

El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas

La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú



1779 Massachusetts Ave.
NW, Suite 510A
Washington, D.C. 20036
T: 202-462-7701 | F: 202-462-7703
info@dplf.org | www.dplf.org



Av. Benavides 1130
Miraflores, Lima 18 - Perú
www.oxfam.org/es
www.oxfamamerica.org

El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas

La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú

**El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas.
La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú**

© Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF, por sus siglas en inglés Due Process of Law Foundation)

1779 Massachusetts Ave.

NW, Suite 510A

Washington, D.C. 20036

Teléfonos: (202) 462-7701 | F: (202) 462-7703

info@dplf.org

www.dplf.org

© Oxfam

© Oxfam América

Av. Benavides 1130 – Miraflores, Lima 18 – Perú

Teléfono: (511) 700-9200

nchavez@oxfamamerica.org

www.oxfam.org/es

www.oxfamamerica.org

Primera edición: marzo 2011

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2011-03438

ISBN: 978-9972-9666-4-4

Coordinación:

Equipo de DPLF y Oxfam

Corrección gramatical: Ricardo Virhuez

Diseño y foto de portada: Miki Fernández - www.mikifernandez.com

Impresión y diagramación: Gama Gráfica SRL – Jr. Risso 560, Lince – Lima.



9 789972 966644

ÍNDICE

SECCIÓN	PÁGINA
Introducción	07
PRIMERA PARTE:	
El derecho a la consulta previa y las regulaciones internacionales	11
Introducción	11
Regulaciones internacionales	14
A. El concepto de pueblos indígenas y tribales es amplio e inclusivo	14
B. El derecho a la propiedad comunitaria de la tierra y de los territorios está reconocido por el derecho internacional e implica diversos deberes para los Estados	15
C. Los pueblos indígenas tienen derechos sobre los recursos naturales renovables y no renovables que se encuentran en sus territorios	17
D. Es posible establecer límites al derecho a la propiedad comunal, pero estos deben ser legítimos y consultados previamente con los pueblos indígenas	19
1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación efectiva en las decisiones que los afectan y los Estados tienen el deber de consultarlos	20
2. El proceso de consulta debe estar dirigido a obtener el consentimiento previo, libre e informado	22
3. La realización de proyectos de desarrollo, inversión, exploración o extracción de recursos naturales debe estar precedida de un estudio previo de impacto social y ambiental	26
4. Los beneficios de los proyectos de desarrollo, inversión, exploración o extracción de recursos naturales deben ser compartidos entre las empresas y los pueblos indígenas	26
E. El desconocimiento del derecho a la consulta previa y de otros derechos de los pueblos indígenas genera el deber de reparar a las víctimas	27
SEGUNDA PARTE:	
Análisis jurídico-fáctico de cuatro países de la Región Andina	29
CAPÍTULO I: Bolivia	29
Introducción	29
A. Antecedentes históricos	30
B. Participación política indígena	31
C. Los cambios institucionales de 2005 y la transversalización de los asuntos indígenas	31

D. Una reforma agraria inconclusa	32
E. El ordenamiento jurídico boliviano sobre el derecho a la consulta previa	34
1. Incorporación del derecho internacional al derecho interno	34
2. El derecho a la consulta previa en la Constitución Política boliviana	35
F. Participación y consulta previa en actividades hidrocarburíferas	36
1. Regulación normativa	36
2. El Tribunal Constitucional y la consulta previa en la ley de hidrocarburos	37
3. El derecho a la consulta previa en la práctica de las actividades hidrocarburíferas	38
4. La complejidad de la consulta previa en casos específicos de explotación de hidrocarburos	39
G. El derecho a la consulta previa en las actividades mineras	40
1. Insuficiencia de la regulación normativa	40
2. Complejidad de las actividades mineras	41
3. El desconocimiento de la participación y la consulta previa en la minería	42
4. Algunos casos emblemáticos sobre la falta de consulta previa en la minería	43
H. El derecho a la consulta previa y los recursos naturales renovables	44
I. El derecho a la consulta previa y las áreas protegidas	44
J. El derecho a la consulta previa y los problemas derivados de la explotación del agua y de las obras de infraestructura	46
Conclusiones	47
CAPÍTULO II: Colombia	49
Introducción	49
A. Antecedentes históricos	50
B. Los derechos sobre la tierra	51
C. El ordenamiento jurídico colombiano sobre el derecho a la consulta previa	52
1. Incorporación del derecho internacional al derecho interno.....	52
2. El derecho a la consulta previa en la Constitución Política de 1991	52
3. Un marco jurídico disperso y una reglamentación inconclusa	52
D. Espacios de diálogo	54
E. El derecho a la consulta previa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	54
1. La consulta previa de proyectos de desarrollo o de explotación de recursos naturales	54

2. La consulta previa en los procesos legislativos	56
F. Obstáculos para la vigencia del derecho la consulta previa en Colombia	57
G. Casos emblemáticos de afectación de tierras indígenas y falta de protección del derecho a la consulta previa	58
1. La explotación de hidrocarburos en territorio del pueblo U'wa	58
2. La construcción de una hidroeléctrica y su impacto en el pueblo Embera-Katío del Alto Sinú	59
3. La realización de un proyecto minero en territorio del pueblo indígena Embera	59
4. El impacto de la fumigación de cultivos ilícitos en territorios y pueblos indígenas	60
Conclusiones	61
CAPÍTULO III: Ecuador	62
Introducción	62
A. Antecedentes históricos	64
B. Participación política indígena	64
C. Derechos sobre las tierras y los territorios	64
D. Reestructuración institucional	65
E. El ordenamiento jurídico ecuatoriano sobre el derecho a la consulta previa	66
1. Incorporación del derecho internacional al derecho interno	66
2. El derecho a la consulta previa en la Constitución Política ecuatoriana	66
3. La legislación sobre consulta previa	66
F. El derecho a la consulta previa según la Corte Constitucional	68
G. Conflictos emblemáticos entre empresas, Estado y pueblos indígenas	69
1. En el ámbito de la minería	69
a. Explotación de oro en territorio del pueblo Shuar	69
b. Explotación de cobre en territorio de las comunidades de Junín	70
2. En el ámbito de las actividades hidrocarburíferas	70
a. Explotación de petróleo en territorio del pueblo Shuar	70
b. Explotación de petróleo en territorio del pueblo Sarayaku	71
c. Explotación de petróleo en territorio de los pueblos indígenas aislados Tagaeri y Taromenane	72
Conclusiones	73

CAPÍTULO IV: Perú	74
Introducción	74
A. Antecedentes históricos	75
B. El derecho a la tierra	76
C. Participación indígena	78
D. Reestructuración institucional	79
E. La conflictividad social y la falta de consulta previa	79
1. El conflicto en Bagua	80
F. El ordenamiento jurídico peruano sobre el derecho a la consulta previa	81
1. Incorporación del derecho internacional al derecho interno	81
2. La Constitución Política peruana	82
3. Un marco jurídico conflictivo y una reglamentación inconclusa	83
G. El derecho a la consulta previa sobre actividades mineras	85
1. Un caso emblemático de explotación minera: la Cordillera del Cóndor, Reserva Nacional Ichigkat Muja	85
H. Medidas cautelares de protección frente a la explotación de madera	87
I. El derecho a la consulta previa en la regulación de las actividades de hidrocarburos	87
J. Proceso legislativo para la regulación integral del derecho a la consulta previa	87
K. El Tribunal Constitucional y el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas	90
Conclusiones	93
TERCERA PARTE: Recomendaciones	95
Recomendaciones para los Estados	95
Recomendaciones para las empresas	98
Recomendaciones para las organizaciones indígenas y sus representantes	99
Recomendaciones para la sociedad civil	100
Recomendaciones para los organismos internacionales y de cooperación internacional	100

INTRODUCCIÓN

Durante la última década, el número e intensidad de los conflictos sociales en América Latina ha aumentado considerablemente y ha amenazado la gobernabilidad democrática y la estabilidad de varios países del continente americano. Si bien las causas de estos conflictos varían, una parte significativa de ellos —probablemente los más notorios— está asociada con el manejo y la explotación de los recursos naturales, así como con la realización de obras de infraestructura. Estos conflictos sacan a la luz las tensiones existentes entre los diversos actores involucrados en los mismos y enfrentan dos maneras de entender el desarrollo: la de los Estados, que alientan la inversión privada, como expresión de su deber de promover el desarrollo, tal como se encuentra consagrado en varias constituciones latinoamericanas¹; y la de los pueblos indígenas y su derecho a usar y gozar de sus tierras, protegiéndolas y gestionándolas de acuerdo con su cosmovisión y bajo la protección constitucional².

Como ejemplo de la conflictividad social se puede resaltar que en junio de 2009 este tipo de tensiones llevaron a serios disturbios en la ciudad de Bagua, Perú, donde pueblos indígenas y fuerzas de policía se enfrentaron violentamente dejando como resultado 33 muertos³. El conflicto se inició cuando las comunidades indígenas protestaron por la regulación, por decretos del Ejecutivo, de materias que a su juicio los afectaban y les negaban el derecho a ser consultadas antes de su aprobación. El caso de Bagua demostró que las disputas sobre los recursos naturales pueden llevar a una crisis nacional y tener un impacto importante en la estabilidad democrática de un país.

A través de sus actividades en la región, el Programa de Industrias Extractivas de la Confederación Internacional Oxfam en Sudamérica y la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF por sus siglas en inglés) han podido constatar que estas tensiones son un problema cada vez mayor no solo en el Perú sino en todo el continente. Igualmente, son conscientes de la necesidad de promover y difundir información sobre el marco jurídico internacional y los desarrollos recientes producidos en los ordenamientos jurídicos internacionales (Naciones Unidas, Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Organización Internacional del Trabajo, entre otros), los cuales deben ser tomados en cuenta en cualquier discusión seria sobre estos temas. Asimismo, debido a la falta de confianza en las instituciones, existe una sub utilización de los mecanismos institucionales disponibles a nivel nacional e internacional —incluidos los mecanismos judiciales— y un uso excesivo de la protesta social y otros mecanismos de presión, a veces violentos.

¹ En las constituciones de los cuatro países andinos comprendidos en este informe se asigna al Estado el deber de adoptar políticas generales de desarrollo económico y social y políticas sobre los recursos naturales y el medio ambiente. Los gobiernos de los cuatro países deben planificar el desarrollo y adoptar los correspondientes planes de desarrollo. Al respecto, ver: *Constitución Política de Bolivia* (2009), artículos 298, 300, 302, 306, 308, 406; *Constitución Política de Colombia* (1991), artículos 65, 80, 305, 311, 319, 334, 339; *Constitución Política de Ecuador* (2008), artículos 3, 275, 277, 279, 337, 395; *Constitución Política del Perú* (1993), artículos 44, 58, 66, 67, 88, 192.

² Al respecto, ver: *Constitución Política de Bolivia* (2009): artículo 304: "Las autonomías indígena originario campesinas podrán ejercer [...] competencias exclusivas". *Constitución Política de Colombia* (1991): artículo 287: Los territorios indígenas, en tanto entidades territoriales, "gozan de autonomía para la gestión de sus intereses" y tendrán derecho a gobernarse por autoridades propias. *Constitución Política de Ecuador* (2008): artículo 57: A las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas se les reconocen y garantizan varios derechos colectivos, entre ellos, a desarrollar y fortalecer su identidad, sus tradiciones ancestrales y sus formas de organización social; a la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias; a crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio; a conservar sus propias formas de ejercicio de la autoridad; artículo 59: "Se reconocen los derechos colectivos de los pueblos montubios (...)". *Constitución Política de Perú* (1993): artículo 89: Las comunidades campesina y nativas "[s]on autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece".

³ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya, Doc. A/HRC/12/34/Add.8, 18 de agosto de 2009. *Observaciones sobre la situación de los pueblos indígenas de la Amazonía y los sucesos del 5 de junio y días posteriores en las provincias de Bagua y Utcubamba, Perú*, párr. 21.

Un tema central en las disputas por la tierra y los recursos naturales es el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas y tribales. El debate sobre el contenido y alcance de este derecho surge debido a que muchas de las actividades extractivas o de desarrollo autorizadas o implementadas por los Estados se llevan a cabo en territorios indígenas, en innumerables ocasiones, sin la realización de un proceso previo de consulta o sin el logro de un acuerdo previo con las comunidades afectadas.

La Región Andina, por su riqueza natural y por la gran cantidad de comunidades indígenas, campesinas o nacionalidades que habitan en ella, representa un ejemplo claro de la necesidad de buscar caminos alternativos que lleven a una efectiva protección de los derechos de dichos pueblos y del medio ambiente en el que habitan. Los pueblos indígenas y las comunidades que viven en esta región se encuentran en una preocupante situación de pobreza, marginalidad y exclusión de la sociedad, que persiste a pesar de los grandes avances logrados en el reconocimiento constitucional y legal de sus derechos. La realidad económica, social y cultural de estos pueblos carece de progresos significativos.

La extracción de recursos naturales en tierras habitadas por pueblos indígenas podría convertirse en un elemento clave para el desarrollo socio-económico de estos territorios. Sin embargo, esto no sucede en la mayoría de casos. Menos cuando los miembros de los pueblos indígenas de la Región Andina se encuentran ante la realidad de proyectos que ya están en ejecución o próximos a ejecutarse en sus tierras o deben enfrentarse a numerosas dificultades para acceder a información sobre el proyecto y sus consecuencias o sobre la empresa que lo ejecuta, lo que se suma a los obstáculos de idioma y falta de conocimiento de los mecanismos jurídicos de protección de sus derechos, así como a la imposibilidad fáctica de participar en la toma de decisiones sobre sus tierras. Esta problemática se ve agravada por el retraso histórico en el reconocimiento legal, titulación y demarcación de sus tierras, lo que los pone en una situación de extrema vulnerabilidad y falta de poder frente al Estado mismo y frente a las empresas que llegan a sus territorios con contratos de concesión avalados por los gobiernos.

La falta de respeto y garantía de los derechos de los pueblos indígenas y particularmente la vulneración del derecho a la propiedad comunal han provocado un fuerte incremento de los conflictos sociales y una marcada polarización de los diferentes actores involucrados. Debemos reconocer que en la última década se han abierto algunos espacios de diálogo y canales de participación en los países de la Región Andina, que han permitido reivindicaciones importantes de los derechos colectivos. Sin embargo, muchas veces estos canales han sido cerrados súbitamente por el poder político para “resolver” los conflictos de forma unilateral, lo que en la práctica ha implicado negar los avances logrados mediante el respeto y la búsqueda de consensos entre las partes.

Desde septiembre de 2007, en el marco de la Comunidad Andina integrada por los cuatro países en estudio, se ha formado el Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas de la Comunidad, como un órgano de asesoría en los aspectos políticos, culturales, sociales y económicos de la integración subregional, en tanto afecten a los pueblos indígenas. El Consejo está integrado por un delegado indígena de cada Estado, elegido entre aquellos de mayor rango de las organizaciones indígenas nacionales, de conformidad con los procedimientos que deben ser establecidos en el ámbito nacional. Instancias de participación e intercambio de experiencias —buenas y malas— en la implementación del derecho a la consulta en distintos países son esenciales para lograr cambios sólidos. Recientemente, la presidenta del Consejo, la peruana Marleni Canalis, presentó un informe titulado *En defensa propia. Pueblos indígenas de Perú*, que ha brindado importantes insumos para el enriquecimiento del debate.

