes (Amparo Rodríguez 2011, 2012)<sup>9</sup>.

En **Ecuador**, el derecho a la consulta fue reconocido explícitamente en la Constitución (de 1998 y 2008), mas no como lo reclamaban las organizaciones indígenas del país, o sea como el derecho al CPLI. Los reglamentos de aplicación, entre ellos los decretos 3401 de 2002 y 1040 de 2008, debilitan dicho derecho aún más. Ambos decretos no fueron sometidos a consulta. Según el Decreto 3401, es suficiente el consentimiento de representantes indígenas individuales, en vez de que las instancias con capacidad de decisión deban ser incorporadas a los procesos (Saavedra 2011: 7). El Decreto 1040, en cambio, establece que los acuerdos alcanzados a través de la consulta solo pueden aplicarse siempre y cuando los mismos sean “técnica y económicamente viables” (ibíd.). Con esta cláusula, las iniciativas locales de desarrollo pueden ser fácilmente descalificadas como económicamente no viables y postergadas frente a la ejecución de proyectos de explotación de recursos.

En **Guatemala** se presentó en febrero de 2011 un proyecto de reglamento para regular la consulta previa. Sin embargo, el proceso de consulta al respecto se llevó a cabo de una manera culturalmente insensible. El documento (en español) fue entregado a representantes indígenas y subido a la página web del Ministerio de Trabajo. Las organizaciones

<sup>9</sup> Véase fallos de la Corte Constitucional colombiana T-382 de 2006, T-769 de 2009 y T-129 de 2011

### Cuadro 5: La corte constitucional de Colombia y el derecho a la consulta previa por Christian Mantilla Mansalve y Eliana Robles Pallares<sup>10</sup>

En el proceso de concreción del contenido del derecho a la consulta y la definición de su ámbito de aplicación, la corte constitucional de Colombia ha integrado los estándares supranacionales y los establecidos en el orden interno anteriormente referidos, a través del análisis de casos estudiados en sede de tutela. En esta evolución jurisprudencial pueden distinguirse tres etapas, en las cuales el tribunal ha ampliado el precedente constitucional sobre la materia. En una etapa temprana, la jurisprudencia constitucional reconoció en cabeza de las comunidades aborígenes derechos colectivos, independientes de los reconocidos a los miembros de estas, no obstante precisó que la consulta previa no incorporaba un poder de veto en cabeza de los colectivos indígenas.

Igualmente, en un segundo momento el Tribunal Constitucional restringió el ejercicio del derecho fundamental a la consulta previa a casos en los que estaban de por medio medidas administrativas relativas a proyectos de explotación de recursos naturales; empero, producto de la evolución jurisprudencial la Corte preceptuó la aplicación de la consulta en el proceso de formación de las leyes en el Congreso colombiano y en todo tipo de medidas que afectaran directamente a dichas comunidades, incluso si estas no se refieren a la explotación de recursos naturales.

En un tercer momento, la Corte Constitucional marcó un hito en la evolución jurisprudencial de la consulta, al incorporar en su línea de análisis los criterios establecidos en la sentencia adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Saramaka contra Surinam (2007). A partir de ésta incorporación el Tribunal Constitucional enriqueció su perspectiva de análisis, moderó su postura inicial, y ensanchó el precedente, llegando a sostener que en algunos casos excepcionales el cumplimiento de los preceptos formales de la consulta previa no resultaba suficiente para satisfacer los requerimientos de orden interno y supranacional sobre consulta a los pueblos indígenas, pues era menester, adicionalmente, obtener su consentimiento previo, libre e informado para continuar la intervención en el territorio colectivo.

indígenas tuvieron solamente 30 días de tiempo para expresar sus críticas (véase Reynolds 2011: 14-15).

Solo en **Bolivia** existe un Decreto (Nº 29033) para llevar a cabo la consulta previa, que goza de alta aceptación en la población indígena, lo cual facilita la consulta en la práctica. El mismo regula la consulta previa en actividades petroleras y gasíferas y fue elaborado conjuntamente con las organizaciones indígenas afectadas. En todos los demás sectores, también en Bolivia, sigue faltando una norma en este sentido (véase Schilling-Vacaflor 2012).

En **Perú** solo existían hasta 2011 decretos para reglamentar la consulta previa que estaban muy alejados de los estándares internacionales en materia de derechos humanos. En el año 2011, Perú fue el primer país de América Latina en aprobar una ley de consulta.

#### 2.4.1. Perú: La primera Ley de Consulta Previa de América Latina

En el año 1995 entró en vigor en Perú el Convenio 169 de la OIT. Desde entonces, el país fue muchas veces objeto de críticas de organizaciones nacionales e internacionales (p.

ej. la OIT) de derechos humanos por la ejecución insuficiente de la consulta previa. En setiembre de 2011, Perú se convirtió sorpresivamente en un ejemplo en relación al derecho a la consulta previa. El nuevo presidente Ollanta Humala aprobó, poco después de asumir el cargo, una ley nacional de consulta, sentando así un precedente para toda la región.

La ley de consulta de Perú guarda una estrecha relación con las protestas indígenas. El presidente Alan García (2006-2011) impulsó políticas neoliberales y programas de privatización y fomentó la expansión de la industria extractiva en el país. Muchas de las nuevas concesiones mineras y petroleras coincidían con territorios indígenas, lo que llevó a una creciente movilización de las comunidades amazónicas y andinas. Las protestas se agudizaron luego de que García, en el marco del proceso de adaptación al Tratado de Libre Comercio con USA (2007) en pocas semanas sancionó más de 100 leyes por decreto. Muchos de estos decretos ley hallaron resistencia, debido a que los mismos afectaban directamente los derechos colectivos y las bases de subsistencia de los pueblos indígenas de Perú, pero estos no fueron consultados. A

<sup>10</sup> Estudiantes de Máster en Derecho y miembros de la Coalición de Movimientos y Organizaciones de Colombia.



consecuencia de ello, las organizaciones indígenas, conjuntamente con organizaciones ambientalistas y de derechos humanos bloquearon importantes vías terrestres y fluviales de la región amazónica. Mientras que la primera huelga finalizó de manera pacífica en 2008, en la segunda ola de bloqueos en junio de 2009, se produjo cerca de la ciudad de Bagua una violenta “acción de desalojo” policial con una fuerte reacción contraria. Por lo menos 33 personas perdieron la vida y aproximadamente 200 personas resultaron heridas (Defensoría del Pueblo del Perú 02.07.2009).

Poco después de los conflictos, el gobierno peruano creó, bajo la presión masiva de la opinión pública y siguiendo las recomendaciones del relator especial de las Naciones Unidas, James Anaya, una plataforma oficial de diálogo con organizaciones indígenas. En el marco de esta plataforma deben elaborarse proyectos de ley para mejorar la situación de los pueblos indígenas. Uno de los grupos temáticos de trabajo (Mesa 3) recibió la tarea de formular el borrador de la ley de consulta de Perú. El 3 de diciembre de 2009, la Mesa 3 publicó su documento final conformado por 42 artículos.

El 19 de mayo de 2010, el congreso peruano aprobó una ley de consulta. Sin embargo, la ley de 20 artículos adoptada era mucho más corta y menos específica que la propuesta de la Mesa 3. Además, el texto de la ley no incorporó todos los acuerdos alcanzados dentro del grupo de trabajo. En casi todos los puntos de discordia, la fracción cercana al gobierno impuso su versión con una débil interpretación del derecho a la consulta previa, o formuló las partes correspondientes de manera muy general y abierta a otras interpretaciones. No obstante el debilitamiento, el presidente García vetó la ley de consulta. (Presidente de la República del Perú 21.06.2010).

Su sucesor Ollanta Humala derogó el veto, por lo cual en setiembre de 2011, el parlamento aprobó la Ley de Consulta (Nº 29875) casi sin modificaciones en relación a la ley del 19 de mayo de 2010. El anuncio de la ley se llevó a cabo en conmemoración a las víctimas de los violentos disturbios de 2009 en una ceremonia con simbología indígena en la ciudad de Bagua.

Comparada con la propuesta de ley original de la Mesa 3 y, desde la perspectiva de las organizaciones indígenas del país, la ley de consulta aborda insuficientemente los siguientes puntos: la ley solo se refiere al Convenio 169 de la OIT, mas no a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; contiene definiciones más limitadas de “pueblos indígenas”, “afectación” y “medidas que deben ser consultadas”; la obligación de obtener el consentimiento previo de los pueblos afectados en relación a las medidas planificadas que impliquen una restricción considerable de los derechos humanos fue eliminada y los principios fundamentales se redujeron de 13 a 7, entre ellos el “principio de jerarquía” que establecía que el así llamado “interés nacional” no puede ser utilizado como justificación para eludir la consulta previa; no se incluyó en la ley la creación de una institución responsable de la ejecución de la consulta, de la cual participen los representantes indígenas; también se eliminó una fase pre-consultiva para la planificación conjunta de la consulta; y se excluyó la posibilidad de revisar las medidas que fueron adoptadas a partir de la firma del Convenio 169 de la OIT.

Poco después de que el presidente Humala aprobara la ley de consulta, se empezó a elaborar un reglamento de ejecución. El borrador del reglamento fue sometido al primer proceso de consulta que se inició en noviembre de 2011 y terminó en marzo de 2012. El proceso estuvo a cargo de una Comisión Multisectorial, conformada por representantes gubernamentales (16 Viceministerios) y representantes de las seis grandes organizaciones indígenas nacionales.<sup>11</sup> El Viceministerio de Interculturalidad elaboró un primer borrador que fue presentado en el marco de seis encuentros regionales, de dos días cada uno, de representantes indígenas y discutido con los mismos. Finalmente tuvo lugar un encuentro nacional en Lima.

En comparación con las prácticas llevadas a cabo hasta el momento, sin posibilidad alguna de coparticipación de la población, este procedimiento representó un claro avance. No obstante ello, existían considerables déficits:

- 1) El proceso era poco inclusivo, debido a que el Estado definía unilateralmente a los participantes aceptados

11 Las organizaciones participantes fueron: AIDSESP (Asociación Interétnica para el Desarrollo de la Selva Peruana), CCP (Confederación Campesina del Perú), CNA (Confederación Nacional Agraria), CONACAMI (Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería), CONAP (Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú) y ONAMIAP (Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú).

### Cuadro 6: Contenidos y alcance de la Ley de Consulta peruana

En síntesis, la ley establece que las medidas legislativas y administrativas que afecten directamente a los pueblos indígenas deben ser consultadas con estos, con el objeto de obtener el consentimiento del grupo consultado. La ley establece que los pueblos indígenas pueden participar de las consultas según los propios usos y costumbres y por medio de instituciones representativas que ellos mismos elijan. Para identificar a los pueblos indígenas se menciona un criterio subjetivo (autopercepción como indígena) y criterios objetivos.

Como fases de la consulta la ley determina: la identificación de las medidas y de los pueblos indígenas a ser consultados; el anuncio público de las medidas planificadas y la difusión de la información conexas; un intercambio dentro de las organizaciones e instituciones indígenas; un proceso de diálogo intercultural entre el Estado y representantes indígenas; la decisión final. De ser necesario, el proceso debe ser acompañado por traductores registrados. En relación a la decisión final, la ley establece que los acuerdos alcanzados son vinculantes. Si no se llegara a ningún acuerdo, la instancia estatal es la que decide, tomando todas las providencias necesarias para salvaguardar los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

La institución estatal que desea llevar a cabo la medida planificada es la responsable de la ejecución de la consulta. El Viceministerio de Interculturalidad tiene a su cargo el acompañamiento de todos los procesos, coordinando las políticas estatales, apoyando a las instituciones estatales competentes y a las organizaciones indígenas, elaborando una base de datos de todos los pueblos indígenas y de sus instituciones representativas, llevando un registro oficial de asesores y traductores y documentando los resultados de los procesos. La Ley de Consulta también establece que todas las medidas legislativas y administrativas que hayan sido decididas con anterioridad a la puesta en vigencia de la ley no serán revisadas nuevamente.

(p. ej., ninguna organización regional o local), 2) era casi imposible un asesoramiento dentro de las organizaciones y comunidades, debido a que se distribuyeron demasiado tarde la información y el borrador del reglamento, y a que se había planificado demasiado poco tiempo para discusiones internas y 3) las reuniones eran breves y el tiempo escaso para un diálogo intercultural serio (véase CNDDHH 2012). Al finalizar el encuentro nacional, cuatro de las seis organizaciones indígenas participantes anunciaron que no seguirían participando del diálogo, hasta tanto se modificara o remplazara la ley de consulta.

En las sesiones finales de la Comisión Multisectorial que tuvieron lugar a puerta cerrada participaron solo dos organizaciones indígenas. Dentro de la comisión se pudieron alcanzar algunos acuerdos. Sin embargo, en el acta de clausura consta que, en 28 puntos, no se llegó a ningún acuerdo. Si se observa el último reglamento aprobado, el Ejecutivo impuso, en 24 de estos puntos, sus propias ideas. Muchos de estos puntos de discordia se refieren a los mismos conflictos que también atañen a la ley de consulta, con lo cual el gobierno vulneró su propia ley de consulta. En esta se establece explícitamente que los acuerdos alcanzados son vinculantes. Sin embargo, algunos

de los acuerdos logrados en la Comisión Multisectorial no fueron incorporados al reglamento.

El reglamento de la Ley de Consulta fue publicado el 3 de abril de 2012. La nueva legislación (Ley de Consulta y su reglamento) es controvertida y muy criticada por los indígenas. El rechazo de la mayoría de organizaciones indígenas nacionales representa un gran desafío para la implementación de la misma.

La conclusión es que la influencia real de las organizaciones indígenas consultadas sobre la legislación peruana relativa a la consulta previa fue limitada. Muchas de las peticiones no se incorporaron, de modo tal que se considera que la ley y el reglamento fueron impuestos por el Estado. Además, se intensificó la desconfianza de los representantes indígenas hacia las instituciones estatales, por cuanto los acuerdos ya alcanzados no fueron incorporados en los textos jurídicos. Las organizaciones indígenas siguen dudando de que el Estado vaya a respetar los derechos humanos y a equiparar equitativamente los intereses. A la luz de las experiencias obtenidas, las asociaciones indígenas perciben a las instituciones estatales y, particularmente al gobierno central, más como adversarios que como aliados.

Principios orientadores del procedimiento	Principios orientadores del procedimiento
Condición sine qua non y previa para el desarrollo del procedimiento de consulta.	Registro de pueblos indígenas elaborado por el Ministerio de Cultura - Viceministerio de Interculturalidad.
Primera etapa de preparación del proceso de consulta	Identificación de la medida legislativa o administrativa. Identificación de los pueblos indígenas u originarios. Publicidad de la medida legislativa o administrativa (apropiada culturalmente). Información sobre la medida legislativa o administrativa (motivos, implicancias, impactos y consecuencias).
Segunda etapa de evaluación interna y definición de la autodeterminación	Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente (plazo razonable).
Tercera etapa de diálogo	Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.
Etapa final de la toma de decisión (acuerdo o no acuerdo).	Decisión (tomando en cuenta la posible afectación de derechos en caso no exista acuerdo con los pueblos indígenas).
Fuente: Gamboa 2012: 3.	

Tabla N° 2. Regulación del procedimiento de la consulta (Ley N° 29785)

#### 2.4.2. Otras iniciativas legislativas sobre el derecho a la consulta

En otros países, como por ejemplo en México y, particularmente en la región andina, también se elaboraron y presentaron recientemente proyectos de ley sobre el derecho a la consulta previa. En Bolivia, la organización indígena CONAMAQ<sup>12</sup> elaboró y presentó al parlamento un proyecto de ley.<sup>13</sup> En el mismo se reflejan muchas peticiones de las organizaciones indígenas de la región. Hace poco, el congreso boliviano inició la elaboración de un nuevo proyecto de ley de consulta, el cual debe ser el resultado de consultas adecuadas. En Ecuador, congresistas elaboraron y presentaron en 2012 un proyecto de ley de consulta.

El mismo, con 20 artículos, es de carácter muy general.<sup>14</sup> Si bien la organización indígena CONAIE<sup>15</sup> apoya dicho proyecto, las poblaciones indígenas ecuatorianas no fueron ampliamente consultadas. En Colombia y en México el gobierno presentó una propuesta de ley de consulta. Sin embargo, existen fuertes críticas por parte de las organizaciones indígenas, tanto en relación a que las propuestas no fueron elaboradas de modo cooperativo, como también a algunos contenidos controvertidos.

Una comparación de la ley peruana con los proyectos de ley de Bolivia, Ecuador, Colombia y México muestra (véase Tabla 3) que las normas internacionales sobre consulta

12 Concejo Nacional de los Ayllus y Markas del Qullasuyu.

13 En el interin el CONAMAQ y la Confederación Indígena del Oriente Boliviano (CIDOB) elaboraron conjuntamente y presentaron un nuevo proyecto de ley.

14 En 2010 se envió al Congreso la versión anterior, casi idéntica; sin embargo la misma no se discutió desde entonces.

15 Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador

	<b>Titulares del derecho a la consulta</b>	<b>Instituciones estatales competentes</b>
<b>Perú</b> <b>Ley de consulta previa 29875</b> <b>(20 Art.)</b>	Comunidades andinas, campesinas y nativas, y pueblos amazónicos; creación de una base de datos	Autoridad competente para la medida planificada, acompañada de la autoridad para cuestiones indígenas
<b>Colombia</b> <b>Proyecto de ley del Congreso</b> <b>(32 Art.)</b>	Comunidades indígenas, roma, afrocolombianas, tribales y palanquero; creación de una base de datos	Unidad coordinadora para la consulta previa, del Ministerio del Interior y/o Secretarías de los gobiernos locales/regionales
<b>Ecuador</b> <b>Proyecto de ley, assembleístas</b> <b>Yantalema y Tibán</b> <b>(19 Art.)</b>	Comunas, comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas y afroecuatorianos, montubios	Consejo Plurinacional conformado por representantes del Legislativo, del Ejecutivo y de los titulares del derecho
<b>México</b> <b>Proyecto de ley,</b> <b>Comisión de asuntos indígenas</b> <b>del Congreso</b> <b>(26 Art.)</b>	Comunidades indígenas, incluso aquellas en espacios urbanos y alejados de su espacio vital originario	Legislativo y Ejecutivo; gobiernos autónomos; Autoridad legislativa federal especializada en cuestiones indígenas
<b>Bolivia</b> <b>Proyecto de ley, CONAMAQ</b> <b>(44 Art.)</b>	Pueblos y naciones indígenas y originarios; comunidades afrobolivianas	Gobiernos estatales (nacional, departamental, municipal); entidades públicas; instancia independiente de vigilancia

Tabla 3: Comparación de la Ley de Consulta peruana con proyectos de ley de otros Estados latinoamericanos.

Objeto de la consulta; aparte de medidas legislativas y administrativas	Proceso de la consulta	Decisión definitiva
Planes, proyectos y programas de desarrollo; las medidas anteriores no se revisan	Identificación de medidas y grupos afectados; información completa; evaluación interna por los consultados; diálogo con autoridades estatales; toma de decisiones	Es tomada por la autoridad competente; justificación apropiada incluyendo las repercusiones previstas sobre los derechos colectivos
Decisiones del departamento, de los distritos y los municipios; no se consulta, p. ej., ayuda humanitaria de emergencia	Asuntos nacionales: Apertura (2 semanas), información y diálogo (3 meses); Proyecto específico (4 meses): información y diálogo; taller sobre repercusiones; acuerdos; Protocolización	Autoridad estatal para licencias ambientales o Ministerio del Interior sin arbitrariedad ni autoritarismo; objetiva, razonable y proporcionada
Planes, programas y proyectos nacionales y regionales de desarrollo	Identificación de medidas y grupos afectados; difusión de información y diálogo; publicación oficial y monitoreo de los resultados	No especificado; el resultado de la consulta es vinculante y debe ser implementado de inmediato
Proyectos de desarrollo; no se consulta, p. ej., presupuesto del Estado	Planificación de actividades; consulta; registro sistemático de resultados; acuerdos; entrega de resultados a participantes	Se elabora documento con diferentes puntos de vista para ulteriores decisiones jurídicas
Se revisan medidas anteriores; no se consultan: medidas que vulneran las normas ambientales y de derechos humanos	Establecer contacto; difusión de información; planificación conjunta; consulta hasta que conste la decisión de los consultados	Resultados son vinculantes y deben ser implementados de inmediato



previa y CPLI se reinterpretan a nivel nacional de múltiples maneras. Se encuentran características comunes en la definición de quiénes tienen derecho a ser consultados, en la determinación de los objetos de la consulta, así como también en el desarrollo de los procesos de consulta. En cambio, existen claras diferencias en relación a establecer cuáles son las instituciones estatales responsables de la implementación, y en relación a la pregunta central respecto de quién decide en última instancia.

Una comparación entre la ley y los proyectos de ley también revela que existe la tendencia de definir a los titulares del derecho a la consulta de manera inclusiva. Esto significa que, la mayoría de las veces, no solo se define como únicos titulares del derecho a la consulta a los pueblos indígenas de las tierras altas y bajas, sino también, según el contexto, a las comunidades afro-descendientes, así como a las poblaciones roma, palenquera y montubia. En Colombia, un total de 5.709.238 personas declaró su pertenencia a uno de estos grupos (13% de la población total) (Departamento Nacional de Planeación 2011 citado en Amparo 2012). Según el último censo de 2011, 62% de los encuestados declaró pertenecer a un pueblo indígena. En Perú, UNICEF estima que la población indígena llega al 25-30%; en Ecuador, en el último censo, un 7,2% indicó sentirse afro-ecuatoriano y un 7,0% como perteneciente a un pueblo indígena. El 7,4% de los encuestados indicó su pertenencia al pueblo montubio de la costa, el cual, de conformidad con la Constitución de 2008, tiene los mismos derechos que los pueblos indígenas. México tiene el mayor número de personas indígenas de Latinoamérica: según el último censo de 2010, en este país viven más de 15 millones de indígenas, lo que equivale al 13% del total de la población. Por cierto, estas cifras solo pueden considerarse estimaciones aproximadas, debido a que las preguntas y datos del censo, como también los métodos de recogida de datos son a menudo muy controvertidos.

La definición de los objetos de la consulta es parecida en Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú: todas las medidas legislativas y administrativas que afectan a los grupos poblacionales mencionados deben ser consultadas con dichos grupos antes de su aprobación. La ley peruana y el proyecto de ley de Ecuador establecen además, explícitamente, que los planes, programas y proyectos de desarrollo también deben ser sometidos a consulta. En Colombia, el

proyecto de ley establece que el derecho a la consulta también se refiere a decisiones a nivel departamental, distrital y municipal. Algunas normas excluyen explícitamente determinados asuntos de la consulta. En el caso de Colombia, según los proyectos de ley, no pueden ser sometidos a consulta las medidas de ayuda humanitaria de emergencia y, tanto en Colombia como en México, los temas presupuestarios del Estado. En cambio, el proyecto de ley de los representantes indígenas en Bolivia formula que las medidas que vulneran los derechos ambientales o humanos son, por principio, improcedentes y por lo tanto no requieren ser consultadas. Este proyecto de ley es también el único que prevé una revisión y una consulta ulterior para medidas ya implementadas.

Las instituciones estatales responsables de la consulta se diferencian según la ley y/o iniciativa legislativa. El proyecto de ley de la organización indígena CONAMAQ, por ejemplo, prevé una instancia independiente propia que acompañe y vigile los procesos de consulta, de modo similar a lo previsto por el proyecto de ley de Ecuador. Este establece que, con la participación de representantes indígenas, debe crearse una nueva instancia dentro del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y los Pueblos del Ecuador CODENPE<sup>16</sup>, la cual debe estar a cargo de la ejecución de la consulta. Según la ley de consulta de Perú y el proyecto de ley mexicano, es la instancia estatal responsable de la implementación de las medidas legislativas o administrativas la que debe ejecutar el respectivo proceso de consulta. Además, en ambos países está previsto que la entidad a cargo de las relaciones interculturales y/o las cuestiones indígenas acompañe todas las consultas. La desventaja de esta solución es que las entidades responsables de las medidas planificadas casi siempre tienen un interés propio en que dichas medidas sean implementadas. Su rol como instancia mediadora y multiparcial es, por lo tanto, muy cuestionable. En Colombia, un ente coordinador del Ministerio del Interior sigue siendo el encargado de la ejecución del proceso de consulta. Aun cuando, en principio, esta solución sea considerada razonable, en la práctica, son a menudo las empresas interesadas las que tienen el protagonismo en la consulta y no el Ministerio del Interior. Al igual que en las instancias a cargo de la consulta de otros países como Bolivia y Perú, faltan, también en la institución colombiana, representantes indígenas. En

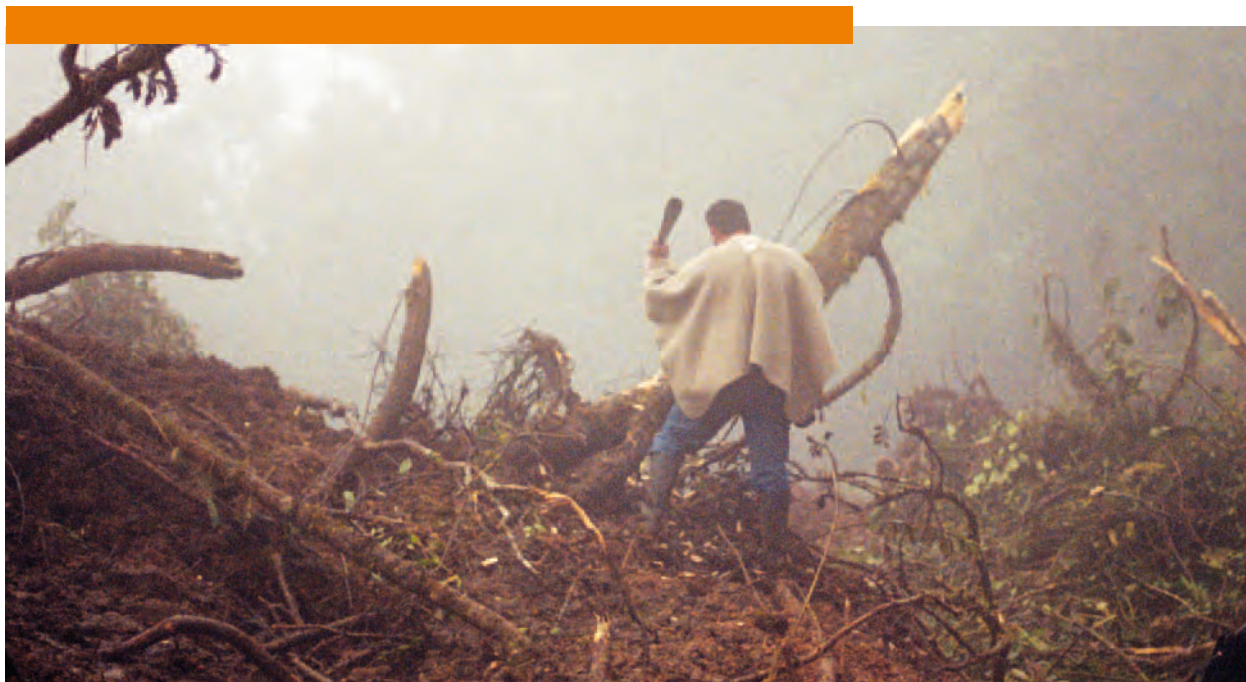
16 Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador.

todos los países latinoamericanos se presenta el problema referente a la multiparcialidad de las instituciones ejecutoras. Estas deberían velar por que las consultas tomen en consideración los derechos de todos los involucrados y por que tenga lugar una conciliación justa e intercultural de intereses.

El desarrollo de la consulta se divide generalmente en los siguientes pasos: Identificación de las medidas a ser consultadas y de los grupos afectados por las mismas; planificación de las respectivas consultas; difusión de información; discusión interna de los grupos afectados; diálogos interculturales entre la población afectada y los representantes del Estado; y, finalmente, la comprobación pública de los acuerdos alcanzados y de los puntos de discordia subsistentes. La formalización del proceso y la accesibilidad pública a la documentación de la consulta y a los resultados de la misma constituirían un avance importante con respecto a la actual situación, la cual en los Estados latinoamericanos se caracteriza por la falta de transparencia en el desarrollo y los resultados de la consulta ejecutada.