Oxfam solicitó a DPLF la elaboración de un informe que, partiendo del derecho internacional de los derechos humanos, analizara la situación actual del derecho a la consulta en cuatro países de la Región Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú). El presente estudio es el resultado de

dicha solicitud y tiene como objetivo principal ser un insumo que promueva el debate sobre el derecho a la consulta y al consentimiento, su contenido y alcance, su realidad y la necesidad urgente de contar con mecanismos para que los pueblos indígenas y tribales no solo sean partícipes de las decisiones que afectan sus derechos sino artífices de su progreso como propietarios reales y —en muchas ocasiones— ancestrales de las tierras donde habitan.

La Primera Parte del informe contiene un resumen de las principales regulaciones internacionales que surgen de los distintos organismos internacionales con competencia para conocer y pronunciarse sobre esta temática, regulaciones que provienen de diferentes órganos en forma coincidente, lo que refuerza su validez nacional e internacional. La Segunda Parte contiene un análisis jurídico-fáctico de los cuatro países de la Región Andina que resalta tanto los avances que se han producido a nivel constitucional, legal o jurisdiccional, como los retrocesos que se ejemplifican con algunos de los casos emblemáticos que han tenido resonancia nacional e internacional. Por último, la Tercera Parte contiene una serie de recomendaciones específicamente diseñadas para cada uno de los actores involucrados.

El presente informe fue coordinado por Katya Salazar, directora ejecutiva de DPLF; la investigación y la elaboración del mismo estuvieron a cargo de Alejandra Gonza, abogada especialista en derecho internacional de los derechos humanos y consultora de DPLF. María Clara Galvis, especialista en derecho internacional de los derechos humanos y consultora senior de DPLF, trabajó con la autora en aspectos de fondo del informe y se encargó de la edición final del texto. DPLF agradece los valiosos comentarios de Thomas Antkowiak, Javier Aroca, Rocío Ávila, Javier La Rosa, Ramiro Orías, Ariel Pérez Castellón, Cesar Rodríguez Garavito, Juan Carlos Ruiz Molleda, Keith Slack, Vinicio Villalba y Jaime Vintimilla Saldaña.

Debido a que nos encontramos en un momento histórico de debate crítico en materia de derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado, esperamos que el presente informe pueda contribuir al diseño de los mecanismos apropiados para avanzar en el respeto y garantía de los derechos de los pueblos indígenas de la Región Andina.

PRIMERA PARTE

El derecho a la consulta previa y las regulaciones internacionales

INTRODUCCIÓN

Los Estados de la Región Andina cuentan con sólidos estándares internacionales en materia de derecho a la consulta como consecuencia de la ratificación de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, específicamente de aquellos que abordan los derechos de los pueblos indígenas. Dichos estándares se transforman no solo en una guía que puede iluminar el camino a seguir para lograr hacer realidad el derecho a la consulta en los territorios indígenas, sino en obligaciones internacionales vinculantes que pueden hacer incurrir a los Estados —como ya ha ocurrido—⁴ en responsabilidad internacional por incumplimiento de sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos internacionalmente protegidos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales.

Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú poseen similar vínculo con el derecho internacional de los derechos humanos. En el ámbito regional han ratificado la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA), bajo cuyo marco posteriormente se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), que tiene competencia, entre otros aspectos, para conocer de violaciones de derechos humanos cometidas en las jurisdicciones estatales y para emitir recomendaciones en caso de encontrar que dichas violaciones han ocurrido y que el Estado es responsable. Asimismo, han aprobado el catálogo de derechos consagrados en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (en adelante Declaración Americana). Más aun, todos los Estados analizados en el presente informe ratificaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos y aceptaron la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) para conocer asuntos que surgen del incumplimiento de las obligaciones que emanan de la Convención Americana. Las decisiones y pronunciamientos de ambos órganos son de particular relevancia para la Región Andina, especialmente aquellos relacionados con los derechos de los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa.

Por otra parte, los cuatro países de la Región Andina analizados en el presente informe han ratificado el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales⁵ (en adelante Convenio N° 169 de la OIT), que contempla, entre otros, el derecho a la consulta previa; asimismo, cuentan con sendos pronunciamientos de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR).

Además, en el ámbito universal, todos los Estados de la Región Andina aprobaron la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (en adelante Declaración de Naciones Unidas), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el

⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado de Suriname, entre otros hechos, por haber restringido indebidamente el derecho a la propiedad comunitaria del pueblo Saramaka al otorgar una concesión para la explotación de madera en territorio saramaka sin previa consulta activa con el pueblo.

⁵ Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante Convenio N° 169 de la OIT), disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>

13 de septiembre de 2007⁶ y ratificaron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Por ello, son importantes los pronunciamientos emitidos por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Comité de Derechos Humanos), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas y, por último, las recomendaciones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas (Foro Permanente)⁷.

Finalmente, los sistemas jurídicos de Bolivia, Colombia y Perú han elevado a rango constitucional los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y el de Ecuador, a rango de ley. Los cuatro países cuentan con fallos de sus respectivos tribunales constitucionales que —más allá de la decisión en el caso concreto— reconocen la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas como fuente para interpretar las obligaciones del Estado. En Bolivia la Declaración tiene rango de ley.

Cabe mencionar que la Corte Interamericana en su jurisprudencia ha realizado un análisis e interpretación extensivos de la Convención Americana, tanto en sí misma como a la luz de todos los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados anteriormente⁸. En diversos casos relacionados con los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras, la Corte Interamericana ha establecido un marco jurídico aplicable a los conflictos que surgen entre los Estados y las comunidades indígenas o tribales debido a las concesiones otorgadas por los gobiernos para la extracción y explotación de recursos naturales en los territorios indígenas⁹. Recientemente, la CIDH presentó una demanda ante la Corte Interamericana contra Ecuador, en la que cuestionó internacionalmente la falta de protección del derecho a la consulta previa y solicitó en diversas oportunidades medidas provisionales¹⁰ ante dicho tribunal, cuando las cautelares emitidas por ella no fueron efectivas.

Además, la CIDH sigue elaborando informes de admisibilidad y de fondo en casos concretos relacionados con los derechos de los pueblos indígenas¹¹, adoptando medidas cautelares en las

⁶ Aunque Colombia, como se explicará más adelante, inicialmente se abstuvo de aprobar esta Declaración, posteriormente rectificó la expresión de su voluntad internacional y decidió aprobarla.

⁷ Para un análisis detallado de los mecanismos, ver: Justicia Global, *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2009.

⁸ DPLF/IDL/Seattle University School of Law, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*, 2010.

⁹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214; *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185; *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125 y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

¹⁰ Ver, por ejemplo, las decisiones de la Corte Interamericana en las que este Tribunal ha adoptado o rechazado medidas de protección en los siguientes casos: *Asunto Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros respecto de Panamá* (este caso ya fue admitido y se encuentra pendiente de decisión de fondo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH); *Asunto del pueblo Indígena Sarayaku respecto de Ecuador* (recientemente la CIDH presentó la demanda en este caso ante la Corte Interamericana); *Asunto del pueblo Indígena Kankuamo respecto de Colombia* y *Asunto Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó respecto de Colombia*.

¹¹ Ver, por ejemplo: CIDH, Informe 75/09. Petición 286-08. Admisibilidad. *Comunidad Indígena Ngöbe y sus miembros en el Valle del Río Changuinola*. Panamá, 5 de agosto de 2009; Informe 40/04. Fondo. Caso 12.052. *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo*. Belice, 12 de octubre de 2004 y Caso 11.140. Mary y Carrie Dann. Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002.

¹² Ver, por ejemplo: MC 260-07 a favor de las Comunidades del pueblo Maya (Sipakapense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala, mediante las cuales se ordenó al Estado de Guatemala suspender las actividades mineras, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/medidas/2010.sp.htm>

¹³ CIDH, Informe Anual 2009, Volumen II: *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Capítulo IV, acápite 2, "Acceso a la información y derecho a la consulta de los pueblos indígenas".

que ordena al Estado suspender proyectos en ejecución¹², realizando informes temáticos¹³ o sobre un país determinado¹⁴, así como llevando a cabo audiencias públicas y visitas *in loco* en las que recaba información sustancial que le servirá de base para profundizar estos temas en futuros informes. Asimismo, debemos mencionar que en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos se está debatiendo actualmente un proyecto de Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁵.

Del análisis integral del marco normativo internacional reseñado surge una regulación clara que los Estados deben seguir en materia de derecho a la consulta previa. Teniendo en cuenta la situación actual de este derecho en los países de la Región Andina analizados en este informe, en este capítulo se reseñan los elementos más importantes para la efectiva protección del mismo.

¹⁴ CIDH, Informe de Bolivia 2007, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, Capítulo IV. C.

¹⁵ Puede consultarse en: http://www.oas.org/OASpage/Events/default_ENG.asp?eve_code=11 (consultado el 6 de mayo de 2010).

Regulaciones internacionales

A. El concepto de pueblos indígenas y tribales es amplio e inclusivo

Los pueblos indígenas y tribales de la Región Andina, como los de todo el mundo, poseen una diversidad difícil de catalogar en un concepto. A pesar de no ser deseable ni existir una definición universal o un acuerdo internacional en cuanto al término “pueblos”, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las interpretaciones realizadas por los órganos de supervisión y control han adoptado una descripción amplia de los sujetos que pretenden proteger¹⁶, que alcanza, en la práctica, además de los pueblos indígenas y tribales, a las comunidades afrodescendientes y a las minorías campesinas o rurales.

Existen diferencias terminológicas en los diferentes países para nombrar a los pueblos indígenas y tribales o a las comunidades campesinas o rurales que necesitan protección de sus derechos. No es común que los Estados cuenten con censos inclusivos o diferenciados sobre los pueblos indígenas o las comunidades campesinas o rurales. Aunque en la Región Andina esta tendencia va cambiando y existe un mayor reconocimiento legal de los pueblos y en algunos censos más recientes se ha sistematizado la información sobre las comunidades, sus miembros y la situación en la que se encuentran, la información todavía está muy dispersa. Muchas veces se producen contradicciones en términos de cifras y condiciones. En ocasiones dicha información se obtiene y se sistematiza sin un efectivo aporte de las propias comunidades que se pretenden identificar, o para su obtención se utilizan criterios conflictivos, como por ejemplo el idioma hablado, o se deja por fuera el criterio de autoidentificación¹⁷. Además, muchas veces los Estados mantienen en el ámbito internacional discursos diferentes a los expuestos a nivel nacional, cuando se trata de reconocer a las comunidades que deben ser protegidas y determinar quiénes son titulares del derecho a la consulta, lo que agudiza las tensiones entre comunidades y Estados.

Por lo anterior, a pesar de los avances logrados en algunas constituciones y leyes, la determinación de quiénes quedan protegidos por los instrumentos internacionales y nacionales sigue siendo un tema complejo y está lejos de quedar plenamente resuelto en la práctica.

De conformidad con los instrumentos internacionales y las decisiones más relevantes de los órganos de control que se utilizarán como base de las regulaciones internacionales resumidas en este capítulo, se cuenta con elementos subjetivos y objetivos que se complementan entre sí y que permiten establecer de forma inclusiva aquellos pueblos protegidos.

El criterio subjetivo de autoidentificación adquiere particular relevancia para la determinación del alcance de la protección¹⁸ y se complementa con los criterios objetivos que se mencionan a continuación, que deben ser tenidos en cuenta para establecer la existencia de pueblos indígenas y tribales:

Para establecer la existencia de pueblos indígenas, según el artículo 1 del Convenio N° 169 y la interpretación de la OIT, bastan los siguientes criterios o elementos:

¹⁶ OIT, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, Programa para promover el Convenio núm. 169 de la OIT (Pro 169), *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica – una guía sobre el Convenio num. 169 de la OIT*, 2007, pág. 13 (en adelante *Guía de Aplicación del Convenio 169*).

¹⁷ Ver el caso de Bolivia, *Guía de Aplicación del Convenio 169*.

¹⁸ Convenio N° 169 de la OIT, artículo 1.1 y 1.2; La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante Declaración de Naciones Unidas) no define explícitamente el término pueblos indígenas. Menciona en su preámbulo elementos enumerados en el Convenio. En su artículo 33.1 contempla el derecho de los pueblos indígenas a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones.

- Continuidad histórica, es decir que se trate de sociedades anteriores a la conquista o la colonización;
- Conexión territorial (los ancestros habitaban el país o la región);
- Instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas (retienen algunas o todas sus instituciones propias)¹⁹.
- Conciencia de su identidad indígena (artículo 1.2 del Convenio N° 169 de la OIT).

Para establecer la existencia de pueblos tribales, según el artículo 1 del Convenio N° 169 y la interpretación de la OIT, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios o elementos:

- Condiciones económicas y culturales, organización social y forma de vida que los distingan de los otros segmentos de la población nacional, por ejemplo la forma de subsistencia, el idioma, las costumbres, etc.;
- Tener tradiciones y costumbres, y un reconocimiento legal especial²⁰.
- Conciencia de su identidad tribal (artículo 1.2 del Convenio N° 169 de la OIT).

Respecto de los pueblos tribales, la Corte Interamericana ha señalado que estos deben tener características similares a las de los pueblos indígenas, como:

- Tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional,
- Identificarse con sus territorios ancestrales y
- Estar regulados, al menos parcialmente, por sus propias normas, costumbres o tradiciones²¹.

B. El derecho a la propiedad comunitaria de la tierra y de los territorios está reconocido por el derecho internacional e implica diversos deberes para los Estados

El derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado un concepto de propiedad diferente para los pueblos indígenas y tribales, fundado en el reconocimiento del carácter colectivo de la misma y de la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Los Estados deben salvaguardar este derecho con todos sus especiales elementos²² y garantizar la supervivencia social, cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales²³. De esta manera, los Estados tienen la

¹⁹ *Guía de Aplicación del Convenio 169*, pág. 9.

²⁰ *Ídem*.

²¹ Corte IDH. *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Cit., párr. 89.

²² Ver: Convención Americana, artículo 21; Convenio N° 169 de la OIT, artículo 14.1, que establece que "[d]eberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan"; Declaración de Naciones Unidas, artículo 26.1, en el cual se afirma que: "[l]os pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido"; la Declaración de Naciones Unidas, en su artículo 26.3, señala que los "Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos [y que d]icho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate". Jurisprudencia de la Corte IDH: *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Cit., párr. 87; *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Cit., párr. 88; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Cit., párr. 118 y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Cit., párr. 137.

²³ *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Cit., párr. 91; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Cit., párrs. 148-149 y 151; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*. Cit., párrs. 118-121 y *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*. Cit., párrs. 124, 131, 135 y 154. Cfr. también CIDH, Informe 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann*, Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002, párr. 128: "la continua utilización de sistemas colectivos tradicionales de control y uso del territorio son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y en efecto para la supervivencia de los pueblos indígenas" y CIDH, Informe 40/04, Fondo, Caso 12.052, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo*, Belice, 12 de octubre de 2004, párr. 114: "el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales".

“obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente”²⁴ y “[d]eberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados” con su plena participación²⁵.

Sin embargo, el mero reconocimiento por parte de los Estados del derecho a la propiedad especial y colectiva de sus pueblos indígenas no es suficiente. Tomando en cuenta la realidad de la Región Andina, caracterizada por reformas agrarias inconclusas y procesos de titulación y demarcación lentos, engorrosos e inefectivos, se deben resaltar varios aspectos sustanciales de los deberes de los Estados en este tema:

1. Deber de reconocer, con efectos jurídicos, que la posesión tradicional sobre las tierras de los pueblos indígenas y tribales equivale al título de pleno dominio que otorga el Estado²⁶ y abarca el concepto de territorios²⁷.
2. Deber de reconocer, con efectos jurídicos, que la posesión tradicional les otorga el derecho a exigir el reconocimiento oficial de la propiedad y su registro²⁸ y el derecho a no ser trasladados de la misma²⁹.
3. Deber de otorgar títulos oficiales de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicho territorio³⁰ y salvaguardar su certeza jurídica³¹.
4. Deber de proceder a la demarcación o delimitación física de la propiedad³².
5. Deber de restituir, cuando correspondiere, las tierras tradicionales a las comunidades³³, cuando por causas ajenas a su voluntad hayan salido de sus tierras tradicionales o perdido la posesión de las mismas y estas se encuentren en manos de terceros. A pesar de tal pérdida de posesión, y aun a falta de título legal, se mantiene el derecho de propiedad sobre las mismas y la restitución es la forma óptima de respetar el derecho a la propiedad, con prevalencia sobre derechos de terceros y mediante la adopción de medidas necesarias para que dichos terceros de buena fe sean debidamente indemnizados.
6. Deber de otorgar tierras alternativas de la misma extensión y calidad que las perdidas, cuando la restitución no fuera posible en casos excepcionales y acordados con las comunidades y sus representantes libremente elegidos³⁴. En ningún caso la decisión de las

²⁴ *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Cit., párr. 91. El artículo 14.1 del Convenio N° 169 de la OIT señala que: “[d]eberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”.

²⁵ Convenio N° 169 de la OIT, artículo 14.2; Declaración de Naciones Unidas, artículo 27.

²⁶ Ver: Convenio N° 169 de la OIT, artículo 14.2; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Cit., párr. 109; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Cit., párr. 151 y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Cit., párr. 128.

²⁷ Convenio N° 169 de la OIT, artículo 13.2; Declaración de Naciones Unidas, artículo 25; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Cit., párr. 109; *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya*. Cit., párr. 128; *Caso de la Comunidad Moiwana*. Cit., párrs. 131 y 209 y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Cit., párr. 151.

²⁸ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Cit., párr. 109; *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya*. Cit., párr. 128; *Caso de la Comunidad Moiwana*. Cit., párrs. 131 y 209 y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Cit., párr. 151.

²⁹ Convenio N° 169 de la OIT, artículo 16.1.

³⁰ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Cit., párr. 109; *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Cit., párr. 115; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Cit., párr. 153; *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*. Cit., párr. 215 y *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 209.

³¹ *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Cit., párr. 115.

³² *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*. Cit., párr. 143. Asimismo, el artículo 14.2 del Convenio N° 169 de la OIT señala que “[l]os gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”.

³³ Convenio N° 169 de la OIT, artículo 16.3.

³⁴ Convenio N° 169 de la OIT, artículo 16.4; Declaración de Naciones Unidas, artículo 28.2; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Cit., párr. 109; *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Cit., párrs. 128 a 130.

autoridades internas deberá basarse exclusivamente en que dichas tierras estén en manos privadas o que estén racionalmente explotadas³⁵.

7. Deber de indemnizar plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento³⁶.

Los Estados deben tener en cuenta que la especial naturaleza de la propiedad de las tierras indígenas supone una distinción y aceptación de las tradiciones y costumbres con las que los pueblos indígenas usan y gozan su propiedad y lo que entienden por ella, sus relaciones con comunidades vecinas³⁷ y su propio concepto de desarrollo. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que solo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del derecho a la propiedad para millones de personas³⁸.

La falta de realización efectiva del derecho a la propiedad de los miembros de las comunidades indígenas no solo viola las obligaciones internacionales del Estado relativas al derecho a la propiedad, sino que también compromete la responsabilidad del Estado en relación con la garantía de un recurso efectivo y constituye un trato discriminatorio que produce exclusión social³⁹.

Las especiales características de esta propiedad requieren del Estado reales esfuerzos para superar la exclusión histórica de los pueblos indígenas y las comunidades rurales; la superposición histórica de derechos de terceros sobre los derechos de propiedad comunal; la prevalencia dada por el Estado a los derechos de terceros sobre los derechos comunales y la imposición de la visión estatal de progreso y desarrollo, entre otros.

C. Los pueblos indígenas tienen derechos sobre los recursos naturales renovables y no renovables que se encuentran en sus territorios

Los conflictos más complejos en torno al ejercicio de los derechos a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales surgen por la extracción de los recursos naturales y el desarrollo comercial de sus tierras por parte del Estado y de las empresas, sin que las comunidades afectadas sean previamente consultadas, se obtenga su consentimiento o se beneficien razonablemente de los resultados de dichos desarrollo y extracción.

La tensión entre el derecho a la propiedad sobre los territorios indígenas y la exploración y explotación por terceros de los recursos que se encuentran en estos territorios se ve exacerbada por los intereses económicos en juego y porque el Estado primero protege sus derechos sobre los recursos del subsuelo y posteriormente los derechos de pueblos indígenas sobre los recursos naturales que están en el mismo territorio. Con frecuencia, los Estados desconocen el derecho al desarrollo como un derecho humano que supone "la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye [...] el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales"⁴⁰.

³⁵ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Cit., párr. 284.

³⁶ Convenio N° 169 de la OIT, artículo 16.5; Declaración de Naciones Unidas, artículo 28.1.

³⁷ Ver, por ejemplo, Convenio N° 169 de la OIT, artículos 17.2 y 19 y Declaración de Naciones Unidas, artículo 27.

³⁸ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Cit., párr. 120.

³⁹ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Cit., párr. 149.

⁴⁰ Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo.

Es importante que los Estados tengan en cuenta que el derecho colectivo de los pueblos indígenas y comunidades protegidas a la propiedad sobre sus territorios supone que no deben ser trasladados de los mismos⁴¹ y que el Estado no puede disponer de la tierra como si se tratase de su propiedad privada. Este derecho comprende varios derechos sobre todos los recursos naturales (renovables y no renovables) existentes en sus tierras. El Estado tiene el deber de adoptar medidas especiales para que esos derechos sean protegidos. En este sentido, se debe resaltar el derecho de los pueblos indígenas a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos⁴².

En el ámbito internacional, los tribunales han decidido casos en que se produjeron graves violaciones del derecho a la propiedad comunal al explotar recursos naturales renovables que las comunidades protegidas habían venido usando tradicionalmente y que son necesarios para su propia supervivencia, desarrollo y continuidad de su estilo de vida, como los recursos forestales⁴³. Evidentemente, los pueblos indígenas tienen derechos sobre estos recursos y el Estado tiene el deber de consultar previamente y buscar el consentimiento y acuerdo de las comunidades afectadas cuando pretende explotar los recursos naturales que se encuentran en sus tierras⁴⁴.

Por otro lado, tomando en cuenta el propio carácter dinámico de la evolución humana y el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas y tribales, los derechos sobre los recursos naturales, incluido el de ser consultados, recaen no únicamente sobre aquellos recursos que hayan utilizado tradicionalmente sino también sobre aquellos que sin haber sido utilizados tradicionalmente por el pueblo, su extracción afectaría otros recursos que son vitales para su modo de vida⁴⁵. La misma regla se aplicaría entonces respecto de los recursos que se descubran con posterioridad. En estos casos, los auténticos propietarios de las tierras en donde se encuentran tales recursos son quienes tienen derecho sobre ellos y la exploración y explotación por terceros de forma inconsulta y sin consentimiento tampoco está permitida. Admitir tal posibilidad negaría la propia esencia del derecho a la propiedad y pondría a las comunidades en una situación mayor de vulnerabilidad y exclusión que la que ya enfrentan. En nombre del desarrollo se provocarían cambios profundos al ecosistema y al medio ambiente, y con ello al propio tejido social y cultural de las comunidades, lo cual contribuiría a mantenerlas en la pobreza histórica, con el pretexto inaceptable de que los recursos explotados no tienen ligamen cultural ancestral.

Cuando se descubre que en territorios indígenas o tribales se encuentran recursos sobre los cuales el Estado tiene la intención de otorgar derechos a terceros para su exploración y explotación, o para realizar inversiones económicas y obtener beneficios⁴⁶, siempre debe consultar con sus propietarios, buscar el consentimiento, otorgar los beneficios a los que como propietarios de sus tierras tienen derecho durante todo el tiempo que dure la explotación y reparar los daños que se causen. Descubrir que las tierras indígenas o tribales son más ricas de lo que se conocía se transforma en una invaluable oportunidad para que los Estados paguen su deuda histórica con los pueblos indígenas y tribales permitiéndoles desarrollarse y progresar según su propia visión del mundo y del desarrollo y el progreso.

⁴¹ Convenio N° 169 de la OIT, artículo 16.1.

⁴² Convenio N° 169 de la OIT, artículo 15.1; Declaración de Naciones Unidas, artículo 32; *Guía de Aplicación del Convenio 169*, pág. 107.

⁴³ *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Cit., párr. 122.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 155.

⁴⁶ Ver: Declaración de Naciones Unidas, artículo 26.2, que garantiza a los pueblos indígenas el derecho "a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma" y Declaración de Naciones Unidas, artículo 32.

D. Es posible establecer límites al derecho a la propiedad comunal, pero estos deben ser legítimos y consultados previamente con los pueblos indígenas

En los cuatro países de la Región Andina analizados en este informe, con matices diferentes, los Estados tienen la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo o tienen derechos de administración sobre ellos y sobre otros recursos existentes en las tierras indígenas o tribales⁴⁷.

Se reconoce internacionalmente que el derecho a la propiedad comunal no es absoluto, por tanto, se han establecido posibles límites a su uso y goce si la restricción responde “a los intereses de la sociedad”⁴⁸. Para que las restricciones sean válidas y puedan considerarse “de interés de la sociedad” se requiere que: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) sean proporcionales; d) tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática⁴⁹ y e) que no “impli[que]n una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”⁵⁰.

El requisito de establecer la limitación en forma previa y mediante ley supone que esta no puede entenderse en un sentido diferente al de ley formal, es decir, una norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado; esta ley debe ser aprobada por razones de interés general y con el propósito para el cual ha sido establecida la limitación del derecho⁵¹.

Exigir que las restricciones de los derechos de las comunidades sobre sus tierras se encuentren establecidas previamente en una ley tiene el propósito de abolir la discrecionalidad y la arbitrariedad en la disposición de estos derechos si se realiza de forma unilateral y no consensuada por el Poder Ejecutivo o por otros funcionarios de poderes no creados para legislar. Asimismo, pretende evitar la disposición de derechos sobre las tierras mediante reglamentos, decretos, ordenanzas u otro tipo de decisiones estatales que no sean leyes producto del diálogo y el consenso entre las fuerzas representadas en el Parlamento. Igualmente, pretende evitar que los pueblos indígenas sean tomados por sorpresa con la exploración y explotación directa de sus territorios cuando las concesiones ya están otorgadas y los contratos negociados. La existencia de una ley contribuye a la erradicación de la inseguridad jurídica respecto del ejercicio de dicho derecho y de las facultades del Estado para restringirlo.

Los Estados que no cuenten con un sistema legal de restricciones del derecho a la propiedad comunal que cumpla con los requisitos internacionales no podrán demostrar que el desarrollo de proyectos en tierras indígenas ha sido realizado con respeto de los derechos de las comunidades afectadas. Es por ello que adquiere particular relevancia que los Estados cuenten también con una ley sobre el derecho a la consulta previa.

De acuerdo con la regulación internacional⁵², si un Estado quiere explotar o disponer de los recursos naturales que se encuentran en territorios habitados por pueblos indígenas o tribales

⁴⁷ Esta situación se tiene en cuenta en el artículo 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT.

⁴⁸ Corte IDH. *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Cit., párr. 127.

⁴⁹ *Ídem*; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*. Cit., párrs. 144-145 y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*. Cit., párr. 137.

⁵⁰ Corte IDH. *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Cit., párr. 128.

⁵¹ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 89; CIDH, *Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, 2003, Vol. III, Capítulo IV, párr. 42; Principio 1.1 “Libertad de opinión, expresión e información”. Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información.

⁵² Corte IDH. *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Cit., párr. 129.

—lo que implica una restricción de los derechos de estos pueblos como propietarios— debe cumplir antes los siguientes requisitos:

1. Lograr la participación efectiva de los pueblos indígenas en todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de sus territorios, mediante sus representantes libremente elegidos. Para ello, debe establecer o mantener procedimientos de consulta con los pueblos afectados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida⁵³.
2. Realizar la consulta antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación de los recursos existentes en sus tierras y con el propósito de obtener el consentimiento previo, libre e informado⁵⁴.
3. Realizar un estudio previo de impacto social y ambiental⁵⁵.
4. Otorgar participación a los pueblos afectados, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten tales actividades⁵⁶.
5. Otorgar una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades⁵⁷.

Por ejemplo, en el caso de las concesiones mineras o de hidrocarburos, de explotación de recursos que alteren el medio ambiente o de realización de obras de infraestructura, el Estado tiene el deber de consultar a las comunidades en cuyos territorios se pretende llevar a cabo el proyecto, en razón del inevitable impacto que estas actividades tienen sobre otros recursos naturales protegidos y de la interferencia con el derecho del pueblo a usar y gozar sus tierras tradicionalmente poseídas y sus recursos naturales⁵⁸. Además, esta obligación se complementa con la protección constitucional del medio ambiente en los países de la Región Andina, con la necesidad de que los proyectos implementados se realicen de forma sustentable y con la armonización necesaria que debe existir entre los proyectos de desarrollo y los derechos humanos de los pueblos indígenas.

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación efectiva en las decisiones que los afectan y los Estados tienen el deber de consultarlos

Para lograr la participación efectiva de los pueblos, el deber de los Estados de consultar se transforma en la piedra angular de su relación con las comunidades indígenas y tribales, con sustento en todos los instrumentos internacionales mencionados anteriormente y las decisiones de los órganos internacionales de control⁵⁹.

Para asegurar una “efectiva participación” de los grupos indígenas o tribales, el Estado tiene el deber de consultar activamente con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, y de aceptar y brindar información de manera permanente, lo que implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, mediante procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo u obtener

⁵³ Declaración de Naciones Unidas, artículo 32.2; Convenio N° 169 de la OIT, artículos 6 y 7.

⁵⁴ *Ídem*.