El punto más controvertido en todos los países se refiere a la pregunta sobre qué instancia toma la decisión defini-

tiva sobre la implementación de una medida y conforme a qué criterios. Esto atañe, al fin y al cabo, a la influencia que los grupos consultados efectivamente puedan ejercer. Los proyectos de ley de Bolivia y Ecuador, apoyados por las organizaciones indígenas, prevén que los acuerdos logrados en la consulta son vinculantes. Esta regulación no solo concedería a los grupos indígenas el derecho a la consulta previa, sino también la posibilidad de vetar las medidas planificadas. Sin embargo, es muy poco probable que el Legislativo y el Ejecutivo de los países acepten esta propuesta. En Colombia, el proyecto de ley establece (de conformidad con los fallos de la Corte Constitucional hasta el momento) que la decisión final recae en la instancia estatal competente. Sin embargo, esta decisión debe estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo. La misma debe ser “objetiva, razonable y proporcionada”. El significado real de esta formulación seguramente será objeto de controversia en la aplicación concreta. Asimismo, la ley de consulta de Perú concede el poder de decisión a la autoridad responsable de la medida. La entidad estatal deberá decidir de buena fe, tomando en consideración la perspectiva de los pueblos indígenas evidenciada en el diálogo y el análisis de las posibles consecuencias para los grupos afectados.



Territorio indígena destruido por una avalancha del barro en el Cauca, Colombia (imagen: cooperativa sub, Martin Barzilai)

## 3. La consulta previa en la práctica: déficits, desafíos y conflictos

“*In global policy circles relating to extractives, it seems that FPIC is everywhere discussed, but it is not much of an exaggeration to say that it is practised virtually nowhere.*”

Szablowski (2010: 127)

### 3.1. Una idea general sobre las prácticas consultivas en países latinoamericanos

No obstante la gran relevancia práctica y jurídica de la consulta previa y del consentimiento informado, son pocos los casos en que los mismos se implementan adecuadamente. Aunque la mayoría de los Estados que ratificaron el Convenio 169 de la OIT provienen de América Latina y, en esta región, a partir de 1990 los derechos de los pueblos indígenas están cada vez más anclados en las Constituciones, la implementación del derecho a la consulta sigue siendo deficitaria. En la mayoría de los Estados, la consulta previa o bien no se llevó a cabo, o los procesos implementados se limitaron a meros eventos informativos superficiales. Así, no obstante que el derecho a la consulta está anclado constitucionalmente en Bolivia y Ecuador y que ambos

Estados se reconocen como “plurinacionales”, no se sometieron a consulta decenas de leyes nuevas, como también proyectos de infraestructura y de explotación de recursos naturales (véase Defensoría del Pueblo de Ecuador 2011; DPLF 2010, 2011; Bacopé Sanjines 2011).

En otros países con gran porcentaje de población indígena y afro-americana como Perú, Guatemala y México, no se llevaron a cabo consultas previas apropiadas en relación a la planificación de proyectos de explotación de recursos y de infraestructura (véase Fulmer/Snodgrass Godoy/Neff 2008; Alayza Moncloa 2007; DPLF 2010, 2011; Noticias Aliadas 2011; Red Latinoamericana de Industrias Extractivas 2011; Garzón/Schilling-Vacaflor 2012). En muchos casos, no se efectuó la consulta y la población afectada recién se enteró de las actividades al inicio de las obras. En otros casos, fueron las empresas y no el Estado las que desempeñaron el rol protagónico, o los procesos llevados a cabo implicaron meros eventos informativos. Se conocieron también numerosos casos en los cuales se declaró que los proyectos eran emprendimientos legítimos, tras haber conseguido que algunos representantes indígenas dieran su consentimiento respecto de los proyectos planificados. Sin embargo, de conformidad con los criterios mínimos del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las



Ecuador: Bloqueo de una carretera en Quito en el marco de la marcha indígena por la vida, el agua y la dignidad, marzo 2012 (imagen: Juan David Cevallos)



Naciones Unidas, son las instancias representativas de la población afectada las que deben ser incorporadas a la consulta, y no solamente algunos representantes. Por tradición, no son personas aisladas quienes toman las decisiones de la población local, sino las asambleas inclusivamente conformadas.

Los dos casos excepcionales de América Latina en los cuales el Estado implementó decenas de consultas previas, son Colombia y Bolivia. Sin embargo, la calidad de estos procesos es a menudo cuestionable. Sin duda, Colombia es el país con la más larga y amplia experiencia en consultas previas. Ya a partir de 1994, el Estado colombiano ejecuta consultas previas. No se conoce públicamente el número exacto de consultas y, por lo general, la información sobre estos casos se maneja de modo poco transparente por el Estado. Amparo Rodríguez (2012) habla de un total de 148 consultas llevadas a cabo hasta octubre de 2012 sobre el uso de recursos naturales y la concesión de licencias ambientales, como también de 2 consultas sobre medidas legislativas (una de ellas se presentará más adelante en detalle como ejemplo de “buena práctica”). No obstante ello, una gran cantidad de proyectos de explotación de recursos no fue sometida a consulta. En cambio, las consultas realiza-

das frecuentemente resultaron ser “consultas exprés”, lo que significa que no se planificó suficiente tiempo para la necesaria transferencia de información y para el diálogo (ibíd.). Si bien oficialmente un equipo interdisciplinario del Ministerio del Interior de Colombia está a cargo de la consulta, en la práctica, el mismo desempeña un papel secundario, mientras que el rol protagónico lo desempeñan las empresas.

Los conflictos armados en Colombia dificultan seriamente la ejecución de consultas apropiadas. Hasta el momento, no se realizó consulta alguna acerca del estacionamiento de unidades militares en territorios indígenas y/o afro-colombianos. Incluso, una parte considerable de los egresos militares se destina a la protección de las industrias extractivas. No solo se utilizan dichos fondos para proteger de los paramilitares y de la guerrilla a este sector de la economía, sino también para “contrarrestar” la crítica y las protestas en contra dichos proyectos.

Muchos grupos consultados ya expresaron su descontento porque sus deseos y necesidades no fueron tomados en consideración al implementar las medidas planificadas. Por ende, muchos afectados consideran a la consulta como

#### Cuadro 7: De la consulta previa al consentimiento previo, libre e informado en Colombia por Gloria Amparo Rodríguez<sup>17</sup>

En Colombia, la consulta previa ha sido considerada como un obstáculo para el desarrollo, evidenciando una contraposición de intereses con las visiones de desarrollo predominantes en el país. Esto ha llevado a la judicialización de los casos y a la reglamentación inapropiada de los procedimientos de consulta previa (ver Decreto 1320 de 1998), dada por la falta de entendimiento de su carácter de derecho fundamental, que va más allá de un simple procedimiento administrativo para legalizar los proyectos.

Bajo este panorama debemos señalar que la consulta previa debe mirarse desde un enfoque o una perspectiva basada en los derechos humanos (Naciones Unidas 2006: 15), el cual se constituye en un marco conceptual que desde el punto de vista normativo, está basado en las normas internacionales y, desde el punto de vista operacional, está orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos. Su propósito es analizar las desigualdades que se encuentran en el centro de los problemas de desarrollo y, corregir las prácticas discriminatorias y el injusto reparto del poder que obstaculizan el progreso, en este caso, teniendo en cuenta las propias visiones de los pueblos indígenas.

En consecuencia, consideramos que los avances y retrocesos que se vienen dando en Colombia en relación con el Derecho Fundamental a la Consulta Previa, deben llevarnos a mirar no solamente la participación y la consulta como elementos fundamentales de protección, sino también el Consentimiento Previo, Libre e informado como una propuesta para superar las dificultades, constituyéndose en uno de los principales retos para la pervivencia social, cultural, económica y ambiental de dichos pueblos. .

Gloria Amparo en su ponencia “De la consulta previa al consentimiento previo, libre e informado en Colombia” presentada en el VIII. Congreso de RELAJU en Sucre, Bolivia el 24.10.2012.

17 Gloria Amparo Rodríguez es profesora e investigadora de la Universidad del Rosario de Colombia.

un formalismo “vacío de contenido”. El objetivo de estos grupos afectados sería que se los incluya efectivamente en los procesos de toma de decisiones desde el inicio hasta el fin de las actividades, para tener control sobre el desarrollo

de las mismas. Exigen el derecho al consentimiento y no solo a la consulta previa, como también el derecho al veto, en caso de que la actividad planificada no sea conciliable con las ideas de desarrollo del colectivo afectado.

#### Cuadro 8: Experiencias de Consulta y Participación del Chaco Tarijeño – Bolivia por Denise Humphreys Bebbington<sup>18</sup>

La TCO (Tierra Comunitaria de Origen) Itika Guasu, perteneciente al pueblo Guaraní, es la más grande (en términos de población y demanda territorial) y su población la más organizada de Tarija. El Campo Margarita – uno de los campos de gas natural más importantes de Bolivia – se encuentra dentro de esta TCO. Por casi seis años, sus líderes estuvieron inmersos en un proceso de negociación sobre las operaciones del consorcio REPSOL, British Gas y Pan American Energy. En abril 2011, la APG (Asamblea del Pueblo Guaraní) Itika Guasu logró cerrar las negociaciones con el operador del Campo Margarita, la empresa REPSOL, y anunció que recibirá un paquete de compensación por US\$14.8 millones. Se propuso crear un fondo para el desarrollo que será manejado por los guaraníes. Es el paquete compensatorio más grande que se conoce en Bolivia y marca pauta para otras organizaciones indígenas, no solo en Bolivia sino en el continente, y sus procesos de negociación con la empresa privada.

“Estamos orgullosos de conseguir este convenio que reúne condiciones especiales que lo convierten en único en Bolivia e incluso en América Latina y que no solo nos beneficia a nosotros, como integrantes de la APG IG, sino que los principios aceptados por ambas partes en el Convenio, son útiles y servirán de ejemplo a otras comunidades indígenas.” Never Barrientos, Capitan Grande APG Itika Guasu

Ha sido un camino largo y sinuoso para los Itikeños. A finales de la década 90 cuando empezaron los trabajos exploratorios iniciales no se realizó ningún proceso de consulta – a pesar de la existencia del Convenio 169 de la OIT. El gobierno firmaba contratos y extendía las licencias ambientales sin tomar en cuenta este Convenio Internacional. Entre 1998 y 2002 los líderes intentaron reclamar los impactos ambientales y sociales sin ningún éxito y a partir de 2003 la APG Itika Guasu empezó a tomar medidas de presión que afectaron a las operaciones del Campo Margarita. La APG Itika Guasu creó un equipo de monitoreo independiente y con el apoyo de ONGs y asesores técnicos empezaron a documentar los impactos. En 2006, los líderes Itikeños presentaron un informe de monitoreo independiente sobre la afectación de su territorio al Presidente Morales y a la empresa REPSOL. Aunque el gobierno del MAS mostró interés en ayudar a llegar a una resolución del conflicto, luego cambió de tono: la APG Itika Guasu tenía que negociar y llegar a un acuerdo con la empresa REPSOL sin intervención del Estado ya que “era un asunto de privados”. El proceso fue largo y doloroso para los Itikeños y consumió mucho tiempo de los líderes. Entre 2006 al 2011, la APG Itika Guasu tuvo que negociar con la empresa REPSOL en una situación de tremenda desventaja. Optando por la vía legal, la APG Itika Guasu trabajó con aliados en Europa armando sus argumentos legales e implementaba una estrategia de boomerang (Keck y Sikkink 1998) que funcionó a medias. El costo de tomar esta opción ha sido muy alto dejando la APG Itika Guasu con pocos aliados dentro del Departamento de Tarija y afuera.

A pesar de haber logrado una compensación “jugosa” como suelen decir sus críticos en Tarija, hay señales de conflicto y debilitamiento organizacional dentro de la APG Itika Guasu. Hace tiempo que no organizan su asamblea general – evento que antes se llevaba a cabo con mayor frecuencia. Por otro lado hay críticas sobre el acuerdo – un ex-asesor llama el acuerdo “moneda de pacificación” y cuestiona si el acuerdo beneficiará a la TCO a largo plazo. El contenido del acuerdo se mantiene un secreto y no se conoce un plan de seguimiento/vigilancia al acuerdo. (Ojo: muchas veces las empresas exigen cláusulas de confidencialidad que generan importantes consecuencias para los pueblos indígenas).

Por otro lado los procesos de consulta y participación involucrando la TCO Itika Guasu continúan siendo irregulares en relación a la construcción de gasoductos e infraestructura relacionada a la producción de gas en la TCO (con procesos de consulta abreviadas e improvisadas). Como los procesos de consulta están vinculados a la compensación monetaria, otros temas de importancia como el respeto hacia la cultura, la protección ambiental, la autonomía y el fortalecimiento organizacional pasan a segundo plano.

18 Dr. Denise Humphreys Bebbington, Assistant Research Professor for International Development, Community and Environment (IDCE), Clark University. Este texto ha sido extraído de su ponencia “Consulta, Conflicto y Capacidades: observaciones sobre la experiencia del Chaco Tarijeño” presentada en el VIII Congreso de RELAJU en Sucre - Bolivia el 25.10.2012.

En Bolivia, se han realizado consultas previas desde 2007 en el sector gasífero; entre junio 2007 y febrero 2012 se concluyeron 27 procesos. Todos los casos se cerraron con acuerdos concertados entre las comunidades afectadas y el correspondiente ministerio estatal (véase Schilling-Vacaflor impreso y, más adelante, en la descripción del caso de “buena práctica” de Bolivia). Sin embargo, también a este respecto, se puede elaborar una larga lista de críticas. Estas van desde la transmisión de información superficial, incompleta y parcializada hasta actividades irregulares no sancionadas de las empresas, con el fin de “convencer” a algunas familias para que den su consentimiento y para negociar, sin transparencia, las compensaciones al finalizar las consultas (Bascopé Sanjines 2010; Humphreys Bebbington 2012; Giné/Villaroel 2011). En el curso de las consultas se produjeron divisiones dentro de las comunidades y organizaciones indígenas.

Al igual que en Colombia, el carácter intercultural de la consulta era insuficiente: la información y el idioma que predominaron en estos procesos son técnicamente difíciles de comprender para los afectados. Los conceptos de la población local sobre su territorio, sus concepciones de desarrollo y sobre los procesos apropiados de toma de decisiones apenas se tomaron en cuenta. Las fuertes asimetrías de poder entre las comunidades indígenas, el Estado y las empresas, como también dentro de los diversos grupos poblacionales locales, se acentúan así aún más y Humphreys Bebbington (2012) advierte sobre el peligro de que las consultas intensifiquen de facto todavía más las desigualdades sociales, en vez de reducirlas. Así, las mujeres y los grupos poblacionales con poca formación escolar desempeñan un rol secundario en los procesos y, además, rara vez disponen de las indemnizaciones e inversiones que las empresas transfieren.