⁵⁵ Corte IDH. *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de Sentencia. Cit., párr. 41; *Akwé: Kon Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessments Regarding Developments Proposed to Take Place on, or which are Likely to Impact on, Sacred Sites and on Lands and Waters Traditionally Occupied or Used by Indigenous and Local Communities* e Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 53.

⁵⁶ Declaración de Naciones Unidas, artículo 32.2; Convenio N° 169 de la OIT, artículos 6, 7 y 15.

⁵⁷ *Ídem*.

⁵⁸ *Ídem*.

⁵⁹ Convenio N° 169 de la OIT, artículos 6 y 7; Declaración de Naciones Unidas, artículo 32.2; Pacto de Derechos Civiles y Políticos; Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 21, que tal como ha sido interpretado por la Corte Interamericana protege el derecho a la propiedad comunitaria.

el consentimiento⁶⁰. Asimismo, el Estado debe consultar con el pueblo afectado en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera el caso.

Asimismo, el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, lo hagan con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta deberá tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo para la toma de decisiones⁶¹.

Es importante destacar que aunque el derecho a la consulta tiene profunda relación con el derecho de acceder a la información sobre los proyectos y planes que afectan los territorios indígenas y el consiguiente deber del Estado de suministrar esa información, el mero suministro de datos o información sobre un proyecto determinado no garantiza el derecho a la consulta ni puede ser identificado como consulta.

El deber del Estado de consultar debe adoptar la forma de un proceso de diálogo permanente; de negociaciones que conduzcan a acuerdos mutuamente aceptados, que sean llevadas a cabo de forma previa a la toma de cualquier decisión, en vez de ser mecanismos encaminados a entregar información sobre decisiones ya tomadas y sin permitir que los pueblos afectados tengan influencia real en el proceso de toma de decisiones y en la decisión final⁶².

No se puede desconocer que con frecuencia este tipo de negociaciones se llevan a cabo en un contexto de claro desequilibrio de poderes, inherente a la relación asimétrica entre el Estado y los pueblos indígenas. En este punto, los Estados tienen la responsabilidad de dotar a estos pueblos de la asistencia financiera, técnica y de cualquier otra índole que requieran para lograr una participación significativa en el proceso.

El deber del Estado de consultar recae sobre numerosas materias y sobre medidas administrativas, legislativas o de otra índole. En este sentido, se debe tener un concepto amplio de los temas y decisiones que se deben consultar cuando afectan los derechos de los indígenas y sus territorios. No existe ni es deseable una lista exhaustiva de casos en los que la consulta debe proceder. Sin embargo, se han identificado algunas materias centrales para hacer realidad el derecho a la consulta, en el marco de los conflictos resueltos por el derecho internacional referidos a contextos de extracción de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas o tribales⁶³. Esta identificación demuestra la amplitud de las materias sobre las que recae el deber de consultar. Entre ellas cabe mencionar que el deber de consultar recae sobre:

- El proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento del título colectivo del territorio de los miembros del pueblo;

⁶⁰ Convenio N° 169 de la OIT, artículo 6.2.

⁶¹ Declaración de Naciones Unidas, artículo 32.2; en el caso *Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo vs. Belice*, la Comisión Interamericana observó que los Estados deben llevar a cabo consultas efectivas y plenamente informadas con comunidades indígenas con relación a hechos o decisiones que pudieran afectar sus territorios tradicionales. En este caso, la Comisión determinó que un procedimiento de "consentimiento pleno e informado" requiere "como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso que estén provistos de una oportunidad efectiva para participar de manera individual o colectiva". Cfr. CIDH, Informe 40/04, Fondo, Caso 12.052, *Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo*, párr. 142. Cfr. también los Principios del Ecuador, Principio 5 y el artículo 27 de la Declaración de Naciones Unidas.

⁶² Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Cit., párr. 47; Convenio N° 169 de la OIT, artículo 6.

⁶³ Corte IDH. *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de Sentencia. Cit., párr. 16. Los artículos 6.1.a y 6.2 señalan que los Estados deben "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" y que tales consultas "deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas".

- El proceso mediante el cual se otorga a los miembros del pueblo el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran;
- El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo a ser titulares de derechos en forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado;
- El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo indígena a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres;
- Los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental;
- Cualquier restricción de los derechos de propiedad del pueblo, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro del territorio o que lo afecten⁶⁴, incluidas las concesiones para exploración y explotación de recursos.

Además, con el propósito de asegurar una participación significativa de los pueblos indígenas, los Estados tienen la obligación de “aceptar y brindar información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible”⁶⁵. Finalmente, es el pueblo indígena o tribal y no el Estado el que debe decidir quién o quiénes lo representarán en cada proceso de consulta⁶⁶ y el Estado debe respetar el principio de representatividad.

2. El proceso de consulta debe estar dirigido a obtener el consentimiento previo, libre e informado

Sin duda, uno de los puntos más controvertidos para la efectiva protección del derecho a la consulta se relaciona con la necesidad de obtener el consentimiento de la comunidad afectada por la aprobación de leyes, medidas administrativas, proyectos de uso, prospección o explotación de recursos naturales y construcción de obras de infraestructura. En los países analizados se han presentado acaloradas discusiones con ocasión de la redacción de las normas que regulan la consulta previa y han surgido tensiones entre el Estado y las comunidades al abordar este aspecto.

Por un lado, los pueblos indígenas consideran que el consentimiento libre, previo e informado es un requisito indispensable de la consulta y una manifestación del ejercicio de su derecho a la libre determinación, definido en la normativa internacional de derechos humanos, que abarca todos los proyectos que los afectan⁶⁷. Asimismo, consideran que el derecho a la consulta les concede un “derecho de veto”. Por otro lado, los Estados quieren que las normas que regulen el derecho a la consulta señalen expresamente la inexistencia de un “derecho de veto” de las comunidades sobre las decisiones adoptadas por las autoridades, que pueda detener proyectos aprobados por ellas⁶⁸.

Si bien se trata de un punto complejo, los parámetros internacionales arrojan luz al señalar que el consentimiento previo, libre e informado, otorgado de conformidad con las costumbres y tradiciones del pueblo o pueblos afectados es la finalidad de todo proceso de consulta. Esto significa que la consulta debe estar claramente encaminada hacia la obtención del consentimiento, y para ello debe cumplir ciertos requisitos mínimos que han sido establecidos

⁶⁴ *Ídem*.

⁶⁵ *Ibidem*, párr. 17.

⁶⁶ *Ibidem*, párr. 18.

⁶⁷ Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, Doc. A/HRC/EMRIP/2010/2, párr. 34.

⁶⁸ Ver: *Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo” aprobada por el Congreso de la República del Perú, 7 de julio de 2010.*

en las normas, informes y sentencias internacionales. Así, en el marco de los procesos de consulta se debe buscar un entendimiento mutuo y se deben tomar decisiones consensuadas⁶⁹ cada vez que se quieran realizar proyectos en territorios indígenas o aprobar leyes o medidas administrativas que podrían afectarlos. De lo que se trata es de aplicar el principio de buena fe en todo proceso de consulta, lo que implica un diálogo permanente en el que todas las partes involucradas estén dispuestas a escuchar y a ceder en sus posiciones mientras defienden sus legítimos intereses, y en el que los acuerdos alcanzados vinculen a las partes⁷⁰.

De esta manera, el consentimiento de las comunidades afectadas es un elemento esencial del proceso de consulta, en la medida en que es el objetivo último que debe perseguir toda consulta respetuosa de los pueblos indígenas y de la normatividad internacional que los protege. Si la búsqueda del consentimiento no es el objetivo real de los procesos de consulta estos no tendrán validez, por carecer de un elemento esencial.

Tal como lo ha afirmado el Relator Especial sobre los derechos y las libertades fundamentales de los indígenas, “los pueblos indígenas no gozan de un derecho al veto en el contexto de los procesos de consulta”, entendido en el sentido que el derecho a la consulta previa no les otorga el poder unilateral de vetar las decisiones estatales sin una justificación seria⁷¹. Lo anterior no quiere decir que ante la ausencia de un derecho de veto de los pueblos indígenas, el Estado tenga la libertad o la facultad de tomar decisiones que afecten sus derechos. Los Estados que han ratificado el Convenio N° 169 de la OIT tienen la obligación internacional de respetar y proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales a la identidad e integridad cultural, a la tierra, al territorio y a los recursos naturales así como a garantizar la supervivencia de dichos pueblos.

En este orden de ideas, los Estados no pueden, ni en el marco de procesos de consulta ni fuera de ellos, tomar decisiones que impliquen afectar el contenido internacionalmente protegido de los derechos mencionados. Está en la base del Estado de derecho que el ejercicio del poder político encuentra un límite en el respeto de los derechos humanos de las personas, y en estos casos, el poder del Estado tiene un límite en los derechos de los pueblos indígenas y tribales protegidos por normas internacionales que los propios Estados han adoptado. En este sentido, si por fuera de un proceso de consulta un Estado adopta una decisión, como la de conceder una licencia para un proyecto de explotación de recursos naturales que va a traer como consecuencia el desalojo de la mayoría del pueblo o la afectación de sus costumbres tradicionales, esta decisión —más allá de la existencia o no de un derecho de veto— carece de legitimidad en la medida en que implica afectar derechos esenciales de los pueblos. Al respecto, cabe recordar las palabras del Relator Especial, James Anaya, cuando señala que “la cuestión del poder estatal en relación con la consulta con los pueblos indígenas no se agota, ni a juicio del Relator Especial, se puede tratar apropiadamente, enfocándose en la cuestión de que si existe o no un poder de veto por la parte indígena”⁷². El centro de la cuestión está entonces en los límites del poder estatal al tomar decisiones que puedan afectar a los pueblos indígenas.

⁶⁹ Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, Cit., párr. 49; Convenio N° 169 de la OIT, artículos 6.1 y 6.2 y Declaración de Naciones Unidas, artículo 32.

⁷⁰ *Ibidem*, párr. 49.

⁷¹ *Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo” aprobada por el Congreso de la República del Perú, 7 de julio de 2010, pág. 2:* “Cuando el Relator Especial afirma que los pueblos indígenas no gozan de un derecho al veto en el contexto de los procesos de consulta, se refiere a aquel planteamiento, a su juicio insostenible, de un poder de decisión absoluto de vedar o impedir unilateralmente, con base en cualquiera justificación o sin ninguna, toda propuesta o decisión hecha por el Estado que les pueda afectar. Hablar de un derecho de veto en tal sentido, cuando se trata de asuntos que puedan ser de interés legítimos no solo por la parte indígena sino también para la sociedad nacional en general, no es coherente con la norma de consulta participativa que se incorpora en la normativa internacional”.

⁷² *Ibidem*, pág. 2.

Se debe entonces partir del principio general que el deber del Estado de consultar a fin de obtener el consentimiento libre, previo e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras, territorios o recursos abarca todos los casos en que el Estado planee extraer recursos naturales o realizar de otra manera cualquier plan de desarrollo en territorios indígenas⁷³. Asimismo, se debe buscar el consentimiento en los procesos de consulta de leyes o medidas administrativas que pudieran afectarlos⁷⁴.

Si se entiende el derecho al consentimiento como contenido esencial del derecho a la consulta, ¿cuáles deben ser las consecuencias cuando una comunidad no otorga su consentimiento luego de un proceso de consulta llevado a cabo en debida forma y con el cumplimiento de todos los requisitos internacionalmente establecidos, incluidos estudios de impacto ambiental?

Es necesario reconocer que sin una consecuencia real por no obtener el consentimiento o no llegar a un acuerdo con las comunidades afectadas sobre los proyectos que se pretenden llevar a cabo en sus territorios, el derecho a la consulta se vacía de contenido, y el poder real de participación en el desarrollo de las tierras de los propietarios de las mismas se esfuma, mientras que el poder del Estado de afectar los derechos humanos y el medio ambiente con proyectos nocivos para lograr inversiones se torna absoluto y reduce la consulta a una mera formalidad.

Es por ello que ya se han identificado internacionalmente diferentes situaciones en que el consentimiento de la parte indígena, por medio de un acuerdo, no solamente es el objetivo de la consulta sino un derecho en sí mismo que se convierte en una precondition exigible para la ejecución de la medida propuesta. Por lo tanto, a falta de consentimiento y de acuerdo, el Estado debe respetar la decisión de la comunidad y suspender el proyecto⁷⁵. Proceder con los proyectos en estos casos configura una restricción ilegítima del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas y tribales. Los casos hasta ahora identificados en el ámbito internacional son los siguientes⁷⁶:

1. Cuando el proyecto implique traslado de los pueblos indígenas de sus tierras tradicionales⁷⁷;
2. Cuando el proyecto implique el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus territorios⁷⁸;
3. Cuando se trata de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que pudieran tener un impacto mayor en los territorios indígenas⁷⁹;
4. Cuando se trata de actividades de extracción de recursos naturales en territorios indígenas que tengan impactos sociales, culturales y ambientales significativos⁸⁰.

Los casos en que el Estado debe suspender sus proyectos a falta de consentimiento no son un numerus clausus y se siguen ampliando con base en nuevas situaciones que se presentan en la

⁷³ *Ibidem*, nota de pie de página número 124. La Declaración de Naciones Unidas, en el artículo 32 establece, en términos más generales, que los Estados deberán celebrar consultas con los pueblos indígenas a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras, territorios o recursos.

⁷⁴ En el mismo sentido y tal como lo establecen el Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas.

⁷⁵ Ver, por ejemplo: MC 260-07 a favor de las Comunidades del pueblo Maya (Sipakapense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/medidas/2010.sp.htm>

⁷⁶ Declaración de Naciones Unidas, artículos 10, 19, 29.2 y 32.

⁷⁷ Declaración de Naciones Unidas, artículo 10.

⁷⁸ Declaración de Naciones Unidas, artículo 29.2.

⁷⁹ Corte IDH. Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Cit., párr. 133.

⁸⁰ *Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la "Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo" aprobada por el Congreso de la República del Perú, 7 de julio de 2010, pág. 3: "El Relator Especial agregaría además, como ejemplo en el que se requiere el consentimiento indígena, el caso de una propuesta de instalación de actividades de extracción de recursos naturales dentro de un territorio indígena cuando esas actividades tuviesen impactos sociales, culturales y ambientales significativos".*

realidad. Por ejemplo, recientemente se ha resaltado la importancia de obtener el consentimiento libre, previo e informado para la adopción de decisiones que afectan a los pueblos indígenas en el contexto de la protección de los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual⁸¹, de su reasentamiento cuando se establecen zonas protegidas⁸², o ante la creación de parques naturales, reservas forestales o reservas de caza en las tierras y territorios de los pueblos indígenas⁸³.

En los demás casos, es decir, “cuando la consulta se refiera a proyectos o a medidas legislativas o administrativas que no generen los impactos indicados, si mediante un proceso de consulta realmente previa, adelantado de buena fe, con los representantes legítimos de los pueblos, con los métodos apropiados según las características del pueblo, con información exhaustiva y tiempo suficiente para el diálogo, con estudios de impacto ambiental adecuados, no se llega a un acuerdo o al consentimiento, bajo las normas internacionales actualmente vigentes”⁸⁴, obtener el consentimiento de las comunidades indígenas o afrodescendientes no es un requisito que el Estado deba necesariamente agotar; en estos casos, para poder avanzar con el proyecto o la medida legislativa o administrativa, el Estado tiene la carga de demostrar que la restricción del derecho a la propiedad es legítima. En este sentido, debe acreditar que la limitación responde “a los intereses de la sociedad” y, por lo tanto: a) ha sido previamente establecida por ley; b) es necesaria; c) es proporcional; d) tiene el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática⁸⁵ y e) no “implica] una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”⁸⁶.