### 3.2. Conflictos por la consulta previa en proyectos de explotación de recursos y de infraestructura

“Consultar y obtener el consentimiento de las comunidades que sufrirán directamente y en carne propia los impactos ambientales y sociales de los proyectos petroleros, mineros o de cualquier naturaleza que se pretenda realizar en sus territorios es un imperativo ético, lógico y jurídico. Lo contrario, es decir perpetuar la práctica de hechos consumados para entregar concesiones a transnacionales a espaldas y contra la voluntad de los habitantes ancestrales, solo genera conflictos, dolor y pérdidas. La democracia exige que los derechos se cumplan.”

(Mario Melo, abogado en el caso Sarayaku)

No obstante la obligación legal de los Estados latinoamericanos, es poco el avance en la aplicación legítima y práctica del derecho a la consulta previa. Numerosos conflictos sociales y procesos judiciales dan testimonio de la ausencia o la ejecución deficiente de dichos procesos. En el marco del aumento de los proyectos de explotación de recursos, acelerado por los elevados precios del mercado mundial desde 2004, surgen muchos conflictos, particularmente en los sectores económicos de la minería y de la producción de petróleo y gas.

Así, en los últimos años, en Colombia, la Corte Constitucional suspendió varios proyectos petroleros y mineros por falta de consulta previa. En Ecuador, las organizaciones indígenas protestaron en contra de las nuevas Ley Minera y Ley de Aguas, como también en contra de los dos proyectos mineros en Kimsakocha y Zamora Chinchipe, debido a que todas estas medidas se llevaron a cabo sin consultas previas apropiadas. Los latentes y activos conflictos ambientales en Perú aumentaron de 80 casos en junio de 2006 a 247 casos en junio de 2012 (Defensoría del Pueblo del Perú 2006, 2012). Gran parte de estos conflictos gira en torno a proyectos mineros, en tanto que en Perú aproximadamente la mitad de todas las comunidades rurales ya están afectadas por la minería (véase Bebbington 2012: 15).

Pero también la producción de energías renovables y la ejecución de proyectos de infraestructura son blanco de

críticas de la población local, como también de numerosas organizaciones de derechos humanos y ambientalistas. La mayoría de los grandes proyectos de infraestructura en Sudamérica se llevan a cabo en el marco de la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana (IIRSA). Esta iniciativa se creó en el año 2000 en la primera cumbre de Estados sudamericanos en Brasilia y tiene por objeto principalmente una mejor interconexión física de la región. La IIRSA abarca un total de 524 proyectos. La mayor parte de estos pertenece al sector del transporte (construcción de carreteras, vías fluviales, conexión marítima, enlace ferroviario, aeronáutica) y asciende a 397 proyectos. Otros 63 proyectos se dedican a la producción y al transporte de energía (véase Garzón/Schilling-Vacaflor 2012). Muchos

proyectos de la IIRSA ya han sido suspendidos debido a las protestas. En Perú, se detuvo (al menos por el momento) la construcción de la gran central hidroeléctrica Inambari y, en Brasil, movimientos de protesta siguen intentando impedir la construcción de la central hidroeléctrica en Belo Monte (Brasil). En estos conflictos, la demanda de la ejecución de consultas previas apropiadas y/o la obtención del consentimiento informado desempeñan un papel central. En Bolivia, se lucha desde 2009 en contra de la construcción de una carretera a través del Territorio Indígena y Parque Nacional TIPNIS. Numerosas personas y organizaciones que protestaron en Latinoamérica en contra de proyectos de explotación de recursos y de grandes proyectos de infraestructura fueron víctimas de persecución o de crimi-

#### Cuadro 9: Riesgos de las consultas ineficaces: El conflicto del TIPNIS en Bolivia

El TIPNIS fue declarado parque nacional ya en 1965. La región no solo es rica en biodiversidad, sino que también cumple la función de refugio para los pueblos indígenas cuyos espacios de vida están afectados por la migración interna (principalmente productores de cacao), como también por la agroindustria. A consecuencia de la primera marcha de protesta de los pueblos indígenas de tierras bajas en 1990, el TIPNIS fue oficialmente declarado territorio indígena. En este viven los pueblos Yuracare, Chimanes y Mojeño Trinitarios. Sin embargo, en la parte sur del TIPNIS, se asentaron también migrantes provenientes de las regiones andinas; 95% de estas nuevas familias vive de la producción de cacao.

El conflicto del TIPNIS alcanzó su punto álgido entre agosto y octubre de 2011, luego de que la asamblea legislativa „plurinacional“ aprobara un crédito para la construcción de una carretera y ya había sido entregada maquinaria para dicha construcción. Esta obra forma parte del proyecto de infraestructura para la integración regional de Sudamérica (IIRSA). La misma debía ser ejecutada por la empresa brasileña OAS. No obstante que el derecho de los pueblos indígenas de Bolivia a la consulta previa en medidas que los afecten está anclado en la Constitución, no se consultó previamente a dichos pueblos. La violación del derecho a la consulta y la falta de compatibilidad social y ambiental de la obra motivaron la marcha de protesta que tuvo gran apoyo nacional e internacional.

Luego de una marcha a pie de 65 días y, a pesar de la represión policíaca, el movimiento de protesta logró concertar un acuerdo con el gobierno de Morales, en el cual se dio por suspendida la construcción de la carretera. También se sancionó una ley al respecto (Ley No. 180). Pocas semanas después de que el gobierno hubiera cedido, se reanudaron las protestas, esta vez de las comunidades de la parte sur del TIPNIS. Estas, en su mayoría, desean que se construya la carretera a la espera de mejores vías para el comercio y de impulsos al desarrollo. Aunque este movimiento de protesta tuvo mucho menor protagonismo y apoyo público, el mismo logró en febrero 2012 que se aprobara una ley (Ley 222) para convocar a una consulta previa sobre la intangibilidad / construcción de la carretera en el TIPNIS.

La consulta comenzó el 29 de julio de 2012 y culminó en diciembre de 2012. Hace poco, la Iglesia católica publicó conjuntamente con la Asamblea Permanente de Derechos Humanos de Bolivia (APDHB) un informe crítico sobre este proceso. Previamente, estas organizaciones habían creado una comisión y visitado, junto con la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), 35 comunidades del TIPNIS, con el fin de conocer sus impresiones acerca de la consulta. La comisión llegó a la conclusión de que la consulta había tenido graves déficits que debían ser tomados en cuenta. Entre otras cosas, el gobierno habría entregado regalos antes y durante la consulta a las comunidades afectadas, y les habría prometido desarrollo y numerosos servicios. La consulta no habría tomado en cuenta lo suficientemente las normas y los procedimientos propios de la población local. También se constató que la información transmitida sobre la construcción de la carretera y los impactos previstos era superficial e incompleta. La consulta no condujo a que se trataran efectivamente los conflictos de intereses ni a encontrar soluciones de compromiso. Entre y dentro de las comunidades locales habrían aumentado drásticamente los conflictos entre quienes estaban a favor y en contra de la construcción de la carretera.

nalización de las protestas. Entre los grupos de defensores de los derechos humanos particularmente expuestos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH 2011) se refirió tanto a representantes de comunidades indígenas y campesinas, como también a defensores del derecho a un medio ambiente sano.

Defensores del medio ambiente y organizaciones indígenas forman a menudo alianzas con el fin de movilizarse en contra de los proyectos de explotación de recursos naturales y de grandes proyectos de infraestructura. Sin embargo, sus objetivos no siempre son coincidentes (véase McNeish 2012) y, con demasiada frecuencia, las opiniones sobre los proyectos previstos dentro de los grupos poblacionales locales están divididas. Muchas veces se da el caso en que no se rechaza el proyecto en sí, sino el modo en que determinados proyectos se ejecutan. Pero, la poca integración de la población local lleva frecuentemente al surgimiento de una oposición radical a los proyectos previstos y al total rechazo de los mismos.

Este desarrollo conlleva el riesgo de una polarización y de una escalada de los conflictos. Las experiencias, hasta ahora negativas, de numerosos grupos poblacionales indígenas con la consulta previa podrían generar un rechazo generalizado a estos procesos. Se desperdiciaría entonces la oportunidad de utilizar dichos procesos como instrumentos para la resolución pacífica de conflictos. Así, algunas comunidades en México, Colombia y Ecuador, ya tomaron la decisión de no participar en las consultas previstas. Sin embargo, para que estos procesos resulten interesantes para los afectados, deben realizarse profundas reformas (véase Cap. 7 Lecciones aprendidas y Recomendaciones). En este contexto, un primer paso importante sería que los Estados estén dispuestos no solo a “consultar” pro forma a los grupos afectados, sino también a permitirles efectivamente tomar parte en la decisión.

#### Cuadro 10: Consulta previa y viabilidad política de las Industrias Extractivas por Javier Arellano Yanguas<sup>19</sup>

El reconocimiento del consentimiento libre e informado a las actividades extractivas mejoraría la situación de dos maneras. En primer lugar, si la población acepta la presencia de una operación, los sectores más radicales no podrán ya utilizar el discurso radical de la oposición mayoritaria a la minería. Por supuesto, la minería seguirá generando tensiones, pero es previsible que de menor intensidad. En segundo lugar, la población expresaría sus deseos de forma más responsable si supiera que las autoridades toman en serio sus opiniones e intereses. En algunas regiones mineras, es normal encontrar grupos que expresan su oposición a la minería sin que realmente tengan intención de impedir la expansión de la actividad. Como todo el mundo presume que el Gobierno apoya sin reservas a las empresas mineras, oponerse a sus planes es la actuación más lógica de la población, sea cual sea su opinión real. Sabedores de que su opinión no va a tener consecuencias reales, una clara oposición a la actividad extractiva tiene ventajas en la negociación de las compensaciones y sirve para mantener una constante amenaza sobre las compañías. Por el contrario, si su opinión tuviera consecuencias efectivas sobre el futuro de la operación, la mayoría de ellos argumentaría que no se oponen a la minería pero sino a la forma en que las empresas actúan. Para ello el proceso de consulta debe incorporar las provisiones necesarias para que haya una propia deliberación y la población tenga la información necesaria.

Evidentemente, la implementación efectiva del consentimiento previo libre e informado y la introducción de la planificación territorial significaría que algunos de los proyectos de inversión en el sector no podrían ser desarrollados. Seguiría habiendo casos de oposición genuina en los que la población preferiría vivir sin minería. Sin embargo, las compañías mineras y el gobierno deberían sopesar esta “pérdida” con la mejora de la estabilidad política y la seguridad a largo plazo que ganarían para el sector minero.

Teniendo en cuenta la tendencia de los gobiernos a complacer a las empresas para facilitar sus inversiones, la introducción de estas innovaciones institucionales depende en gran medida de los cálculos de los principales operadores empresariales. Las grandes empresas transnacionales, más sensibles a la inestabilidad política y al costo de reputación de los conflictos, pueden estar más inclinadas a apoyar esos cambios.

Javier Arellano Yanguas en su ponencia “Consulta previa y viabilidad política de las Industrias Extractivas” presentada en el VIII. Congreso de RELAJU en Sucre - Bolivia el 26.10.2012.

<sup>19</sup> Javier Arellano Yanguas es miembro e investigador del Institute of Development Studies de la University of Sussex y del Centro de Ética Aplicada de la Universidad de Deusto, Bilbao.

### 3.3. Una expresión de la oposición: consultas/ encuestas auto-organizadas por la población local

A raíz de la falta de cumplimiento del deber del Estado de llevar a cabo consultas previas apropiadas, numerosas comunidades indígenas en Latinoamérica realizaron consultas y/o encuestas auto-organizadas a los ciudadanos. Aun cuando estos procesos, por lo general, no son reconocidos por los Estados, los mismos tienen una gran importancia política y simbólica. Estos procesos atraen la atención de la opinión pública y llevan, en muchos casos, a la creación de nuevas alianzas, como por ejemplo con las ONG. Con el fin de conseguir un amplio apoyo de los medios y de la población, la crítica de los grupos opositores casi siempre va dirigida a los temidos daños ambientales y a la vulneración de los derechos humanos a través de las actividades planificadas, mientras que, en las discusiones internas, son a menudo los factores económicos, como la participación en los beneficios, los que juegan también un rol importante. Como consecuencia de las auto-consultas, muchas empresas tuvieron que retirarse o perdieron su apoyo financiero. Las consultas y/o encuestas auto-organizadas son casi siempre una reacción a la falta de transparencia, la falta de información, a percepciones y experiencias negativas con proyectos similares, así como también a la escasa disposición del Estado y de las empresas involucradas hacia la negociación, con respecto a las actividades previstas de explotación de recursos o de desarrollo. En parte, las mismas también persiguen el objetivo de ejercer presión para que se aumente la participación en los beneficios de la población local. Casi siempre, estos actos político-simbólicos de oposición se llevan a cabo por medio de encuestas y votación de los afectados.

En el distrito peruano de Tambogrande, por ejemplo, se realizó en junio de 2002 una votación sobre los planes de la empresa Manhattan Minerals, en la cual participaron 120.000 miembros de la comunidad, es decir el 78% de la población con derecho al voto, y el 98% de esta votó en contra del proyecto (Laplante/Spears 2008: 106-107). Luego de ello, la empresa ya no pudo encontrar un socio principal para el proyecto y se retiró de la región, perdiendo aproximadamente 60 millones de dólares. Esta forma de protesta contra los proyectos de explotación de recursos naturales inspiró a otras comunidades locales dentro de Perú y también en otros países, como Guatemala y Ecuador, a activi-

dades similares (véase Fulmer 2010). Así, las comunidades peruanas de Ayacaba, Huancabamba y Carmen de la Frontera llevaron a cabo en 2007 una auto-consulta mediante votación, en la cual el 90% de la población votó en contra del proyecto minero Río Blanco previsto (Hoetmer 2009). La oposición de la población local y una demanda contra la empresa llevaron a la suspensión del proyecto previsto. En Guatemala, a raíz de la falta de consultas previas organizadas por el Estado, más de 70 comunidades ya han realizado referendos, en los cuales una gran parte de la población se pronunció en contra de los proyectos mineros planificados (Western Peoples Council/Center for International Environmental Law 20. Juli 2012).