Estas salvaguardas exigen al Estado haber cumplido con todos los requisitos procedimentales y sustanciales de la consulta previa, para asegurar que el proyecto no tendrá un impacto social, cultural o ambiental significativo sobre el pueblo indígena afectado y que se tomarán medidas para salvaguardar todos sus derechos, inclusive su derecho a sentar sus propias prioridades para el desarrollo⁸⁷.

También es importante señalar que cuando los tribunales internos, al resolver sobre un conflicto de derechos entre comunidades, Estado y empresas, deciden que se debe suspender la ejecución del proyecto cuestionado, los demás órganos del Estado tienen la obligación internacional de acatar dicha decisión.

Por todo lo expuesto, es necesario que los Estados tengan una comprensión amplia del derecho a la consulta previa y de la necesidad de obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades afectadas cuando intenta realizar proyectos en sus territorios. Una guía de

⁸¹ Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, Cit., párr. 49; *Akwe: Kon Voluntary guidelines for the conduct of cultural, environmental and social impact assessments regarding developments proposed to take place on, or which are likely to impact on, sacred sites and on lands and waters traditionally occupied or used by indigenous and local communities* (2004). Puede consultarse en inglés en: www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-en.pdf (consultado el 7 de mayo de 2010).

⁸² Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, Cit., párr. 49; Convenio sobre la Diversidad Biológica, programa de trabajo relativo a las zonas protegidas, art. 8 a) a e), aprobado en la séptima Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 2004, decisión VII/28.

⁸³ Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, Cit., párr. 34.

⁸⁴ María Clara Galvis, “Consulta, consentimiento y veto”, en *Aportes DPLF*, Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal, Número 14, año 3, septiembre de 2010, págs. 11-12.

⁸⁵ Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, Cit., párr. 34; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*. Cit., párrs. 144-145 y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*. Cit., párr. 137.

⁸⁶ Corte IDH. *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Cit., párr. 128.

⁸⁷ Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, Cit., párr. 34.

conducta óptima por parte del Estado sería realizar el proceso de consulta y la búsqueda de un acuerdo como regla general para cada proyecto que se realizará en tierras indígenas, lo que demostrará no solo el respeto por las comunidades como propietarias de sus tierras, sino además el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

3. La realización de proyectos de desarrollo, inversión, exploración o extracción de recursos naturales debe estar precedida de un estudio previo de impacto social y ambiental

Uno de los puntos que se deja de lado en muchas legislaciones relacionadas con el derecho a la consulta previa sobre las actividades realizadas en tierras indígenas es la necesidad de que el Estado asegure la realización de un estudio de impacto social y ambiental por parte de una entidad independiente, imparcial y técnicamente capacitada, bajo la supervisión del Estado, de manera previa al comienzo de cualquier plan de desarrollo a realizarse en su territorio y al otorgamiento de una concesión. Estos estudios deben “realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto”⁸⁸. De ninguna manera debe delegarse su realización a las empresas, que son parte interesada.

La realización de un estudio de impacto ambiental serio no solo permite garantizar el derecho de los pueblos indígenas a ser informados sobre todos los proyectos que se proponen para ser realizados en su territorio sino también estudiar los efectos que su implementación puede causar en el ambiente, así como la viabilidad y sustentabilidad de dichos proyectos en el tiempo. El deber de realizar éstos estudios coincide con el deber de garantizar la efectiva participación de las comunidades indígenas en el proceso de otorgamiento de concesiones, de manera que puedan tomar decisiones informadas⁸⁹.

Finalmente, uno de los elementos que los estudios deben contener es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes en una determinada región y los que vayan a generar los proyectos propuestos. Este análisis permitiría concluir de una manera más certera si los efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras pueden poner en peligro la supervivencia de los pueblos indígenas o tribales⁹⁰.

4. Los beneficios de los proyectos de desarrollo, inversión, exploración o extracción de recursos naturales deben ser compartidos entre las empresas y los pueblos indígenas

Es indiscutible que las comunidades indígenas o tribales soportan los costos más pesados cuando un Estado emprende actividades de extracción y otras actividades de desarrollo en sus tierras. Asimismo, las ganancias empresariales por las actividades extractivas con frecuencia alcanzan cifras exorbitantes que deberían permitir a los Estados garantizar que la comunidad reciba un beneficio razonable de cualquiera de los planes que se lleven a cabo en territorios indígenas⁹¹, y que estos beneficios sean tenidos en cuenta desde un principio por las empresas y el Estado que negocia con ellas.

También se debe considerar que generalmente se trata de actividades que no son de corta duración y que tienen diversos efectos en la zona donde se realizan, por lo que la necesidad de

⁸⁸ Corte IDH. *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de Sentencia. Cit., párr. 41 y *Akwé: Kon Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessments Regarding Developments Proposed to Take Place on, or which are Likely to Impact on, Sacred Sites and on Lands and Waters Traditionally Occupied or Used by Indigenous and Local Communities*.

⁸⁹ Corte IDH. *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de Sentencia. Cit., párr. 41.

⁹⁰ *Ídem*.

⁹¹ Esta obligación emana del artículo 21.2 de la Convención Americana, el cual señala que: “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”. Ver también: artículo 15 del Convenio N° 169 de la OIT.

compartir los beneficios debe prolongarse en el tiempo y debe darse seguimiento a las situaciones que se desarrollen durante los años de explotación, y además, permitirles a los pueblos participar en la utilización, administración y conservación de los recursos.

El concepto de beneficios es diferente al de compensación por daños: el último proviene de la obligación del Estado y de las empresas de reparar a los pueblos indígenas afectados, mientras que el primero se refiere al derecho a obtener parte de los beneficios que reporten la prospección o explotación de los recursos naturales de sus tierras como propietarios de las mismas⁹².

La distribución de los beneficios puede adoptar diferentes formas, como por ejemplo: la celebración de acuerdos específicos con cada comunidad, la negociación de acuerdos entre los Estados y los territorios autogobernados o la redistribución de impuestos e ingresos para su aplicación a los fines de desarrollo específicos de los pueblos indígenas⁹³.

E. El desconocimiento del derecho a la consulta previa y de otros derechos de los pueblos indígenas genera el deber de reparar a las víctimas

En caso de vulneración del derecho a la consulta previa, bien sea por la realización de una consulta inadecuada o por la omisión completa de consultar con la población afectada por una medida o proyecto, tanto la violación del derecho a la consulta como la consiguiente violación de otros derechos, tales como los derechos al territorio, a la participación, a la autodeterminación y a la identidad cultural, generan la obligación de reparar a las víctimas. La obligación general de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos está establecida en diferentes instrumentos de derecho internacional y adquiere ciertas características propias cuando se trata de reparar a pueblos y comunidades indígenas y a sus miembros por violaciones de sus derechos⁹⁴.

Es importante en este punto resaltar que la obligación de reparar no solo es exigible ante instancias internacionales sino que todas las autoridades internas deben aplicar los principios de derecho internacional de los derechos humanos en materia de derecho a la consulta previa y de derecho a la reparación. Por ello, cuando los pueblos indígenas recurren a las instancias judiciales nacionales en busca de una respuesta y de justicia, los jueces y tribunales internos deben analizar la compatibilidad de las normas internas con los instrumentos internacionales y con la interpretación que de los mismos han realizado los órganos internacionales competentes⁹⁵.

Por otra parte, también debe tenerse en cuenta que las empresas transnacionales y nacionales, como principales ejecutoras o co-ejecutoras con los Estados de los proyectos de infraestructura o de explotación de recursos que afectan a los territorios de los pueblos indígenas, son actores clave para el reconocimiento efectivo del derecho a la consulta previa y el respeto de los derechos de los pueblos indígenas⁹⁶. En este sentido, el desconocimiento de los derechos

⁹² Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. A/HRC/15/37, 19 de julio de 2010, párr. 91.

⁹³ *Guía de Aplicación del Convenio 169*, pág. 108.

⁹⁴ Ver: Justicia Global, pág. 46 en adelante y Thomas Antkowiak, *Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond*, 46 Colum. J. Transatl'l L. 351(2008), págs. 405, 413 y 414.

⁹⁵ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128.

⁹⁶ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 19 de julio de 2010, Doc. A/HRC/15/37 y Justicia Global, *La consulta en el derecho internacional*, Cit., pág. 22.

humanos de dichos pueblos, además de responsabilidad internacional del Estado, puede generar responsabilidad de las empresas y de sus directivos.

Por lo anterior, es necesario que los Estados regulen la responsabilidad de las empresas derivada de los proyectos que se llevan a cabo en territorios indígenas o tribales y permitan que aquellas conozcan los términos de su responsabilidad antes de la firma de los contratos. En este sentido, el Estado debe crear mecanismos de control que permitan seguir el proyecto en todas sus fases y asegurar que las empresas se mantengan en la línea del respeto de las comunidades. Esto comprende el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a las actuaciones y a las prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan, permitan o favorezcan violaciones de los derechos humanos⁹⁷.

Las empresas tienen el deber de respetar los derechos humanos de los particulares. Esto significa que de la obligación positiva de los Estados de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). En un Estado los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares⁹⁸.

Por ello se debe tener claridad en cuanto a que la vulneración de los derechos humanos de los pueblos que se encuentran en los territorios donde se desarrollan proyectos de las empresas puede generar responsabilidad tanto de éstas y sus directivos como responsabilidad internacional del Estado.

El análisis de casos emblemáticos de vulneración de derechos de los pueblos indígenas por parte de las empresas que llevan a cabo proyectos en sus territorios permite vislumbrar una falta de conocimiento, por parte de las empresas, de las comunidades afectadas y de las características especiales de la propiedad comunitaria. Existe un grave distanciamiento de las empresas con las comunidades, una falta de suministro de información y de mecanismos de consulta, diálogo y concertación, así como carencia de respuesta adecuada ante los daños ambientales y personales ocasionados.

Además, ante la desigualdad entre el poder de las empresas y el de las comunidades, el Estado es clave para proteger la vulnerabilidad de las comunidades ante los intentos de las empresas de legitimar un actuar que perjudica los territorios y las personas indígenas mediante medidas inadecuadas que dejen en peor situación a los miembros de las comunidades.

De acuerdo con el reciente informe del Relator de Naciones Unidas, “para actuar dentro de un marco de diligencia debida, las empresas deberían tomar en cuenta los criterios sentados por las normas internacionales a los efectos del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, en particular sus derechos sobre tierras, territorios y recursos naturales, incluso en aquellos casos en los que la legislación interna pueda diferir sustantivamente de dichos criterios. Por lo tanto, las empresas deberían otorgar, a todos los efectos, un pleno reconocimiento a los derechos territoriales indígenas derivados de su tenencia consuetudinaria, con independencia del reconocimiento oficial estatal”⁹⁹.

Asimismo, señaló que “las empresas no actuarían diligentemente desde un punto de vista de los derechos humanos si accediesen a operar en relación con países o proyectos específicos en los que los Gobiernos no garantizan la consulta adecuada a los pueblos indígenas”¹⁰⁰.

⁹⁷ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 104.

⁹⁸ *Ibidem*, párr. 140.

⁹⁹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 19 de julio de 2010, Doc. A/HRC/15/37, párr. 86.

¹⁰⁰ *Ibidem*, párrs. 86 y 88.

SEGUNDA PARTE

Análisis jurídico-fáctico de cuatro países de la Región Andina

CAPÍTULO I: Bolivia

INTRODUCCIÓN

En Bolivia, el reconocimiento jurídico del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas respecto de los proyectos que afecten sus territorios ha tenido un gran desarrollo, que va desde la incorporación del derecho internacional hasta el diseño de normas de aplicación. Sin embargo, todavía quedan ciertas áreas sin regular, como la explotación minera y forestal, por ejemplo, y se percibe una dispersión regulativa en las distintas normas ambientales y sobre actividades extractivas, que dificulta su implementación.

El desarrollo jurídico mencionado contrasta con la realidad de las políticas aplicadas, las concesiones otorgadas y los planes de exploración y explotación de recursos naturales que se llevan a cabo en el país. Incluso, la primera decisión del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la consulta previa vacía el sentido propio del reconocimiento de este derecho en la normativa interna.

Las condiciones de extrema pobreza en las que viven las poblaciones indígenas y campesinas en Bolivia así como la necesidad de obtener resultados integrales en la política agraria ponen en cuestionamiento la eficacia real del Estado para garantizar no solo el derecho a la consulta previa, objeto de este trabajo, sino los derechos económicos, sociales y culturales, ámbito en el que a pesar de haber logrado algunos avances en la última década, se sigue teniendo una deuda pendiente¹⁰¹.

La situación de conflictividad social que vivió Bolivia como consecuencia de las reacciones de distintos sectores de la población frente a las medidas adoptadas por el Gobierno del actual presidente Evo Morales ha sido objeto de estudio por parte de la sociedad civil nacional e internacional así como de cuestionamientos internacionales de la CIDH, de la ONU y de la OIT.

De dichos estudios surgen reconocimientos a los esfuerzos del Gobierno y a las medidas adoptadas con el propósito de revertir la situación de exclusión de la mayoría de la población boliviana. Asimismo, se destacan las problemáticas que deben ser abordadas con mayor seriedad para poder hacer del derecho a la consulta previa mucho más que un conjunto de reconocimientos normativos, de manera que se transforme en una realidad sólida y sustentable¹⁰².

¹⁰¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales, Bolivia, Doc. E/C.12/BOL/CO/2, 16 de mayo de 2008, párr. 14.a.

¹⁰² Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Doc. A/HRC/11/11, febrero 18 de 2009; CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 34, 28 de junio de 2007; Informe de Seguimiento, OEA/Ser.L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009; CIDH, *Comunidades cautivas: situación del pueblo indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 58, 24 de diciembre de 2009; CEACR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Bolivia (ratificación: 1991) Publicación: 2010*.

A. Antecedentes históricos

Bolivia tiene una población predominantemente indígena. Según diversos informes internacionales, alrededor del 62% de la población se identifica a sí misma como indígena¹⁰³. Hay 37 grupos étnicos oficialmente reconocidos como pueblos indígenas. El 55% vive en el área rural donde la incidencia de la situación de pobreza extrema supera en un 100% a la del área urbana. Los pueblos indígenas en Bolivia son, en su mayoría, Quechua, Aimara, Guaraní, Chiquitano y Mojeño, en orden descendiente de población. Los quechuas y aimaras son la mayoría, con 30.7% y 25.2%, respectivamente, y se encuentran principalmente en las zonas andinas, en los valles del occidente del país y en áreas urbanas. En el oriente, Chaco y Amazonía (tierras bajas), el 17% de la población es indígena, repartida en 32 pueblos distintos, de los cuales los más numerosos son el Chiquitano, el Guaraní y el Mojeño, que conviven con migrantes internos procedentes de las tierras altas. Según el Relator de Naciones Unidas, la autopercepción identitaria de muchos bolivianos se divide entre los *kollas* (indígenas) andinos, de mayoría quechua y aimara, y los *cambas*, de tierras bajas, donde la mayoría de la población se define como mestiza y los indígenas son minoría demográfica¹⁰⁴, aunque allí se concentra la mayor diversidad étnica y cultural.

Según lo informado por el Estado a la OIT, el registro de los pueblos indígenas está directamente ligado a las tierras comunitarias de origen (TCO), que representan un tipo específico de propiedad relacionada con la preexistencia de un territorio que es imprescriptible, inembargable e inenajenable¹⁰⁵. Por ello la CEACR le requirió al Estado “reconocer a los pueblos indígenas que por determinadas razones ya no estuvieran ocupando tierras tradicionales o que fueran nómades pero que podrían gozar de los otros derechos previstos en el Convenio”¹⁰⁶.

Como antigua colonia de España, Bolivia ha luchado con el patrón de explotación y marginación de sus pueblos indígenas y el despojo de sus tierras, lo que ha resultado en la división tradicional entre la población minoritaria de la élite política, predominantemente blanca, y la mayoría indígena. Sin embargo, desde finales de los años 60 los pueblos indígenas empezaron a surgir como una nueva fuente de poder político. Después de la revolución nacionalista de 1952, que abrió el camino para la implementación de la reforma agraria sin reconocer el concepto de pueblos indígenas y sus territorios, el movimiento indígena siguió creciendo mediante la movilización de sus comunidades, la participación política y las marchas lideradas por organizaciones indígenas que transmiten las demandas de los pueblos al Gobierno central¹⁰⁷. Luego de la *Marcha por el Territorio y la Dignidad* de 1990, organizada por los pueblos indígenas de tierras bajas, el Gobierno dictó varios decretos supremos que reconocieron la existencia de los *pueblos indígenas* y sus derechos sobre los territorios¹⁰⁸.

¹⁰³ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., pág. 5; CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social*, Cit., párr. 217 y CIDH, *Comunidades cautivas: situación del pueblo indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud*, Cit., párr. 35. Las cifras varían según el informe. La CIDH indica un 60%.

¹⁰⁴ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., pág. 5, párr. 8.

¹⁰⁵ CEACR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, (núm. 169) Bolivia* (ratificación: 1991) Publicación: 2010.

¹⁰⁶ *Ibidem*, resaltando que el Gobierno informó “que existían personas de ascendencia africana y que se había producido un importante mestizaje con personas o grupos originarios o indígenas, sobre todo aymarás”.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pág. 5.

¹⁰⁸ OIT, Estudio de caso, *Los derechos de los pueblos indígenas en un proceso de cambio de la naturaleza de la nación y del Estado. Una aproximación desde el caso de Bolivia*, La Paz, 2009, pág. 4.

B. Participación política indígena

En 1994, la Ley de Participación Popular (Ley 1551) estableció nuevas formas de participación política local; específicamente, daba reconocimiento a organizaciones territoriales de base, muchas de las cuales eran indígenas, lo cual permitió que el movimiento indígena tuviera una voz dentro del sistema nacional¹⁰⁹. En diciembre de 2005 se dio un paso histórico para el reconocimiento de los pueblos indígenas en Bolivia, con la elección de Evo Morales Ayma como el primer Presidente indígena.

El reconocimiento legal de las organizaciones territoriales ha permitido que organizaciones indígenas como la Confederación de Indígenas del Oriente Boliviano (CIDOB), el Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ), la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB)¹¹⁰ y la Federación Sindical de Mujeres Bartolina Sisa ejerzan la representación legítima de los pueblos y comunidades indígenas y campesinas originarias de Bolivia. También debe tenerse en cuenta que las primeras tres organizaciones han conformado un acuerdo político y de propuestas conjuntas ante la Asamblea Constituyente: el “Pacto de Unidad”, basado en una nueva visión de país y en una Constitución Política que refunde el Estado plurinacional¹¹¹. Estas organizaciones realizan peticiones periódicas al Gobierno para que este realice cambios y actúan como agentes en los procesos de consulta previa relativos a los territorios indígenas¹¹².

C. Los cambios institucionales de 2005 y la transversalización de los asuntos indígenas

En el 2003 se creó el Ministerio de Asuntos Indígenas y Pueblos Originarios (MAIPO), que servía como institución canalizadora de la comunicación y la participación de las comunidades con el Gobierno central (antes fue otro ministerio, creado en 1994). El Gobierno de Evo Morales cerró este ministerio y aplicó un *enfoque transversal*, consistente en la incorporación de los asuntos indígenas en la agenda de las políticas públicas de todos los niveles. Esta responsabilidad recae ahora en instancias como el Componente de Transversalización de Derechos Indígenas y la Comisión Técnica Interinstitucional para Pueblos Indígenas del Ministerio de la Presidencia. Asimismo, fue establecido el Viceministerio de Justicia Comunitaria, adscrito al Ministerio de Justicia, y el Viceministerio de Medicina Tradicional e Interculturalidad, adscrito al Ministerio de Salud¹¹³. Esta medida generó controversias; elogios por un lado y descontentos en algunos sectores, debido a que desapareció un interlocutor centralizado.

Aunque es muy pronto para evaluar el impacto de esta política, es posible afirmar que la dispersión entre distintos órganos sin demarcar suficientemente las competencias de cada uno de ellos contribuye a la sensación de inseguridad jurídica en la aplicación del derecho a la consulta previa, dado que luego de generar espacios de diálogo institucional con las comunidades, que eran conocidos y utilizados, estos desaparecieron.

Asimismo, y tal como lo resaltó la Comisión Interamericana, el Gobierno diseñó el Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos (2009-2013), promulgado mediante Decreto Supremo No.

¹⁰⁹ Nancy Grey Postero, *Ahora somos ciudadanos: política indígena en la Bolivia postmulticultural*, Stanford University Press, 2006, págs. 128-129.

¹¹⁰ OIT, Estudio de caso, *Los derechos de los pueblos indígenas en un proceso de cambio de la naturaleza de la nación y del Estado. Una aproximación desde el caso de Bolivia*, La Paz, 2009, pág. 57.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² *Ibidem*, págs. 68-70.

¹¹³ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., párr. 19; CEACR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Bolivia (ratificación: 1991) Publicación: 2010*.

29851 de 10 de diciembre de 2008. Se trata de un instrumento público por medio del cual Bolivia asume, como política de Estado, el respeto, la garantía y la promoción del ejercicio de los derechos humanos en los niveles nacional, departamental, regional, municipal e indígena¹¹⁴.

D. Una reforma agraria inconclusa

Se ha expresado preocupación internacional por la enorme concentración de propiedad existente en Bolivia en manos de un grupo muy pequeño de propietarios. De acuerdo con cifras resaltadas internacionalmente, el 70% de las tierras pertenece únicamente al 7% de la población, con una marcada distinción con relación a los pueblos indígenas¹¹⁵. Esta situación fue calificada por la FAO como la segunda peor del mundo¹¹⁶.

Pese a las importantes reformas agrarias emprendidas por el Estado desde 1952 y a la notoria reestructuración del marco jurídico e institucional para la regulación de la propiedad agraria, los resultados actuales, aunque con grandes avances, no son todavía plenamente satisfactorios. En 1996 se emitió la Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria (Ley 1715 o Ley INRA)¹¹⁷, la cual prevé el establecimiento y reparto de las Tierras Comunitarias de Origen (TCO) en tierras ocupadas por indígenas o nativos. Adicionalmente, reconoce el derecho de los pueblos indígenas al uso y desarrollo sostenible de los recursos naturales renovables de las tierras, el derecho al manejo propio de las tierras de conformidad con el derecho consuetudinario indígena y los principios de inalienabilidad e inembargabilidad de las tierras¹¹⁸. A su vez, esta ley creó las siguientes organizaciones: el Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA), única entidad responsable de administrar las áreas rurales de Bolivia; la Superintendencia Agraria, encargada de regular y monitorear el uso sostenible y el manejo de los recursos del suelo en armonía con los recursos de la flora y fauna de Bolivia y la Judicatura Agraria, responsable de impartir justicia en las disputas relacionadas con las tierras¹¹⁹.

A pesar de la importancia de la ley, el Estado de Bolivia reveló ser lento e ineficaz para lograr la titulación de las tierras. Tal como lo remarcará la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en 2006 —diez años después de la aprobación de la Ley 1715— tan solo se había avanzado en el saneamiento de un 13% del territorio de Bolivia¹²⁰. Por ello, en noviembre de 2006, el Estado emitió la Ley de Reconducción Comunitaria de la Reforma Agraria (Ley 3545) y el 2 de agosto de 2007, el Decreto Supremo 29215, que la reglamenta¹²¹, con el propósito de lograr la distribución de tierras a los pueblos indígenas que no tienen suficiente o que necesitan complementar la que ya poseen.

En primer lugar, estas normas, junto con la reforma constitucional, han generado avances rápidos y más efectivos desde su aprobación. Específicamente, la Ley 3545 establece y regula distintos procedimientos (saneamiento, reversión y expropiación) y señala claramente que las comunidades deben participar en los mismos. En segundo lugar, se precisan las definiciones de

¹¹⁴ CIDH, Informe de Seguimiento, OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 8.

¹¹⁵ *Ibidem*, párr. 143, citando el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales, Bolivia, Doc. E/C.12/BOL/CO/2, 16 de mayo de 2008, párr. 23.

¹¹⁶ Foro Permanente de las Naciones Unidas para Cuestiones Indígenas, Misión a Bolivia, Informe y Recomendaciones, mayo 8 de 2009, párr. 28 y CIDH, Informe de Seguimiento, Cit., párr. 143.

¹¹⁷ Rafael Deiz, *El estado actual de la propiedad agraria en Bolivia*, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, USAID, Departamento de América Latina y el Caribe, noviembre 5 de 2002, pág. 5, disponible en: http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNADG985.pdf.

¹¹⁸ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., pág. 9.

¹¹⁹ Rafael Deiz, *El estado actual de la propiedad agraria en Bolivia*, Cit., pág. 5.

¹²⁰ CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social*, Cit., párr. 235.

¹²¹ Decreto Supremo No 29215 de 2 de agosto de 2007; Reglamento de la Ley 1715 del Servicio Nacional de Reforma Agraria, modificada por la Ley 3545 de Reconducción Comunitaria de la Reforma Agraria.

función social y función económica social (FES) y se permite la reversión de tierras por el incumplimiento de esta última, en desarrollo del principio fundamental de que la tierra es de quien la trabaja¹²². La ley incluso permite al Gobierno, entre otros aspectos, restituir la tierra cuando hay evidencia de servidumbre o de trabajo forzado en la propiedad. Este es un problema muy serio que han enfrentado los pueblos indígenas en Bolivia desde los días de la colonia y que continúa presente hasta hoy, particularmente en la Región del Chaco¹²³. En estos casos, la ley permite al Estado expropiar la propiedad afectada y transferir su título a las comunidades indígenas¹²⁴.

Además, es de resaltar que según los reportes internacionales la información provista por el Estado de Bolivia indica que después de estas medidas, al 2008 se habría realizado el saneamiento de un 32.61% del territorio nacional, lo que significa alrededor de 14.7 millones de hectáreas¹²⁵. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que según los datos oficiales, casi diez millones de hectáreas habrían sido tituladas como TCO durante la primera gestión del presidente Morales¹²⁶. Del total de tierras fiscales, apenas 3.9 millones son disponibles, de las cuales ya se distribuyeron, en la gestión 2006-2009, un poco más de un millón de hectáreas, con lo cual quedan en la actualidad 2.8 millones de hectáreas de tierras fiscales que podrían ser distribuidas colectivamente entre aquellos pueblos indígenas que las necesiten. La mayor parte de estas tierras se encuentran en los departamentos de La Paz, Santa Cruz y Pando¹²⁷. Finalmente, luego de cuatro años de Gobierno del presidente Evo Morales se habla de 28.4 millones de hectáreas tituladas¹²⁸.

Sin dejar de resaltar los importantes avances logrados, debemos mencionar también los principales obstáculos que han impedido una plena implementación de las reformas agrarias¹²⁹:

1. Deficiencias en la implementación de las reformas: falta de titulación de las tierras altas donde reside la mayoría de la población rural; desigualdad entre la cantidad de tierra distribuida entre indígenas andinos y orientales; necesidad de avanzar sustantivamente en el saneamiento de tierras de la mayoría de las unidades empresariales medianas y grandes¹³⁰; limitaciones presupuestales¹³¹; denuncias por corrupción y debilidad institucional del INRA¹³²; procesos costosos y lentos; retrasos en la identificación de las tierras disponibles; dificultades en la ejecución de las pocas decisiones a favor de los pueblos indígenas y comunidades campesinas; desalojos forzosos por resoluciones del INRA sin que los procedimientos de reivindicación de tierras de tales personas hubieran concluido y existencia de servidumbre y comunidades cautivas¹³³.

¹²² Fundación Tierra, Informe 2009. Reconfigurando territorios. *Reforma agraria, control territorial y gobiernos indígenas en Bolivia*, La Paz, marzo de 2010, pág. 13.

¹²³ CIDH, Informe de Seguimiento, Cit., párrs. 145-148; CIDH, *Comunidades cautivas: situación del pueblo indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud*, Cit.; e Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., pág. 9.

¹²⁴ *Ibidem*, pág. 13.

¹²⁵ CIDH, Informe de Seguimiento, OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 150; CEACR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169) Bolivia (ratificación: 1991) Publicación: 2010.

¹²⁶ Fundación Tierra, Informe 2009, *Reconfigurando territorios. Reforma agraria, control territorial y gobiernos indígenas en Bolivia*, La Paz, marzo de 2010, pág. 15.

¹²⁷ *Ibidem*, pág. 16.

¹²⁸ *Idem*.

¹²⁹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., párrs. 31-33.

¹³⁰ Fundación Tierra, Informe 2009, *Reconfigurando territorios. Reforma agraria, control territorial y gobiernos indígenas en Bolivia*, La Paz, marzo de 2010, pág. 15.

¹³¹ *Ibidem*, págs. 27-30.

¹³² CIDH, Informe de Seguimiento, OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 155.

¹³³ *Idem* y Fundación Tierra, Informe 2009, *Reconfigurando territorios. Reforma agraria, control territorial y gobiernos indígenas en Bolivia*, La Paz, marzo de 2010, pág. 30.

Las tierras saneadas durante la gestión del presidente Evo Morales corresponden a los procedimientos iniciados con anterioridad a su gestión. La superficie del país en la cual aún no se ha iniciado ningún proceso ni técnico ni jurídico de saneamiento es prácticamente la misma que al inicio de su Gobierno. En efecto, a fines del año 2005 la superficie sin sanear en todo el país era del 53% y en 2009, cuatro años después, la superficie sin sanear es del 52.1%¹³⁴.