Los ejemplos mencionados evidencian que la oposición de la población local a los proyectos de explotación de recursos y de infraestructura les puede costar caro a las empresas interesadas. La suspensión, aunque solo sea temporal, de estos proyectos por protestas, litigios u otras formas de oposición, puede reducir notablemente las ganancias de las empresas. En casos de conflicto y, en el marco de una reputación en deterioro de las empresas respectivas, también los donantes y accionistas suelen retirarse. Son cada vez más las empresas que reconocen que “los proyectos son exitosos a largo plazo, si estos cuentan con el amplio apoyo de las comunidades locales —entre ellas los pueblos indígenas— desde el comienzo hasta el final del proyecto” (citado en Laplante/Spears 2008: 86).

## 4. Ejemplos de buenas prácticas de Bolivia, Colombia y México

La búsqueda de buenas prácticas en la consulta previa se hace difícil. Mientras que gobiernos como los de Canadá, Colombia y Bolivia presentan como ejemplos de éxito a las consultas llevadas a cabo en sus países, estos procesos son catalogados como muy deficientes por las organizaciones indígenas involucradas, como también por las ONG. A continuación describiremos brevemente tres consultas que son consideradas como ejemplos relativamente exitosos por los consultados. Relativamente exitoso significa, en este contexto, que las consultas no pueden precisamente ser consideradas exitosas en su totalidad, existiendo al respecto diversas críticas. Sin embargo, las mismas incluyen, por lo menos, elementos importantes por medio de los cuales se destacan positivamente de otros procesos.

Entre estas características positivas se encuentra el carácter proactivo de los consultados y la influencia de los mismos en las decisiones tomadas finalmente, la información vasta y diversa recibida y/o conseguida por ellos mismos, como también las discusiones inclusivas y en profundidad dentro de los grupos poblacionales afectados. La apertura de las instancias estatales involucradas, tanto en relación al procedimiento, como también a los resultados, tendiente a lograr compromisos con los grupos afectados, fue una condición necesaria en todos los procesos. Las tres consultas indican, sin embargo, cuán distinta y singular puede ser cada consulta y cuán importante es consensuar este instrumento de modo flexible en el contexto respectivo.

En este contexto cabe mencionar como limitante que ninguna de las consultas descritas cuestionó los intereses económicos estratégicos de los Estados. Si este hubiera sido el caso, la disposición al compromiso de las instancias estatales involucradas hubiera resultado probablemente mucho menor. En estos casos, el foco en la mejora de las consultas probablemente no alcanzaría, debido a que primeramente deberían crearse las condiciones básicas necesarias para un verdadero diálogo. Entre dichas condiciones estaría el cuestionamiento a los modelos predominantes de desarrollo, en los cuales se declara a la industria extractiva por se como de interés nacional, de mayor relevancia que las concepciones locales de desarrollo.

### 4.1. Bolivia: Consulta sobre exploración gasífera en Charagua Norte

En Bolivia, desde la aprobación del Decreto 29033 el 16 de febrero de 2007 hasta finales de febrero de 2012 se llevó a cabo un total de 27 consultas sobre actividades gasíferas planificadas. La mayoría de estas consultas se realizaron por actividades en Santa Cruz y en Tarija. Por motivo de la expansión de la explotación gasífera, entre otros, en zonas intactas hasta entonces, también tuvieron lugar algunos procesos en los departamentos de La Paz, Cochabamba y Chuquisaca. Casi todas las consultas fueron realizadas a comunidades guaraníes afectadas. Los guaraníes son el pueblo indígena de Bolivia más afectado por los proyectos gasíferos; según Perrault, el 83% de todas las reservas de gas se encuentran en los territorios habitados y utilizados por ellos (Perrault 2008: 9).

La Tierra Comunitaria de Origen (TCO) y comunidad indígena guaraní Charagua Norte fue consultada entre el 16 de diciembre de 2009 y el 24 de junio de 2010 por exploraciones gasíferas planificadas por la empresa Pluspetrol Corporation Bolivia en su territorio (véase Bascopé Sanjines 2010: 159ff.). Luego de que las instituciones estatales iniciaran el proceso, en el cual realizaron asambleas con representantes de las comunidades locales donde se transmitió información difícil de entender, parcial y superficial sobre el proyecto, la organización indígena guaraní expresó sus críticas al proceso. En el marco de una asamblea general de las organizaciones guaraníes locales, regionales y nacionales pertenecientes a la Asamblea del Pueblo Guaraní (APG) exigieron que la consulta, que ya se había iniciado, se estructurara de un modo más inclusivo y que hubiera mayor integración de la población local (no solo de sus representantes), así como también del nivel nacional de la organización. Debían emplearse expertos locales como asesores del lado indígena y la información deficiente debía ser complementada y corregida. La autoridad estatal competente cedió a las demandas, aumentó el presupuesto previsto y prolongó el plazo.

Se contrató a expertos locales y especialmente las personas a cargo del monitoreo ambiental local hicieron importantes contribuciones y entregaron información acerca de la identificación abarcadora de posibles impactos ecológicos y sociales, como también respecto del

establecimiento de medidas necesarias para reducir las influencias negativas previstas. Las posibles consecuencias del proyecto fueron especificadas en detalle en relación al agua, al suelo, al aire, a la flora, la fauna, la vida social y cultural, la economía local y a los individuos (p. ej., salud) y, sobre esta base, se formularon medidas obligatorias para mitigar o evitar los impactos negativos. Además, el uso de mecanismos estrictos de monitoreo y control es una dimensión importante de las medidas concertadas.

En el marco de las inspecciones de campo se identificó un sitio sagrado que debe permanecer intacto con el proyecto. El acuerdo también establece que el uso de agua de la empresa debe limitarse a un determinado manantial de agua. Se decidió que una línea sísmica del proyecto de exploración debía desplazarse en 500 metros, para minimizar los impactos negativos previstos. La empresa debe presentar al respecto un informe mensual sobre la calidad del agua en el territorio afectado y contratar prin-

cialmente mano de obra local. Luego de terminada la consulta, la APG acordó además con la empresa el pago de indemnizaciones por un monto de USD 100.000 por los daños producidos por el proyecto previstos a largo plazo en el territorio.

#### 4.2. Colombia: Consulta sobre el decreto sobre reparación y restitución de tierras a pueblos indígenas<sup>20</sup>

En Colombia se llevó a cabo en el año 2011 una consulta sobre un Decreto Ley de gran relevancia para los pueblos indígenas del país (Decreto Ley 4366 de 2011 sobre reparación y restitución de tierras a favor de los pueblos indígenas víctimas del conflicto armado y otras violaciones graves de sus derechos). Si bien esta no fue la primera consulta pre-legislativa en Colombia<sup>21</sup>, la misma, por diversos motivos, tiene un carácter pionero y es considerada, también por los consultados, como uno de los



Bolivia: Comunidad indígena en un bloqueo de carretera en el contexto de la guerra de gas 2003 (imagen: Nicolas Pousthomis)

<sup>20</sup> Véase Rodríguez Garavito/Ordúz Salinas 2012.

<sup>21</sup> Por ejemplo, poco antes de esta consulta se realizó una consulta sobre el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 (véase Rodríguez Garavito/Ordúz Salinas 2012).



raros casos de buenas prácticas (véase Rodríguez Garavito/Orduz 2012).

La consulta sobre este decreto ley constituye una excepción, ya que la misma cumple solo parcialmente con el carácter de una consulta “previa”. Bajo el gobierno de Juan Manuel Santos, tras una larga insistencia, finalmente se tomó la iniciativa política de sancionar una ley sobre las víctimas del conflicto armado en Colombia, la cual se fusionó con otra iniciativa jurídica para la restitución de tierras. Sin embargo, dicha ley no fue sometida a consulta con los pueblos indígenas y afro-colombianos. Debido a que las organizaciones indígenas no querían bloquear la ley, buscaron una salida que protegiera los derechos de las víctimas del conflicto armado y de los desplazados de sus tierras, y que también garantizara su derecho a la consulta previa. Si bien esta solución no fue considerada óptima, hubo consenso para conceder excepcionalmente al presidente de Colombia facultades especiales para que, luego de una consulta adecuada, pudiera adoptar un decreto ley para los pueblos indígenas, afro-colombianos y para las comunidades roma.

Fue de primordial importancia para el éxito de esta consulta la existencia de la Mesa Permanente de Concertación Nacional (MPC), una plataforma de diálogo creada en 1996 para las organizaciones indígenas y el gobierno. El Ministerio del Interior y el director de asuntos indígenas tuvieron también un rol protagónico en la ejecución de la consulta. También acompañaron el proceso de la consulta expertos de la Universidad del Rosario y la Universidad de los Andes de Colombia y el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJusticia.

Las organizaciones indígenas comenzaron a prepararse ya en diciembre de 2010 para la consulta sobre la ley de víctimas del desplazamiento forzado (Ley de Víctimas). Esta prolongada fase de preparación fue muy importante para contar con suficiente tiempo para la transmisión de información, la discusión al respecto y la elaboración de los propios puntos de vista y peticiones. En esta fase se invitó a expertos y se realizaron numerosos eventos informativos. De la consulta que se había realizado poco antes sobre el Plan Nacional de Desarrollo también se extrajeron enseñanzas para el nuevo proceso. Por ejemplo, las demandas de las organizaciones indígenas eran tratadas,

para descontento de estas, por separado, de acuerdo a la división interna del gobierno. Uno de los deseos de las organizaciones indígenas era, por lo tanto, que solo una instancia gubernamental negociara con ellas y se preocupara de la armonización interna con las diversas instituciones estatales.

La propuesta de las organizaciones indígenas sobre la concreta ejecución de la consulta fue aceptada e implementada por el gobierno (a excepción de las rondas de diálogo locales). El proceso fue acompañado constantemente por el Ministerio del Interior y por el director de asuntos indígenas. Luego de las discusiones en el marco de la Mesa Permanente de Concertación (MPC) los debates se trasladaron al Ministerio del Interior. Allí se discutió minuciosamente cada uno de los artículos y las modificaciones a cada uno de ellos se proyectaron en la pared de un modo comprensible para todos. Recién se pasaba al siguiente artículo tras haber conseguido un consenso. Los artículos sobre los cuales no se hallaba un consenso eran resaltados y transferidos para debate a la MPC. Por lo general, existía un entorno favorable para el diálogo y para alcanzar compromisos.

Los puntos que se discutieron luego en la MPC fueron: el momento a partir del cual se debía indemnizar y restituir sus territorios a las víctimas; la necesidad de consentimiento (CPLI) y no meramente la ejecución de la consulta previa en la elaboración de planes concretos para la reparación colectiva, como también en otras medidas que afectarían a los territorios indígenas; la prohibición de solamente otorgar indemnizaciones monetarias por pérdida de tierras y el establecimiento de condiciones rigurosas para el otorgamiento de licencias ambientales en territorios indígenas. En el marco de la MPC se alcanzaron acuerdos sobre muchos de estos puntos conflictivos. Solo no hubo consenso respecto del momento a partir del cual comenzar con la reparación y respecto del otorgamiento de licencias ambientales. En relación al último punto fue particularmente decisiva la oposición del Ministerio del Ambiente.

El borrador consensuado del decreto se discutió posteriormente a nivel regional con las organizaciones indígenas y afro-colombianas. Estos eventos se planificaron y realizaron conjuntamente por el Ministerio del Interior

y los respectivos representantes de las organizaciones regionales. Numerosas organizaciones regionales —las cuales a menudo adoptaban una postura crítica a raíz de experiencias negativas pasadas en relación a la consulta— manifestaron la crítica acerca de que los eventos regionales no serían suficientes para facilitar discusiones informadas. Como reacción, el gobierno hizo posible la financiación de asambleas adicionales de los pueblos indígenas, con el fin de que estos analizaran detalladamente el texto e incorporaran otras peticiones.

En la reunión suprarregional final con diversos funcionarios y ministerios estatales, era grande el temor de las organizaciones indígenas y afro-ecuatorianas de que fueran las instancias estatales no involucradas hasta el momento las que pudieran echar por tierra los acuerdos concertados anteriormente. Por consiguiente, se invitó a numerosas universidades nacionales e internacionales, a ONG, como también a representantes de las Naciones Unidas a observar y seguir el desarrollo de este proceso. El temor de las organizaciones consultadas resultó fundado, debido a que el Ministerio del Ambiente, el Ministerio de Vivienda y Desarrollo Territorial y el Ministerio de Minería hicieron objeciones a algunos artículos. No en último término, el apoyo del Ministerio del Interior y de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, a cargo de la revisión del decreto ley, llevó a que los ministerios que no habían estado involucrados hasta el momento apenas pudieran hacer valer sus objeciones.

Si bien las organizaciones indígenas y afro-colombianas del país están en su mayoría conformes con el resultado del decreto ley, ello no significa que los futuros procesos se desarrollen de manera similar. Particularmente la disposición al compromiso de las instituciones estatales y la observancia de los acuerdos alcanzados no deberían darse por sentadas. Para los procesos futuros sigue existiendo el interrogante sobre cómo se puede garantizar que las perspectivas y necesidades de los pueblos indígenas y las comunidades afro-colombianas y roma encuentren cabida en las decisiones finales.

### 4.3. México: El caso Cherán<sup>22</sup>

La comunidad indígena San Francisco Cherán se encuentra en el estado federal Michoacán de México. Su principal fuente económica de ingresos es tradicionalmente la silvicultura. Desde 2007 los miembros de la comunidad se quejan de las crecientes talas ilegales y de la criminalidad organizada a través de actores externos, lo cual fue vinculado con el gobierno municipal. Tras conflictos violentos entre miembros de la comunidad y algunos actores externos indeseados, la comunidad decidió encargarse de la seguridad que el Estado no garantizaba. Organizaron comisiones de control y protección y levantaron barricadas. Finalmente el gobierno municipal abandonó la comunidad.

Cuando se estaban por celebrar elecciones en el municipio, la comunidad presentó a la autoridad electoral de Michoacán el 6 e junio de 2011 un documento con la resolución adoptada por una asamblea general de no asistir a la votación. Pocas semanas después se envió una segunda carta a dicha autoridad solicitando que, como comunidad indígena, pudieran designar a las autoridades según los propios procedimientos. La autoridad denegó el pedido alegando que no tendría la potestad para permitir dicha elección. A consecuencia de ello, la comunidad presentó una demanda ante el Tribunal Electoral regional en defensa de sus derechos políticos.