2. **Alta conflictividad:** reacción de los hacendados a la aplicación de la reconducción agraria¹³⁵; apropiación indebida de tierras indígenas por parte de empresarios agrícolas y ganaderos; desalojos forzosos de familias indígenas por parte de terratenientes o por grupos de terratenientes, madereros e industriales, en algunas ocasiones apoyados por autoridades del orden departamental y local¹³⁶; resistencia a los procesos de verificación por parte de los propietarios de tierras donde viven familias cautivas, quienes han llegado a armarse en el Alto Parapetí¹³⁷; hechos asociados con prácticas especulativas en el mercado ilegal de tierras y la tala ilegal de madera¹³⁸.
3. **Vulnerabilidad de la población indígena:** falta de consulta sobre los procesos de titulación; falta de acceso a la información por parte de los pueblos indígenas y comunidades interesadas; cesión de los derechos territoriales por la vulnerabilidad en la que se encuentran; el proceso de saneamiento no ha logrado cubrir las expectativas de los pueblos indígenas en cuanto a la reconstitución de su territorio¹³⁹; la presión e invasión de las TCO por parte de colonizadores y campesinos indígenas provenientes de otras regiones del país, especialmente en el área de Santa Cruz.

Sin duda alguna Bolivia se encuentra en medio de una histórica reforma agraria que necesita ser completada y fortalecida institucionalmente para abarcar todo el territorio nacional, incluido el saneamiento de las tierras altas y la reconducción de los grandes latifundios. Esta situación ha sido reconocida por el Gobierno y planteada como meta para lograr en el año 2013¹⁴⁰, con lo cual queda un camino firme para recorrer en el futuro.

E. El ordenamiento jurídico boliviano sobre el derecho a la consulta previa

1. Incorporación del derecho internacional al derecho interno

En diciembre de 1991 Bolivia ratificó el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, que consagra el derecho a la consulta previa. Este convenio fue incorporado a la normatividad boliviana en virtud de la Ley 1257 de 1991¹⁴¹. Cabe resaltar que el 17 de noviembre de 2007 el Congreso adoptó la Ley 3760, que “[e]leva a rango de Ley de la República los 46

¹³⁴ Fundación Tierra, Informe 2009, *Reconfigurando territorios. Reforma agraria, control territorial y gobiernos indígenas en Bolivia*, La Paz, marzo de 2010, pág. 15.

¹³⁵ CIDH, Informe de Seguimiento, OEA/Ser/LV/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 155; Fundación Tierra, Informe 2009, *Reconfigurando territorios. Reforma agraria, control territorial y gobiernos indígenas en Bolivia*, La Paz, marzo de 2010, pág. 25.

¹³⁶ CIDH, Informe de Seguimiento, Cit., párr. 1.

¹³⁷ CIDH, *Comunidades cautivas: situación del pueblo indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud*, párrs. 127 y ss; CIDH, Informe de Seguimiento, Cit. párr. 155.

¹³⁸ Fundación Tierra, Informe 2009, *Reconfigurando territorios. Reforma agraria, control territorial y gobiernos indígenas en Bolivia*, La Paz, marzo de 2010, pág. 23.

¹³⁹ CIDH, Informe de Seguimiento, Cit., párr. 155.

¹⁴⁰ Fundación Tierra, Informe 2009, *Reconfigurando territorios. Reforma agraria, control territorial y gobiernos indígenas en Bolivia*, La Paz, marzo de 2010, pág. 34, citando al MAS, *Bolivia, País Líder*, Programa de Gobierno MAS-IPSP, 2010-2015, septiembre de 2009, págs. 113-114.

¹⁴¹ Thomas Griffiths, *Proyectos del Banco Mundial y los Pueblos Indígenas en Ecuador y Bolivia*, Informe presentado en el Taller de Pueblos Indígenas, Bosques y el Banco Mundial, Forest Peoples Programme, Washington D.C., mayo 9-10, 2000, pág. 47.

artículos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas¹⁴². Finalmente, la nueva Constitución Política del Estado, aprobada mediante referéndum y promulgada el 7 de febrero de 2009, eleva a rango constitucional los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

2. El derecho a la consulta previa en la Constitución Política boliviana

En 1995 se reformó la Constitución Política, se reconoció el carácter multicultural y multiétnico del país y se establecieron una serie de modificaciones legislativas que abordan específicamente los derechos de los pueblos indígenas. Estos derechos incluían el reconocimiento de la propiedad colectiva y la titulación de las tierras en los territorios indígenas¹⁴³. El 7 de febrero de 2009 entró en vigor la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia¹⁴⁴, luego de un proceso social y político intenso. La nueva Constitución amplía significativamente el catálogo de derechos de los bolivianos y bolivianas y de los pueblos indígenas en particular, tomando plenamente en cuenta las provisiones del Convenio N° 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁴⁵.

Se debe resaltar que el artículo 30.II de la Constitución establece en su inciso 15 que los pueblos indígenas tienen derecho a “ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan”.

Si bien este artículo pareciera resaltar la necesidad de que la consulta sea previa y obligatoria, realizada por el Estado de buena fe y concertada, únicamente cuando se trate de la explotación de recursos naturales no renovables¹⁴⁶, el artículo 352 también dispone que la consulta debe ser libre, previa e informada y que corresponde a toda “población afectada”. Específicamente, para pueblos indígenas originarios campesinos, agrega como requisitos la necesidad de realizarla “respetando sus normas y procedimientos propios”, “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles y a través de procedimientos apropiados y de instituciones indígenas”.

Por otra parte, la Constitución Política establece que los recursos naturales son propiedad del pueblo boliviano y que el Estado los administrará en nombre del interés colectivo¹⁴⁷ y le otorga al Estado la autoridad de conceder derechos individuales y colectivos sobre las tierras, así como derechos para el uso y disfrute de los recursos naturales¹⁴⁸. Para los recursos naturales renovables establece la “participación en los beneficios” y el derecho al “uso y el disfrute exclusivo de los recursos naturales renovables en su territorio, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros”¹⁴⁹.

¹⁴² Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., párr. 14.

¹⁴³ *Ibidem*, pág. 5.

¹⁴⁴ Carlos Valdez, *La nueva constitución entra en vigencia en Bolivia*, Associated Press, febrero 7 de 2009, disponible en: <http://abcnews.go.com/International/wireStory?id=6827553>.

¹⁴⁵ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., pág. 18. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 30.15 y 30.17.

¹⁴⁶ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 349. Ver también el artículo 356: Las actividades de exploración, explotación, y aquellas que involucren recursos naturales no renovables “tendrán el carácter de necesidad estatal y utilidad pública”.

¹⁴⁷ *Ibidem*, artículo 349.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ Raúl Zibechi, Bolivia-Ecuador. *El Estado contra el pueblo indio*, publicado el 22 de julio de 2010, disponible en: <http://www.conaie.org/noticias-antiguas/145-bolivia-ecuador-el-estado-contra-el-pueblo-indio-por-zibechi>.

Las normas constitucionales mencionadas tienen operatividad propia, pero dado que han entrado recientemente en vigor es difícil determinar cómo serán implementadas y cuáles serán las consecuencias sobre los pueblos indígenas. El 17 de junio de 2010 se concentraron centenares de indígenas de tierras bajas convocados por la Confederación de los Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB) con la intención de realizar una marcha de 1.500 kilómetros a pie hasta La Paz¹⁵⁰, para protestar, en primer lugar, por las medidas adoptadas por el Gobierno en torno al proceso de aprobación de la nueva ley marco de autonomías y descentralización y de otras leyes y reglamentos que, entre otras materias, debilitarían la consulta consagrada en la Constitución y, en segundo lugar, por el malestar ocasionado por las afirmaciones que, según el líder indígena Rafael Quispe, habría realizado el Presidente en el sentido que el mandato constitucional de la consulta orgánica a los pueblos indígenas es una pérdida de tiempo perjudicial para la ejecución de diferentes proyectos¹⁵¹.

F. Participación y consulta previa en actividades hidrocarburíferas

1. Regulación normativa

Sin duda alguna el derecho a la consulta previa en Bolivia ha tenido un reconocimiento legal amplio en materia de actividades hidrocarburíferas y el avance del proceso normativo ha sido acogido con beneplácito por la OIT¹⁵², la CIDH y la ONU. Se debe destacar que se ha desarrollado no solo en la ley sino también en diversos decretos reglamentarios¹⁵³ y que se han ensayado procesos de consulta con base en ellos¹⁵⁴.

De acuerdo con la Ley de Hidrocarburos 3058 de mayo de 2005, los yacimientos de hidrocarburos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, "son de propiedad del Estado". Se debe recordar que la nueva Constitución afirma que esta propiedad es del "pueblo boliviano" y el Estado es un mero administrador. La ley prevé, entre otros aspectos: el derecho a la participación y a la consulta¹⁵⁵, compensaciones e indemnizaciones¹⁵⁶, intangibilidad de sitios sagrados, servidumbres y la distribución del Impuesto Directo a los Hidrocarburos¹⁵⁷. Sobre este último, el 4% se asigna a los departamentos productores, el 2% a los departamentos no productores y, por último, se establece que el Poder Ejecutivo asignará el saldo de este impuesto a los pueblos indígenas y originarios, entre otros beneficiarios. Una negociación posterior estableció que el 5% estará destinado a un fondo de desarrollo para los pueblos indígenas. Sin embargo, ha sido hasta la fecha infrutilizado y cuenta todavía con una cartera muy limitada de proyectos para su implementación efectiva¹⁵⁸.

¹⁵⁰ Raúl Zibechi, Bolivia-Ecuador. El Estado contra el pueblo indio, publicado el 22 de julio de 2010, disponible en: <http://www.conaie.org/noticias-antiguas/145-bolivia-ecuador-el-estado-contra-el-pueblo-indio-por-zibechi>.

¹⁵¹ Gustavo Saavedra, *Evo dice que consulta a indígenas es perjudicial y pérdida de tiempo*, publicado el 8 de junio de 2010, disponible en: <http://www.grupoapoyo.org/basn/node/11383>.

¹⁵² CEACR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Bolivia* (ratificación: 1991) Publicación: 2010.

¹⁵³ Decreto Supremo No 29033 de 16 de febrero de 2007 sobre Reglamento de consulta y participación para actividades hidrocarburíferas; Decreto Supremo No 29103 de 23 de abril de 2007 sobre Reglamento de Monitoreo Socioambiental en actividades hidrocarburíferas dentro del territorio de los pueblos indígenas originarios y comunidades campesinas y Decreto Supremo No 29124 de 9 de mayo de 2007, complementario del Decreto No 29033.

¹⁵⁴ CEACR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Bolivia* (ratificación: 1991) Publicación: 2010.

¹⁵⁵ Ley de Hidrocarburos, artículos 114 y 115.

¹⁵⁶ Ley de Hidrocarburos, artículo 19, Capítulo II.

¹⁵⁷ Ley de Hidrocarburos, artículo 57.

¹⁵⁸ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., párr. 21.

Posteriormente, el 31 de agosto de 2007, se aprobó la Ley de Desarrollo Sostenible de Hidrocarburos¹⁵⁹.

Los decretos supremos 29033 de 16 de febrero de 2007 y su complementario, el 29124 de 9 de mayo de 2007¹⁶⁰ establecen procedimientos para el proceso de consulta y participación de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas, cuando se pretenda desarrollar actividades hidrocarburíferas en sus Tierras Comunitarias de Origen, propiedades comunitarias y tierras de ocupación y acceso.

Según la normativa boliviana reseñada, el proceso de consulta tiene las siguientes características:

1. Es obligatorio, previo, transparente, informado, de acuerdo con los “usos y costumbres” indígenas;
2. Es previo a la licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de las medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos y es condición necesaria para ello;
3. Es previo a la aprobación de los Estudios de Evaluación de Impacto Ambiental Analítico Integral;
4. Está compuesto de cuatro fases mínimas:
 - Coordinación e información;
 - Organización y planificación de la consulta;
 - Ejecución de la consulta;
 - Concertación;
5. Es nulo si la información presentada por la autoridad competente a los pueblos indígenas afectados no correspondiere, fuere falsa o contradictoria; o cuando la firma del convenio de validación de acuerdos fuere lograda por presión, amedrentamiento, soborno, chantaje o violencia, o no cuente con el acuerdo mutuo emergente del proceso de consulta y de participación¹⁶¹;
6. La decisión a la que se arribe luego del proceso de consulta plasmada en un acuerdo debe ser respetada¹⁶²;
7. En caso de resultado negativo de la consulta, el Estado podrá promover un proceso de conciliación en el mejor interés nacional¹⁶³.

2. El Tribunal Constitucional y la consulta previa en la Ley de Hidrocarburos

El 2 de junio de 2006 el Tribunal Constitucional de Bolivia emitió la primera sentencia sobre el derecho a la consulta previa. Lamentablemente, la decisión del Tribunal vacía de contenido el derecho, al entender que la mención que hace la Ley de Hidrocarburos sobre el requisito de “lograr el consentimiento de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios” es inconstitucional, y que la finalidad de la consulta es cuantificar los daños, pero no obtener el consentimiento¹⁶⁴. De esta manera el Tribunal desconoce manifiestamente las normas del Convenio N° 169 de la OIT y de la Declaración de Naciones Unidas. Es importante señalar que dicha decisión ya ha sido fuertemente criticada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que le indicó al Estado de Bolivia que la consulta “debe propender por la obtención

¹⁵⁹ CIDH, Informe de Seguimiento, Cit., párr. 159.

¹⁶⁰ Raquel Yrigoyen Fajardo, *El derecho a la consulta previa en Bolivia. Hacia el respeto de la igual dignidad de los Pueblos y la superación de las malas prácticas*: www.alertanet.org/ryf-bolivia-consulta-2007.doc.

¹⁶¹ Para el análisis detallado, ver: Marco Octavio Ribera Arismendi, *Problemas Socio-ambientales de los Hidrocarburos en Bolivia*, Liga de Defensa del Medio Ambiente, La Paz, 2008.

¹⁶² Decreto Supremo No 29033, artículo 7; CIDH, Informe de Seguimiento, Cit., párr. 159 y Raquel Yrigoyen Fajardo, *El derecho a la consulta previa en Bolivia. Hacia el respeto de la igual dignidad de los pueblos y la superación de las malas prácticas*, disponible en: www.alertanet.org/ryf-bolivia-consulta-2007.doc (consultada el 1 de diciembre de 2010).

¹⁶³ Ley de Hidrocarburos, artículo 116.

¹⁶⁴ CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social*, Cit., párr. 247 y OIT, *La aplicación del Convenio Núm. 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina*, págs. 57-59.

del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños¹⁶⁵.

3. El derecho a la consulta previa en la práctica de las actividades hidrocarburíferas

Recientemente, en aplicación de la normativa vigente en materia de consulta previa de actividades hidrocarburíferas se han realizado nuevos procesos de consulta y participación. Como ejemplo se puede resaltar el proceso desarrollado en el territorio indígena de Charagua Norte e Isoso, el cual se realizó en coordinación con el Ministerio de Hidrocarburos y Energía (MHE), y cumplió con los objetivos y resultados esperados en todas sus etapas y fases, bajo los mecanismos e instituciones propias del pueblo indígena guaraní, en el marco de la estructura orgánica de la Asamblea del pueblo Guaraní (APG)¹⁶⁶. Este caso ilustra la importancia del ejercicio del derecho a la consulta previa; asimismo, que este derecho —a partir de la asunción de responsabilidades por parte del Estado y de las empresas— está lejos de representar una pérdida de tiempo o un obstáculo al desarrollo de las inversiones en el sector¹⁶⁷, como habría afirmado el Presidente de Bolivia, según las declaraciones de líder indígena Rafael Quispe¹⁶⁸.