El Tribunal reconoció el derecho a la autodeterminación de la comunidad y suspendió la votación prevista. El mismo decidió que la autoridad electoral regional debió haber constatado por medio de una consulta previa si la mayoría de la comunidad indígena estaba de acuerdo en celebrar las elecciones según los propios usos y costumbres. La consulta debía llevarse a cabo conforme a los principios del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La consulta debía ser endógena, libre, pacífica, informada, democrática, equitativa, socialmente responsable y autogestionada.

22 Versión abreviada del documento presentado por Erika Bárcena Arévalo e Iran Guerrero Andrade “El derecho a la consulta y a la libre determinación: el caso paradigmático de Cherán” en el VIII Simposio de la RELAJU en Sucre-Bolivia el 24.10.2012.

Para realizar la consulta, la comunidad y la autoridad electoral crearon respectivamente una comisión, las cuales trabajaban conjuntamente. La comisión de la comunidad informaba a la autoridad electoral acerca de sus usos y costumbres. La misma propuso ejecutar las fases de difusión de información y de la consulta en el marco de asambleas en los cuatro distritos. Para las asambleas, la comisión de la comunidad invitó a tres científicos especializados en derechos indígenas y la autoridad electoral invitó a un cuarto experto. En el marco de las asambleas se acordó llevar a cabo la siguiente votación: Levante la mano

- 1) quien esté de acuerdo con el sistema de los propios usos y costumbres;
- 2) quien no esté de acuerdo con el sistema de los propios usos y costumbres.

Los resultados de las votaciones se incorporaron de inmediato a un documento oficial. El rol de la autoridad electoral se limitó principalmente a verificar que los procedimientos se desarrollaran de manera normal. La misma tenía la facultad de interrumpir las asambleas si se quebrantaban los principios que el Tribunal había establecido.

De los 5.023 miembros presentes de la comunidad, 4.846 votaron a favor de la autogestión según los propios usos y costumbres y 8 en contra. Como reacción a la consulta, otra comunidad, la de Santa Cruz Tanaco, decidió independizarse de la comunidad San Francisco Cherán.

## 5. Consulta previa (CPLI) y cooperación al desarrollo

“Assisting indigenous peoples in articulating, exercising and asserting their right to self-determined development as it affects their lives and the land they occupy or otherwise use is the explicit objective of German development cooperation. German development policy is committed to the principles of non-discrimination, participation and empowerment, the principles of “do no harm”, and to free, prior and informed consent by indigenous peoples and their organizations with regard to the planning and implementing of projects affecting their interests.”

(Harald Klein, AL 2, BMZ, Berlin, März 2011)

La cooperación al desarrollo con pueblos indígenas está dirigida, entre otros aspectos, a “evitar efectos nocivos sobre pueblos indígenas (principio de no hacer daño) y respetar el principio del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas y sus organizaciones en la planificación y ejecución de proyectos que afecten a sus intereses” (Estrategia 142 del BMZ, pág. 15). Existe un consenso general en relación a que el CPLI entraña el potencial de proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas. La consulta previa y el consentimiento previo libre e informado brindan la oportunidad de garantizar efectivamente que los pueblos indígenas participen en los procesos de

toma de decisiones relevantes para ellos, evitando así los conflictos.

La cooperación al desarrollo aborda el tema de modo directo en su actividad de asesoramiento. Esto se refiere al asesoramiento en los procesos legislativos, en el diseño de los procesos de participación y consulta y el anclaje jurídico de los mismos, como también al asesoramiento en ámbitos políticos específicos, como en la implementación de REDD+ (Reducing Emissions from Deforestation and Degradation) o en proyectos para la aplicación del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Sobre todo en los dos ámbitos políticos mencionados en último término, ya existe una serie de directrices e instrumentos para la implementación de procesos de consulta que fueron desarrollados con apoyo de la cooperación alemana al desarrollo. Sin embargo, éstos todavía no son suficientes para abordar los numerosos desafíos prácticos que enfrentan los gobiernos y deben ser retomados por la cooperación al desarrollo, si esta desea asesorar en los procesos de consulta.

Los **interrogantes que persisten** son:

- ¿Cómo se comporta el CPLI en relación a la autogestión comunitaria? ¿Los indígenas deben tener más derechos que otra población afectada, aunque el estilo de vida de las mismas apenas se diferencie? ¿Quién es representante legítimo de los indígenas; cómo se lo designa?



Quito, Ecuador, marzo 2013 (imagen: Juan David Cevallos)

- ¿Qué medidas legislativas y administrativas deben ser sometidas a consulta? ¿Quién define los límites de la afectación?
- ¿Quién asume los gastos del proceso de consulta con el fin de brindar a los afectados la posibilidad de coordinarse internamente? ¿Es esta/puede ser esta una tarea de la cooperación al desarrollo?
- ¿Cómo se abordan los conflictos de intereses dentro de las comunidades indígenas? ¿Cómo se abordan los conflictos de intereses entre dos pueblos indígenas o entre población indígena y no indígena de la misma región?
- Es de vital importancia la pregunta respecto de cómo se pueden equilibrar las insuficientes capacidades de negociación de las comunidades indígenas frente al Estado o las empresas, en vista de las desiguales relaciones de poder.

A la luz de tantos interrogantes que persisten, el relator especial de las Naciones Unidas para pueblos indígenas, Prof. J. Anaya, propuso en el seminario de la GIZ realizado en 2012 sobre el consentimiento previo, libre e informado, poner el foco del debate en el tema de asegurar los derechos humanos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. Al quedar aclarado el tema respecto de cuáles son los derechos afectados y quiénes son los titulares de los mismos, los temas relacionados al procedimiento se resolverían más fácilmente. Si bien esta secuencia de los pasos a seguir es importante, la cooperación al desarrollo necesita respuestas a los interrogantes arriba mencionados.

Pero la cooperación al desarrollo no se dedica solamente al asesoramiento. También es un actor directo que en sus programas debe obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, en tanto los mismos conciernen a dichos pueblos. Este es el caso referido al apoyo prestado por la cooperación financiera a proyectos de infraestructura, como parques eólicos, carreteras o similares, si estos afectan a territorios indígenas. Esto coloca a la cooperación al desarrollo frente a un gran desafío, por cuanto la misma posiblemente deba llevar a cabo el proceso de consulta en una situación marcada por tensiones entre las partes (generalmente gobiernos) y la población local, y en la cual los procesos sean aún muy confusos. Además, a menudo existirán normas jurídicas que se superponen entre sí.

Considerando las complejas situaciones políticas en las cuales la cooperación alemana al desarrollo se confronta con el tema de la implementación del CPLI, y en vista de la falta de modelos, para seguir desarrollando el tema, podría ser una contribución fundamental de la cooperación al desarrollo a) apoyar a comunidades y organizaciones indígenas a recopilar y sistematizar sus conceptos de buenos procesos de consulta, con el fin de incorporarlos a los respectivos procesos legislativos y b) recopilar experiencias de los diversos procesos de consulta realizados en todo el mundo, con el fin de dar respuestas a los interrogantes arriba mencionados.

#### Cuadro 11: Programa Regional Fortalecimiento de las Organizaciones Indígenas en América Latina - PROINDIGENA

La cooperación alemana al desarrollo apoya, a través del programa regional PROINDIGENA, a las organizaciones indígenas de Latinoamérica a representar eficazmente sus derechos y posturas en sus Estados y en negociaciones.

El anclaje del derecho a la consulta tiene, en este contexto, una importancia decisiva y el abordaje de los gobiernos nacionales de los procesos de consulta en grandes proyectos que afectan a territorios indígenas se convirtió, en los últimos años, en una controversia permanente entre organizaciones indígenas, parlamentos e instituciones estatales.

Por lo tanto, PROINDIGENA fomentó, en los últimos años, una serie de medidas para la elaboración de proyectos de ley y para la aplicación del derecho a la consulta y/o al consentimiento previo, libre e informado.

Se apoyó a organizaciones indígenas de Perú, Bolivia y Ecuador para facilitar los procesos internos de formación de opinión en los respectivos países. De este modo, las organizaciones indígenas de Perú consensuaron una agenda común para la aplicación del derecho a la consulta. En Bolivia, PROINDIGENA apoya, conjuntamente con el Servicio Civil para la Paz, el desarrollo de capacidades locales para el diálogo. En Ecuador se eligió un enfoque similar.

Además, la cooperación al desarrollo fomenta el trabajo de grupos parlamentarios en este contexto. En Perú, la cooperación al desarrollo contribuyó a que la Comisión de Pueblos Indígenas del Congreso presente un proyecto de ley sobre el derecho a la consulta.

## 6. Lecciones aprendidas y recomendaciones

Con el fin de mejorar consultas futuras, deberían revisarse minuciosamente las consultas ya realizadas para descubrir cuáles son los factores que fomentaron o impidieron la implementación exitosa de las mismas. También las comparaciones sistemáticas, tanto dentro de los países, como también a nivel interestatal e interregional, podrían abrir nuevas perspectivas.

Sobre la base de los análisis de las experiencias obtenidas hasta el momento en relación a la consulta previa, se formulan a continuación algunas lecciones aprendidas y recomendaciones conexas. Algunas recomendaciones se refieren explícitamente a consultas sobre proyectos de explotación de recursos y de infraestructura, debido a que en América Latina estos son los más conflictivos, y a que los mismos tienen especial relevancia para la población afectada.

### 1) Fortalecimiento de la multipartialidad y de las competencias de las instituciones estatales.

Las instituciones estatales, como responsables de la consulta previa, desempeñan un rol protagónico. Las mismas deberían comportarse de manera multipartial para responder a su rol de mediador en los conflictos de intereses. Numerosos ejemplos de casos de América Latina indican, sin embargo, que las instituciones estatales competentes casi nunca son multipartiales, debido a que son las empresas interesadas y no las instancias estatales las que juegan el rol protagónico en las consultas, o dichas autoridades carecen de recursos financieros y/o de personal para llevar a cabo consultas apropiadas.

► Se necesitan recursos financieros y logísticos, como también personal bien cualificado para llevar a cabo consultas adecuadas. Entre las competencias clave del personal a cargo de la consulta deberían figurar las competencias interculturales, conocimientos minuciosos y experiencias prácticas respecto de la aplicación de derechos humanos y de normas ambientales. También la inclusión de personas indígenas en los equipos a cargo de las consultas podría fortalecer la credibilidad y la efectividad de las mismas.

### 2) Ejecución de meta-consultas legítimas

Este estudio revela que casi todas las normas que reglamentan la consulta previa en América Latina no son el producto de consultas apropiadas. Esto genera que dichas normas sean consideradas ilegítimas y rechazadas por las comunidades indígenas y por la población afro-descendiente. Sin un consenso conseguido de manera conjunta sobre el diseño básico y el reglamento jurídico de la consulta previa, la aplicación de la misma enfrenta a menudo una gran resistencia. En este contexto, se obstaculizan ya desde el inicio las consultas apropiadas, debido a que la falta de consenso respecto del procedimiento a ser utilizado bloquea el diálogo abierto y el logro de compromisos.

► Es importante elaborar leyes y decretos que sean el producto de la “consulta sobre la consulta”, y que sean considerados legítimos por los grupos poblacionales afectados. Para diseñar exitosamente un proceso tal, debería aprenderse de las experiencias obtenidas hasta el momento en Perú (Ley de Consulta Previa y su reglamento) y en Colombia (Plan Nacional de Desarrollo, Decreto 4366). Ello es necesario, por un lado, para evitar errores y, por el otro, para retomar anteriores medidas constructivas.

### 3) Reducción de las asimetrías de poder en la consulta

Las asimetrías de poder entre los grupos poblacionales locales/organizaciones indígenas, las instituciones estatales competentes y las empresas dificultan un diálogo en pie de igualdad. Las asimetrías que impiden un diálogo inclusivo dentro de la población local también existen dentro de las comunidades; sin embargo, las mismas se tematizan con muy poca frecuencia. Las múltiples asimetrías generan a menudo que grupos menos fuertes no puedan hacer oír sus voces, se sientan ignorados, quedando así numerosos problemas sin resolver.

► Es importante tomar medidas para contrarrestar las asimetrías de poder existentes. En este contexto resultaron eficaces la planificación conjunta de la consulta, el apoyo a discusiones inclusivas y extensas dentro de las comunidades, el acceso al conocimiento de los expertos, el manejo transparente de la consulta, la presencia de moderadores que sean sensibles a las desigualdades, que las evidencien y las contrarresten, el mayor desarrollo de capacidades de

las organizaciones indígenas y de los miembros de la comunidad, el intercambio entre las diversas organizaciones indígenas/afro-americanas y la adopción de medidas para el fortalecimiento de las posiciones de los grupos locales vulnerables (p. ej.: mujeres, ancianos, niños y jóvenes, personas discapacitadas, personas con poca instrucción escolar) dentro de la consulta.

#### 4) Plazos apropiados y continuidad del proceso

Muchas consultas se llevan a cabo rápidamente (consultas exprés). Por un lado, los Estados quieren impulsar rápidamente sus medidas previstas y, por el otro, las empresas ejercen gran presión para poder iniciar pronto sus actividades. En parte, cuando existen demoras en el inicio de las actividades, se prevén indemnizaciones a las empresas. Para la calidad de la consulta, la presión de tiempo representa un serio riesgo. A menudo, ello implica que se asumen graves errores con tal de concluir rápidamente el proceso. Muchas veces, también se utilizan condicionamientos informales o intentos de manipulación, en lugar de buscar soluciones a largo plazo, para las cuales se requeriría un plazo mayor.

► Un plazo apropiado para las diferentes fases de la consulta es una condición básica para crear un ambiente confiable, para discutir entre sí estando informados y para

encontrar formas constructivas de comunicación y de trato. Una idea mal entendida de eficiencia puede tener un efecto contraproducente a largo plazo. Las experiencias obtenidas hasta el momento indican que invertir en una consulta con un empleo apropiado de tiempo y de energía puede reducir crucialmente el riesgo de problemas, conflictos y demoras posteriores.

► Sin embargo, para mantener las relaciones con los grupos poblacionales afectados por las medidas respectivas, un proceso único de consulta previa no es suficiente. Los acuerdos alcanzados no son estáticos; deberían crearse plataformas de diálogo para revisar y, eventualmente, adaptar regular y continuamente dichos acuerdos y la implementación de los mismos durante todo el tiempo que dure el proyecto.

#### 5) La consulta no debería entenderse como un formalismo

El objetivo de la consulta no debería ser la mera obtención de una “licencia social” para las medidas ya previstas. Más bien, estos procesos tienen para los afectados un significado positivo si los mismos sirven para expresar los inconvenientes percibidos, encontrar soluciones al respecto y participar en el diseño de las medidas previstas desde el comienzo hasta el final. Si la consulta no cumple con



Conferencia de la RELAJU en octubre 2012 en Sucre, Bolivia (imagen: Riccarda Flemmer)

esta tarea, existe el riesgo de que las poblaciones locales la rechacen por inservible, desperdiciando así un importante espacio de diálogo y de logro de compromisos. La consecuencia de ello sería que los conflictos se desplacen a espacios informales y se manifiesten de manera violenta.

A menudo, las comunidades utilizan las consultas para incluir conflictos y problemas no relacionados directamente con el proyecto planificado, con el fin de buscar soluciones. Por ejemplo, en las consultas sobre proyectos futuros, se plantean múltiples daños ambientales provocados por proyectos anteriores de explotación de recursos, o promesas que las empresas no cumplieron. Sin embargo, las instancias a cargo de la consulta no tienen la tarea ni la facultad para elaborar estas dificultades. Estos asuntos, a menudo apremiantes, se ignoran con el argumento de que los mismos estarían fuera de lugar, lo cual refuerza la impresión de los consultados de que la consulta no sirve a sus intereses.

► Los consultados deberían compartir la percepción de que su participación en la consulta ejerce una influencia sobre las medidas planificadas y de que la misma se incorpora realmente en las decisiones. Para que esto sea posible, las instancias consultivas deberían llevar consigo la disposición al compromiso y un cierto grado de apertura en cuanto a los resultados. Caso contrario, los consultados no estarán conformes con el resultado y decrecerá la disposición de los mismos a participar en futuras consultas.

► Para tratar los conflictos y problemas fundamentales no relacionados con los proyectos planificados deberían crearse plataformas de diálogo permanentes. Si este no fuera el caso, se intensificará la impresión en los consultados de que las instituciones estatales solamente están dispuestas a la cooperación cuando la necesitan, pero que no existe un interés real en su situación y sus condiciones de vida. En cambio, la reparación de daños ambientales pasados y la elaboración de problemas elementales de la población local (p. ej.: tenencia de tierras no regulada, escasez de agua) serían interpretadas como una señal de la voluntad política en pos de una relación de cooperación.

## 6) Mayor control de las actividades y sanciones a las irregularidades de las empresas

Muchas consultas en América Latina fueron entorpecidas porque las empresas llevaron a cabo negociaciones informales con algunos miembros de las comunidades locales, prometieron ventajas económicas a corto plazo, o iniciaron actividades en territorios indígenas sin haber obtenido la autorización oficial. Otra razón de descontento es, en muchos casos, la falta de control en la aplicación de normas jurídicas, de acuerdos concertados o de las obligaciones de la Responsabilidad Social Empresarial de las empresas. Estos hechos promueven no solo diversos conflictos (población local-Estado, dentro y entre las comunidades locales, población local-empresas), sino que llevan a la pérdida de confianza de la población local en el Estado y en las empresas actuantes, como también a un rechazo generalizado a las industrias extractivas.

► Para contrarrestar este tipo de irregularidades, deberían controlarse más las actividades de las empresas en territorios indígenas y sancionarse, de manera consecuente, las infracciones. El establecimiento institucional y la implementación sistemática de mecanismos de monitoreo tienen una importancia crucial. La observación a cargo de los medios y las ONG también puede significar una importante contribución para crear transparencia y recordarles sus obligaciones a las empresas.

## 7) Mejoramiento de la calidad y la difusión de la información

La calidad y el equilibrio de la información facilitada en la consulta son a menudo bajos. La información sobre los proyectos de explotación de recursos y de infraestructura, y sobre los impactos previstos, a menudo son provistos por las empresas. Por eso, la credibilidad de la presentación de los proyectos planificados es cuestionable. Sin una información neutral y verídica, no es posible un diálogo informado y el logro de compromisos en el marco de la consulta. A ello se suma como agravante el hecho de que, a menudo, los estudios obligatorios de compatibilidad social y ambiental son controvertidos. Las consultas se caracterizan, por lo general, por la información técnica o por un idi-



oma con poca sensibilidad cultural. Esto lleva, por un lado, a una exclusión de los grupos poblacionales locales que no están familiarizados con estos patrones de pensamiento y exposición (en muchos casos mujeres, ancianos, personas con poca instrucción escolar) y, por el otro, al predominio de determinadas formas de conocimiento y comunicación en relación a otros (como conocimientos jurídicos y técnicos de expertos frente al conocimiento local de la vida diaria y de la experiencia, o bien perspectivas específicas de la cultura).

► Deberían realizarse esfuerzos para facilitar información detallada y equilibrada como fundamento de la consulta previa. Para ello, debería incorporarse a expertos independientes, eventualmente también internacionales, y a institutos de investigación. Al mismo tiempo, el conocimiento local obtenido de la experiencia de la población debería desempeñar un papel más importante del que tuvo hasta ahora y debería ser valorado frente al “conocimiento de los expertos” y técnico dominante. Para un diálogo verdaderamente intercultural, la incorporación de diversas formas de comunicación y conocimiento es una condición indispensable.

### **8) Negociación y administración transparentes de las compensaciones y de la participación en los beneficios**

Mientras que para las consultas existen normas (relativamente) claras, respecto de cómo deben ser ejecutadas y qué criterios mínimos deben cumplirse, la negociación y administración de compensaciones y de la participación en los beneficios quedan, en mucho mayor medida, a discreción de los actores involucrados. Con respecto a este tema, el Estado juega un rol secundario, mientras que las empresas involucradas conciertan acuerdos con las comunidades locales. Estas negociaciones a menudo no son transparentes ni inclusivas. A ello se agrega que los acuerdos concertados en muchos casos incluyen cláusulas de confidencialidad y el público, incluso el Estado, desconocen

los contenidos concretos del acuerdo. De este modo, el cumplimiento del acuerdo no puede ser efectivamente observado ni controlado. Pero también, dentro de la comunidad, este tema es manejado frecuentemente sin transparencia, y surgen así reiterados casos de corrupción dentro de las organizaciones indígenas, o los recursos financieros recibidos no se invierten necesariamente en el bien común. Bajo estas condiciones, la desigualdad social a nivel local va en aumento. La falta de transparencia en la administración de fondos a menudo va acompañada de desconfianza hacia la dirigencia, de divisiones en las organizaciones/comunidades y de un aumento de los conflictos locales.

► El tema de las compensaciones y de la participación en los beneficios es a menudo descuidado por los medios de comunicación, aunque el mismo desempeña un papel central en la consulta previa. Es importante hacer más visible este tema para esclarecer críticamente las dificultades conexas. Una mayor transparencia en este ámbito podría dar lugar a una conducta de las empresas social y ambientalmente más compatible, como también instar a las organizaciones locales a invertir los fondos recibidos de acuerdo a las prioridades de toda la población local, aumentando así su legitimidad.

### **9) Ejecución de la consulta según el contexto y la cultura**

Los conceptos del Estado y de las empresas en relación a los territorios afectados y a un desarrollo deseable difieren a menudo de los conceptos de la población local. Sin embargo, estas diferentes perspectivas de carácter cultural apenas se tematizan en la planificación de las actividades previstas. Las lenguas indígenas y los conceptos, usos y costumbres locales juegan muchas veces un rol secundario en la consulta. El conocimiento de las instituciones estatales sobre las circunstancias locales es además muy escaso, lo cual lleva a malentendidos y a una desconfianza mutua.

► Es imperiosa la necesidad de fortalecer la sensibilidad intercultural en la consulta previa. También deberían fortalecerse los conocimientos de las instituciones estatales competentes en relación a culturas, valores, concepciones y prácticas indígenas/locales.



Comunidad indígena de los Chachi en la región del Río Cayapas, Ecuador (imagen: Sylvia Reinhardt)

## 10) Relativización del significado de las industrias extractivas

El boom en los precios de las materias primas provocó, en los últimos años, la expansión extrema de la industria extractiva en América Latina. Para muchos gobiernos, el crecimiento de este sector económico representa explícitamente una prioridad. En ello se distinguen las variantes neoliberales de las formas del neo-extractivismo, en que el Estado tiene mayor influencia sobre la industria y utiliza los ingresos para el financiamiento de programas sociales (principalmente Venezuela, Bolivia, Ecuador). No obstante la orientación política, el otorgamiento de concesiones mineras, petroleras y gasíferas provocó en estos países un fuerte aumento de los conflictos entre la población local, las empresas y el Estado. Es particularmente preocupante la violencia con la que a menudo estos enfrentamientos se disputan. Pocas veces se realizaron consultas antes de otorgar licencias e implementar los proyectos extractivos y, cuando se las realizó, estas fueron deficitarias. Ponerse de acuerdo con los habitantes in situ es, también para las empresas, recomendable, ya que ejecutar proyectos contra la voluntad de la población local puede costarles muy caro. Las empresas deberían reconocer esta oposición lo más pronto posible y, dado el caso, alejarse del proyecto. El asentamiento de la industria extractiva no siempre es el camino correcto para el desarrollo de una región.

- ▶ La incorporación de la población local en una fase temprana de la planificación del proyecto, y durante el período del proyecto, es urgentemente recomendable, por cuanto solo conjuntamente pueden establecerse nuevas y colaborativas relaciones económicas.
- ▶ Además, deberían fomentarse las iniciativas que integren a contrapartes indígenas en el proyecto y que, en lugar de tomar como base de emprendimientos económicos a la riqueza en materias primas de la región, tomen otros atributos del territorio, como por ejemplo su biodiversidad. A largo plazo, la diversificación de la economía y la sostenibilidad ecológica deberían situarse en primer plano.

# 7. Bibliografía

- Abad, Susan (2011). "Colombia. Falta voluntad política para aplicar consulta". En: Noticias aliadas, Edición especial "Consulta Previa: Derecho fundamental de los pueblos indígenas", 8-9.
- Alayza Moncloa, Alejandra (2007). No pero Sí. Comunidades y Minería. Consulta y con-sentimiento previo, libre e informado en el Perú. Lima: Cooperación.
- Alorda, Rocío (2011). "Chile. Decreto limita consulta previa". En: Noticias aliadas, Edición especial "Consulta Previa: Derecho fundamental de los pueblos indígenas", 10-11.
- Amparo Rodríguez, Gloria  
 - (2011). "Proyectos y conflictos en relación con la consulta previa". En: Opinión Jurídica, Edición especial, 57-72.  
 - (2012). "De la consulta previa al consentimiento previo, libre e informado en Colombia - CPLI". Ponencia presentada en el VIII. Congreso de RELAJU en Sucre - Bolivia el 24.10.2012.
- Arellano Yanguas, Javier (2012). "Consulta previa y viabilidad política de las Industrias Extractivas" Ponencia presentada en el VIII. Congreso de RELAJU en Sucre - Bolivia el 26.10.2012.
- Banco Mundial (2004). Operational Policy 4.01: Environmental Assessment (OP 4.01). Disponible en: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/EXTPOLICIES/EXTOPMANUAL/0,,contentMDK:20064724~menuPK:64701637~pagePK:64709096~piPK:64709108~theSitePK:502184,00.html> (19.12.2012).
- Banco Mundial (2005). Operational Policy 4.10: Indigenous Peoples (OP 4.10). Disponible en: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/EXTPOLICIES/EXTOPMANUAL/0,,contentMDK:20553653~menuPK:4564187~pagePK:64709096~piPK:64709108~theSitePK:502184~isCUR L:Y,00.html> (19.12.2012).
- Banco Interamericano de Desarrollo Inter-American Development Bank (2006). Operational Policy on Indigenous Peoples and Strategy for Indigenous Development, Washington, D.C.: IADB. Disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35773490> (19.12.2012).
- Bárcena Arévalo, Erika/ Guerrero Andrade, Iran (2012). "El derecho a la consulta y a la libre determinación: el caso paradigmático de Cherán". Ponencia presentada en el VIII. Congreso de RELAJU en Sucre - Bolivia el 24.10.2012.
- Barstow, Daniel/Baker, Lauren (2008). "Globalization, Communities and Human Rights: Community-Based Property Rights and Prior Informed Consent". En: Denver Journal of International Law and Policy 35:4/4, 413-428.
- Bascopé Sanjinés, Iván (Hg.) (2010). Lecciones aprendidas sobre consulta previa. CEJIS: La Paz.
- Bebbington, Anthony (2012). "Extractive Industries, Socio-Environmental Conflicts and Political Economic Transformations in Andean America". En: Bebbington, Anthony (Hg.). Social Conflict, Economic Development and Extractive Industry. Evidence from South America. New York: Routledge.
- CNDDHH (2012). "Informe de Observación del Proceso de Consulta Previa del Reglamento de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios", disponible en: <http://servindi.org/actualidad/60910> (15.09.2012).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos Inter-American Court of Human Rights (2007). Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos Inter-American Court of Human Rights (2012). Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012.
- Defensoría del Pueblo de Ecuador (2011). Informe Temático. La Consulta Previa, un Derecho de Participación. Quito.
- Defensoría del Pueblo del Perú (2006). "Conflictos sociales conocidos por la Defensoría del Pueblo. Al 30 de Junio de 2006, reporte No. 28", disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/temas.php?des=3#r> (27. Juli 2012).
- Defensoría del Pueblo del Perú (02.07.2009). "Informe de Adjuntía N° 006-2009-DP/ADHPD. Actuaciones Humanitarias Realizadas por la Defensoría del Pueblo con Ocasión de los Hechos Ocurredos el 5 de Junio del 2009". Lima.
- Defensoría del Pueblo del Perú (2012). "Reporte de Conflictos Sociales No. 100", disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/temas.php?des=3#r> (2. August 2012).
- DPLF  
 - (2010). El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú. Washington: Seattle University School of Law.  
 - (2011). El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Washington: DPLF/OXFAM.
- Fulmer, Amanda/Snodgrass Godoy, Angelina/Neff, Philip (2008). "Indigenous Rights, Resistance, and the Law: Lessons from a Guatemalan Mine". En: Latin American Politics and Society 50:4, 91-121.
- Fulmer, Amanda (2010). "Consultation and its Discontents: Mining, Indigenous Communities and Rights in Perú and Guatemala", ponencia presentada en la conferencia LASA del octubre 2010, Toronto.
- Gamboia, César (2012). La relación de la consulta con la gestión ambiental y social de inversiones. Manuscrito presentado para el VIII. Congreso de RELAJU en Sucre - Bolivia, 24. - 26.10.2012.
- Garzón, Jorge/Schilling-Vacaflor (2012). „Infrastrukturprojekte zwischen geopolitischen Interessen und lokalen Konflikten“. En: GIGA Focus Lateinamerika 10. Disponible en: [www.giga-hamburg.de/giga-focus](http://www.giga-hamburg.de/giga-focus) (15.12.2012).
- Giné, Jannette/Villaroel, Fruc (2011). TOTAL E & P Bolivia y sus Impactos en los derechos humanos del pueblo guaraní de la capitania de Muyupampa. CEADDESC: Santa Cruz.
- Hoetmer, Raphael (2009). "Observaciones de un veedor. Reflexiones sobre la consulta vecinal de Ayabaca, Pacaipampa y Carmen de la Frontera y las posibilidades de construir democracias reales en el Perú", ponencia presentada en la conferencia LASA del octubre 2010, Toronto.
- Humphreys Bebbington, Denise  
 - (2012a). "Consultation, Compensation and Conflict: Natural Gas Extraction in Weenhayek Territory, Bolivia". En: Journal of Latin American Geography 11 (2), 49-71.  
 - (2012b). "Consulta, Conflicto y Capacidades: observaciones sobre la experiencia del Chaco Tarijeño". Ponencia presentada en el VIII. Congreso de RELAJU en Sucre - Bolivia el 25.10.2012.

- IACHR (2011). "Second Report on the Situation of Human Rights Defenders in the Americas". OEA/Ser.L/V/II. Doc. 66.
- International Finance Corporation (2012). Performance Standard Nr. 7 und Guidance Note Nr. 7: Indigenous Peoples, Washington DC.: IFC. Disponible en: [http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/Topics\\_Ext\\_Content/IFC\\_External\\_Corporate\\_Site/IFC+Sustainability/Sustainability+Framework/Sustainability+Framework+-+2012/Performance+Standards+and+Guidance+Notes+2012/](http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/Topics_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/IFC+Sustainability/Sustainability+Framework/Sustainability+Framework+-+2012/Performance+Standards+and+Guidance+Notes+2012/)
- Kreditanstalt für Wiederaufbau/KfW: Richtlinie der KfW Entwicklungsbank für ein umwelt-, sozial- und klimagerechtes Engagement. Nachhaltigkeitsrichtlinie. Disponible en: [http://www.kfw.de/kfw/de/1/II/Download\\_Center/Fachthemen/PDF-Dokumente\\_Nachhaltigkeit/stu\\_fz\\_131101.pdf](http://www.kfw.de/kfw/de/1/II/Download_Center/Fachthemen/PDF-Dokumente_Nachhaltigkeit/stu_fz_131101.pdf) (am 19.12.2012).
- Laplante, Lisa/Spears, Suzanne (2008). "Out of the Conflict Zone: The Case for Community Consent Processes in the Extractive Sector". En: *Yale Human Rights & Development* 11; 69-116.
- Liberona, Flavia (2011). "El complejo marco regulatorio chileno y la situación de la consulta previa". En: *Red Latinoamericana de Industrias Extractivas. Punto de vista 3, Edición sobre la consulta previa en América Latina*; 24-29.
- Mantilla Mansalve, Christian/Robles Pallares, Eliana (2012). Desafíos para el cumplimiento del derecho fundamental a la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas en Colombia. Ponencia presentada en el VIII. Congreso de RELAJU en Sucre - Bolivia el 25.10.2012.
- McGee, Brant (2009). "The Community Referendum: Participatory Democracy and the Right to Free, Prior and Informed Consent to Development". En: *Berkeley Journal of International Law* 27(2), 570-635.
- McNeish, John-Andrew (2012). "More than Beads and Feathers: Resource Extraction and the Indigenous Challenge in Latin America". En: Haarstad, Hvard (ed.). *New Political Spaces in Latin American Natural Resource Governance*. New York: Palgrave.
- Melo, Mario (2012). "El Caso Sarayaku: una lucha por la Naturaleza y los derechos humanos" entregado para el VIII. Congreso de RELAJU en Sucre - Bolivia, 24. - 26.10.2012.
- Naciones Unidas (2007). Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas.
- Noticias Aliadas (2011). Edición especial "Consulta Previa: Derecho fundamental de los pueblos indígenas". Disponible en: <http://www.noticiasaliadas.org/> (10.12.2012).
- OEA (2010). "Indigenous and Tribal Peoples Rights over their Ancestral Lands and Natural Resources. Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System". OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09.
- Organización Internacional del Trabajo/OIT (1989). Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.
- Perreault, Thomas (2008). "Natural Gas, Indigenous Mobilization and the Bolivian State". En: *United Nations Research Institute for Social Development* 12, 1-27.
- Presidente de la República del Perú (21.06.2010). "Oficio N° 142-2010-DP/SCM. Observaciones a la Autógrafa de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio Num. 169 de la Organización Internacional del Trabajo", Lima.
- Red Latinoamericana de Industrias Extractivas (2011). Punto de vista 3, Edición sobre la consulta previa en América Latina (3 de April de 2011). Disponible en: <http://www.redeextractivas.org/images/revistas/Revista%20N%C2%BA3%20de%20la%20RLIE.pdf> (10.12.2012).
- Reynolds, Louisa (2011). "Guatemala. Comunidades rechazan iniciativa para regular Convenio 169". En: *Noticias aliadas, Edición especial "Consulta Previa: Derecho fundamental de los pueblos indígenas"*, 14-15.
- Rodríguez Garavito, César/Morris, Meghan (eds.) (2010). *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Rodríguez Garavito, César/Orduz Salinas, Natalia (2012). *La Consulta Previa: Dilemas y Soluciones. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: DeJusticia.
- Saavedra, Luis Ángel (2011). "Ecuador. Consulta o Consentimiento Previo?". En: *Noticias aliadas, Edición especial "Consulta Previa: Derecho fundamental de los pueblos indígenas"*, 6-7.
- Schilling-Vacaflor, Almut (2012). "Democratizing Resource Governance through Prior Consultations? Lessons from Bolivia's Hydrocarbon Sector". En: *GIGA Working Paper 184*. Disponible en: [www.giga-hamburg.de/workingpapers](http://www.giga-hamburg.de/workingpapers).
- Sohn, Jonathan (2007). *Development Without Conflict. The Business Case for Community Consent*. Washington: World Resources Institute.
- Szablowski, David (2010). "Operationalizing Free, Prior, and Informed Consent in the Extractive Industry Sector? Examining the Challenges of a Negotiated Model of Justice". En: *Canadian Journal of Development Studies* 30:1-2, 111-130.
- United Nations Interagency Framework for Coordination on Preventive Action (2010). *Extractive Industries and Conflict*. New York: Naciones Unidas.
- Vanclay, Frank/Estevés, Ana Maria (2011). *Current Issues and Trends in Social Impact Assessment*. En: Vanclay, Frank/Estevés, Ana Maria (eds.). *New Directions in Social Impact Assessment. Conceptual and Methodological Advances*, 3-19.
- Velásquez, Flavio (2011). "La consulta previa en Colombia: el debate está abierto". En: *Red Latinoamericana de Industrias Extractivas. Punto de vista 3, Edición sobre la consulta previa en América Latina* (03.04.2011), 30-35.
- Voss Marianne/Greenspan, Emily (2012). "Community Consent Index: Oil, Gas and Mining Company Public Positions on Free, Prior, and Informed Consent (FPIC)". En: *Oxfam America Research Backgrounder series*. Disponible en: <http://www.oxfamamerica.org/campaigns/publications/community-consent-index>
- Western Peoples Council/Center for International Environmental Law (20 de julio de 2012). "Guatemala's Highest Court to Hear Landmark Indigenous Challenge Against Mining Law". En: *Mining Watch Canada*. Disponible en: <http://www.miningwatch.ca/news/guatemalas-highest-court-hear-landmark-indigenous-challenge-against-mining-law> (15.12.2012).

Fuentes de Internet

<http://www.ilo.org/indigenous>

[http://www.ohchr.org/Documents/Publicacions/GuidingPrinciplesHR\\_EN.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publicacions/GuidingPrinciplesHR_EN.pdf)

# Anexo

Lista de participantes del simposio sobre los procesos de consulta previa en el marco del Congreso Internacional de la RELAJU del 24 al 26.10.2012 en Bolivia

Participantes	Institución	Ponencia/Moderación
Gloria Amparo Rodríguez	Universidad del Rosario, Colombia	“De la consulta previa al consentimiento previo, libre e informado en Colombia. Mesa procesos de consulta y su contribución a la protección de los DDHH y del ambiente”.
Orlando Aragón	Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México	Moderación del panel 4.e: La aplicación de procesos de consulta efectivos en la práctica: obstáculos y propuestas para superarlos
Javier Arellano Yanguas	Universidad Deusto, España	“Consulta previa y viabilidad política de las Industrias Extractivas”.
Erika Bárcena Arévalo/Iran Guerrero	Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México	“El derecho a la consulta y a la libre determinación: el caso paradigmático de Cherán”.
Iván Bascopé	Abogado de RAMA, Bolivia	“La consulta y consentimiento libre, previo e informado: políticas públicas, gestión estatal y distorsión de la normativa de derechos indígenas en Bolivia”.
Deborah Delgado	Université catholique de Louvain, Bélgica	Moderación del panel 2.6: Análisis crítico de las normas legales y la jurisprudencia sobre la consulta previa y el consentimiento informado
César Gamboa	DAR, Perú	“Balance de avances y vicios en la nueva legislación peruana sobre el derecho a la consulta previa”.
Denise Humphreys Bebbington	Clark University, USA	“Consulta, Conflicto y Capacidades: observaciones sobre la experiencia del Chaco Tarijeño”.
René Kuppe	Universität Wien, Austria	“Las conturas del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, según la jurisprudencia nacional de los estados andinos”.
Christian Mantilla Mansalve/ Eliana Robles Pallares	Coalición de Movimientos y Organizaciones de Colombia, Colombia	“Desafíos para el cumplimiento del derecho fundamental a la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas en Colombia”.
Mario Melo	Universidad Andina, Pachamama, Ecuador	“El Caso Sarayaku: más allá de la consulta previa”.
Tami Okamoto	UMB, Norwegian University of Life Sciences, Noruega	“La consulta y los espacios políticos emergentes en la gobernanza de recursos naturales. El caso del lote petrolero 192 o 1AB en la Amazonía peruana”.
Pablo Ortiz	Universidad Andina, Ecuador	“Participación, consulta previa y conflictos socioambientales en el marco de las políticas extractivas del Gobierno de Rafael Correa”.
Sarela Paz Patino	UMSS Cochabamba, Bolivia	Moderación del panel 4.d: Procesos de consulta y su contribución a la protección de los derechos humanos y del medio ambiente
Anna Pflügel	Universität Wien, Austria	“El derecho a la consulta previa y al consentimiento informado según el Relator Especial James Anaya”.
Vladimir Pinto	GIZ Proindígena, Perú	“Reglamentación del derecho a la Consulta Previa en el Perú, avances y desafío”.
Varinia Rodas	Universidad Católica La Paz, Bolivia	Moderación del panel 4.f: Consulta previa: un mecanismo para la transformación de los conflictos?
Gustavo Ruíz Olaya	Universidad Católica/ Defensoría del Pueblo, Perú	“Reflexiones sobre la Ley de Consulta Previa como política pública de prevención de conflictos sociales en el Perú”.
David Szablowski	York University, Canadá	“‘Perros del hortelano’ o ‘campesinos ambiciosos?’ Procesos de consulta previa y luchas para definir la comunidad como actor en el contexto del sector extractivo en el Perú”.
Leonardo Tamburini	CEJIS, Bolivia	“Conflicto del TIPNIS: Luces y sombras del derecho a la consulta previa en la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 300/12 de 18 de Junio”.
Miguel Vargas	CEJIS La Paz, Bolivia	“El anteproyecto de la Ley de Consulta Previa en Bolivia”.

AVISO LEGAL

Edición

Deutsche Gesellschaft  
für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Sede de la empresa

Bonn y Eschborn  
Friedrich-Ebert-Allee 40  
53113 Bonn  
T +49 228 44 60-0  
F +49 228 44 60-17 66  
www.giz.de

Dag-Hammarskjöld-Weg 1-5  
65760 Eschborn  
T +49 6196 79-0  
F +49 6196 79-1115

Responsable

Departamento Amercia del Sur  
Unidad Coordinadora Pueblos Indígenas en América Latina y el Caribe (KIVLAK)  
Sylvia Reinhardt  
kivlak@giz.de

Autoras

Dra. Almut Schilling-Vacaflor, Riccarda Flemmer M.A.

Redacción

Anna Steinschen

Traducción

Graciela Heinemann, g\_traducciones@yahoo.com

Créditos fotográficos

Juan David Cevallos Rosero, título, p. 13, p. 31, p. 40 © api  
Sylvia Reinhardt: p. 17 y 46  
Riccarda Flemmer: p. 42  
© cooperativa sub: p. 11, 20 und 27

Versión

Junio 2013

Las ideas expresadas son responsabilidad de las autoras y no necesariamente representan una visión institucional.

Agradecemos cordialmente a Gregor Barie, Dra. Heidi Feldt (capítulo de la Cooperación Internacional), Folke Kayser y Dra. Angela Meentzen para sus valiosos contribuciones y comentarios.

Por encargo de

Ministerio Federal alemán de Cooperación Económica y Desarrollo (BMZ);

Unidad 315 Centro América

Direcciones de las dos sedes del BMZ

BMZ Bonn  
Dahlmannstraße 4  
53113 Bonn  
Alemania  
T +49 228 99 535-0  
F +49 (0) 228 99 535-3500  
poststelle@bmz.bund.de  
www.bmz.de

BMZ Berlin I im Europahaus  
Stresemannstraße 94  
10963 Berlin  
Alemania  
T +49 30 18 535-0  
F +49 (0) 30 18 535-2501



Departamento Amercia del Sur  
Unidad Coordinadora Pueblos Indígenas en  
América Latina y el Caribe (KIVLAK)  
Programa “Fortalecimiento de organizaciones  
indígenas en América Latina, PROINDIGENA”  
[kivlak@giz.de](mailto:kivlak@giz.de)

Postfach 5180  
65726 Eschborn  
Alemania  
T +49 6196 79-0  
F +49 6196 79-1115  
[info@giz.de](mailto:info@giz.de)  
[www.giz.de](http://www.giz.de)