La realización efectiva de procesos de consulta previa promete ser el camino hacia el respeto de los derechos colectivos de las comunidades indígenas y la forma de superar los obstáculos para la vigencia del derecho a la consulta previa, identificados a partir de la supervisión nacional e internacional, y que se presentan como una contradicción entre la reforma normativa y las políticas realmente aplicadas. Los principales obstáculos que han sido denunciados internacionalmente pueden resumirse en los siguientes:

1. **Inseguridad jurídica:** elaboración de nuevas normas y reglamentos que restringen el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados e informados respecto de proyectos de explotación de recursos naturales en sus territorios¹⁶⁹. Emisión de decretos supremos que amplían o crean nuevas zonas de exploración y explotación y flexibilizan las normas ambientales¹⁷⁰. Como ejemplo se puede mencionar el incremento del área reservada para Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) en el Bloque Madidi, mediante el Decreto Supremo 29224, sin realización de consulta previa.
2. **Apuro por lograr inversiones:** el derecho a la consulta previa y el cumplimiento de los requisitos ambientales son percibidos por el propio Estado como un obstáculo para las inversiones¹⁷¹.
3. **Inicio de trabajos de exploración sin haber realizado una consulta pública:** Como ejemplo se puede mencionar el caso de PETROANDINA, que inició trabajos en noviembre de 2008 en el Bloque Liquimuni sin consultar a la población de la Tierra Comunitaria de Origen Mositene¹⁷². La actividad futura de PETROANDINA se dirige hacia el interior del Parque Madidi.

¹⁶⁵ CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social*, Cit., párr. 248.

¹⁶⁶ CEJIS - Regional La Paz, *Proceso de consulta y participación al pueblo indígena Guaraní*, junio de 2010.

¹⁶⁷ *Ídem*.

¹⁶⁸ Ver *supra* nota 150.

¹⁶⁹ "Alistan leyes y reglamentos para limitar el derecho a la consulta", en *Seguimiento de Prensa. Asuntos indígenas y democracia en América Latina y el mundo*, Centro de Políticas Públicas, disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/>; "Ya se aprobó la primera norma reglamentaria, la Ley del Régimen Electoral Plurinacional (OEP), y después le toca el turno a la Ley Marco de Autonomías y Ley de Hidrocarburos, acompañadas de al menos seis reglamentos referidos a la consulta previa, derechos de servidumbre y compensaciones" en *Bolivia Primera Plana*, blogspot, disponible en: <http://boliviaprimeraPlana.blogspot.com/2010/06/la-marcha-de-los-pueblos-indigenas-se.html> (consultada el 1 de diciembre de 2010).

¹⁷⁰ Marco Octavio Ribera Arismendi, *Problemas Socio-ambientales de los Hidrocarburos en Bolivia*, Cit., pág. 132.

¹⁷¹ "Alistan leyes y reglamentos para limitar el derecho a la consulta", en *Seguimiento de Prensa. Asuntos indígenas y democracia en América Latina y el mundo*, Centro de Políticas Públicas, disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/>

¹⁷² Marco Octavio Ribera Arismendi, *Problemas Socio-ambientales de los Hidrocarburos en Bolivia*, Cit., pág. 134.

4. **Falta de atención de la afectación socio-ambiental ya ocasionada**¹⁷³: problemas de salud; afectación de los sistemas de producción; modificación de las migraciones internas; disminución de la cantidad y calidad de las fuentes de agua; empobrecimiento de los suelos agrícolas; disminución de la pesca, fauna, flora y biodiversidad en general y afectación del equilibrio que constituye la base de la reproducción étnica y cultural¹⁷⁴.
5. **Celebración de contratos y concesiones sin consulta previa**: se siguen negociando contratos para la explotación de hidrocarburos sin la adecuada consulta ni participación, omitiendo las propias leyes y con escasa transparencia¹⁷⁵.
6. **Falta de resultados en las quejas presentadas**: los procesos que inician las comunidades afectadas por acciones de la industria petrolera con frecuencia reciben respuestas que favorecen a las empresas¹⁷⁶.

Se debe resaltar que para superar los obstáculos mencionados se ha iniciado el proceso de elaboración de normas centrales en la materia, tales como la ley de hidrocarburos, la ley general de consulta y la ley de la madre tierra, las cuales deben ser aprobadas en consulta con las comunidades. Recientemente, el Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ) acordó conformar plataformas técnicas para la elaboración de una propuesta de ley sobre Derecho de Consulta Previa y Consentimiento¹⁷⁷, así como para la participación en la elaboración de las demás leyes que los afecten.

4. La complejidad de la consulta previa en casos específicos de explotación de hidrocarburos

El Gasoducto Bolivia-Brasil (GBB) sirve como ejemplo para ilustrar la complejidad que tiene una efectiva implementación del derecho a la consulta previa en actividades extractivas de hidrocarburos y su intrínseca relación con la vulneración de los derechos indígenas cuando se afecta su hábitat. El GBB constituye uno de los proyectos de ingeniería más largos de Latinoamérica, que recorre desde Santa Cruz, Bolivia, hasta Porto Alegre, Brasil, en la Costa Atlántica¹⁷⁸. Con una extensión de más de 3.000 kilómetros, el gasoducto atraviesa varias áreas protegidas e internacionalmente reconocidas, tales como el Gran Chaco Boliviano. Como era de esperarse, surgieron preocupaciones relacionadas con el impacto que este proyecto tendría en los territorios indígenas, particularmente en el ambiente, y el posible incremento de la exploración de petróleo en tierras nativas¹⁷⁹.

En diciembre de 1997 se firmó en La Paz un acuerdo entre la Capitanía del Alto y Bajo Izozog (CABI), el Centro de Estudios y Documentación Internacionales de Barcelona (CIDOB), el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Gas TransBoliviano (GTB) y la compañía brasilera Petrobras¹⁸⁰. Específicamente, el acuerdo estableció un Comité Ejecutivo conformado

¹⁷³ No obstante la falta de atención de la afectación socio-ambiental, cabe destacar que en 2010 el Gobierno suscribió acuerdos con la Asamblea del pueblo Guarnai (APG) por los que se compromete a la restauración de pasivos ambientales en áreas petroleras.

¹⁷⁴ CIDH, Informe de Seguimiento, Cit., párr. 158; Observatorio de Derechos Humanos y Políticas Sociales, Documento de Trabajo, *Los Derechos Humanos en la Bolivia del 2007*, primera edición, La Paz, Bolivia, enero de 2008, pág. 57.

¹⁷⁵ Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social (CEJIS), *Informe sobre el estado de situación de los derechos humanos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas de tierras bajas de Bolivia*, 2005, Capítulo: "La problemática de los pueblos indígenas afectados por las industrias extractivas", pág. 308.

¹⁷⁶ *Ibidem*, pág. 309.

¹⁷⁷ *Bolivia: Indígenas participan en la elaboración de la Ley de Consulta*, publicado el 4 de agosto de 2010, disponible en: <http://agenciachaski.wordpress.com/2010/08/04/bolivia-indigenas-participan-en-elaboracion-de-proyecto-de-ley-de-consulta/> y Conclusiones del Foro Internacional sobre el derecho de consulta previa, 28 de septiembre de 2010.

¹⁷⁸ Thomas Griffiths, *Proyectos del Banco Mundial y los Pueblos Indígenas en Ecuador y Bolivia*, Cit., pág. 55.

¹⁷⁹ *Ibidem*, págs. 55-57.

¹⁸⁰ *Ibidem*, pág. 56.

por siete miembros: dos de Enron-Shell, uno de Petrobras, tres representantes indígenas y un representante independiente¹⁸¹, para lograr un planteamiento participativo basado en la negociación y el diálogo entre las partes. A dicho acuerdo los pueblos indígenas llegaron con cierta frustración debido a la imposibilidad de participar directamente en el proyecto y a la falta de una consulta oportuna con los legítimos representantes de las comunidades¹⁸². No obstante, en su momento se consideró el acuerdo como “un logro histórico para el movimiento indígena y el reconocimiento de las obligaciones establecidas en el Convenio N° 169 de la OIT”¹⁸³; pero si se contrasta con los estudios de impacto ambiental y la inspección ambiental realizada al proyecto —que indican impactos sociales, ambientales y culturales graves— y con el proceder de quienes lo implementaron, el acuerdo se podría calificar como una burla o un maquillaje¹⁸⁴.

Si bien se escuchan voces de satisfacción con el procedimiento de consulta realizado posteriormente en el Proyecto Gasoducto Expansión Lateral Vuelta Grande, llevado a cabo aplicando la nueva normativa y el procedimiento establecido¹⁸⁵, el Relator de Naciones Unidas, en su informe de 2009, señaló que se han “documentado detalladamente los impactos de las actividades de extracción hidrocarburíferas en diversos territorios indígenas en áreas de la Amazonía y el Chaco”. Entre los casos específicos presentados al Relator Especial puede mencionarse la construcción del gasoducto binacional San Miguel-Cuaibá entre Bolivia y Brasil, que ha conducido a la destrucción de grandes áreas del Bosque Seco Chiquitano y ha contribuido a la invasión y apropiación de las tierras indígenas¹⁸⁶.

Por otra parte, la Asamblea del pueblo Guaraní llevó a cabo un seguimiento independiente de las industrias extractivas transnacionales, incluido el Campo Margarita, uno de los campos de gas más grandes del país, ubicado en las TCO de Itika Guasu, en Tarija, y en la TCO Tentayapi, en Chuquisaca. Dicho seguimiento documentó el incumplimiento por parte de la empresa Repsol YPF de medidas previstas en los estudios de impacto ambiental, la falta de transparencia y de consulta con las comunidades indígenas, así como la ausencia del Estado en la fiscalización adecuada de sus actividades¹⁸⁷.

G. El derecho a la consulta previa en las actividades mineras

1. Insuficiencia de la regulación normativa

A diferencia de las actividades extractivas de hidrocarburos, el derecho a la consulta previa no tiene el mismo grado de reglamentación en relación con las actividades extractivas mineras y metalúrgicas¹⁸⁸. Actualmente, el resurgimiento de la minería pone nuevamente la participación,

¹⁸¹ *Ídem*.

¹⁸² Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social (CEJIS), *Informe sobre el estado de situación de los derechos humanos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas de tierras bajas de Bolivia*, 2005, Capítulo: “La problemática de los pueblos indígenas afectados por las industrias extractivas”, cuadro de casos.

¹⁸³ Sobre el éxito del proyecto, ver: Thomas Griffiths, *Proyectos del Banco Mundial y los Pueblos Indígenas en Ecuador y Bolivia*, Cit., págs. 56–57; sobre las controversias suscitadas hasta la actualidad, ver: Marco Octavio Ribera Arismendi, *Problemas Socio-ambientales de los Hidrocarburos en Bolivia*, Cit.

¹⁸⁴ Marco Octavio Ribera Arismendi, *Problemas Socio-ambientales de los Hidrocarburos en Bolivia*; Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social (CEJIS), *Informe sobre el estado de situación de los derechos humanos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas de tierras bajas de Bolivia*, 2005, Capítulo: “La problemática de los pueblos indígenas afectados por las industrias extractivas”, cuadro de casos, págs. 317 y 318.

¹⁸⁵ Mirna Cuentas, *De la legislación a la acción. Consulta y participación en la tierra comunitaria de origen del pueblo Indígena Guaraní de Marchetí en el Chaco Boliviano*, disponible en: http://www.procuraduria.gov.co/html/evento_desarrollo_inicial.htm.

¹⁸⁶ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., párr. 40; Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social (CEJIS), *Informe sobre el estado de situación de los derechos humanos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas de tierras bajas de Bolivia*, 2005, Cit.

¹⁸⁷ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., párr. 41.

¹⁸⁸ OIT, *Comentarios formulados por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Observaciones 2009.

la consulta y el medio ambiente en la lista de asuntos pendientes y rezagados en Bolivia. Se han identificado profundas deficiencias en el Código de Minería debido a la amplitud de los derechos adquiridos por concesión para actividades mineras y a la escasez de requisitos que permitan controlar la actividad¹⁸⁹. Se establecen pagos mínimos de patentes anuales mineras por parte de los concesionarios al Tesoro General de la Nación¹⁹⁰, como condición para mantener la concesión. Aunque se “busca incorporar otras causales de caducidad, como la no exploración o explotación de la concesión o cuando no se cumplan las responsabilidades ambientales”, la realidad es que “las concesiones mineras caducan solamente cuando la patente anual no es pagada en el plazo máximo establecido por Ley”¹⁹¹.

Por otro lado, el Decreto Supremo 29117 de mayo de 2007, que declara todo el territorio nacional como Reserva Fiscal Minera, ha sido inefectivo ante la explotación de grandes yacimientos mineros por grandes transnacionales o debido a la firma de contratos de riesgo compartido y a los arrendamientos realizados por el Estado¹⁹².

Sin embargo, es importante señalar que debido al marco constitucional y a la incorporación de la normativa internacional en el derecho interno boliviano puede afirmarse que todos los principios internacionales que rigen el derecho a la consulta previa son aplicables a la minería; por tanto, no se deben excluir del derecho a la consulta las actividades extractivas de recursos no renovables. Debido a que el Estado tiene la obligación inmediata tanto de asegurar la participación de los pueblos afectados como de consultarlos no es admisible esperar a que se regule el derecho para garantizarlo efectivamente.

Los pueblos originarios de Bolivia solicitan al Ministerio de Minería y Metalurgia que garantice su derecho a participar plenamente en el proceso de elaboración del nuevo Código Minero; señalan que este nuevo código debe basarse en los derechos de la Madre Tierra, en la asignación de una participación prioritaria a los pueblos originarios en la gestión, administración y beneficios de la actividad minera y en el cumplimiento del derecho a la consulta y al consentimiento previos. Asimismo, solicitan que se dejen de entregar las riquezas mineras a las transnacionales y que se fortalezcan las alternativas no extractivistas¹⁹³.

2. Complejidad de las actividades mineras

Por otra parte, se debe reconocer que la minería presenta una problemática sumamente compleja en Bolivia desde diversas perspectivas, que supera ampliamente la temática del derecho a la participación y a la consulta previa de los pueblos indígenas. Al respecto, se deben destacar los siguientes aspectos:

Primero, existe una inadecuada regulación socio-ambiental y una deficiente política integral del Estado en el tratamiento de la minería. Falta supervisión de las actividades extractivas de las empresas y existe incumplimiento de parte de éstas de los términos previstos por la legislación minera y medioambiental vigente¹⁹⁴; **Segundo**, las actividades históricamente realizadas en el ámbito de la explotación minera ya han generado impactos ambientales, sociales y culturales de extrema gravedad que requieren acciones concertadas e integrales para asistir a los afectados; **Tercero**, la minería produce no solo afectaciones en las fases activas de explotación sino

¹⁸⁹ Marco Octavio Ribera Arismendi, *Problemas Socio-ambientales de la Minería en Bolivia*, Cit., pág. 101.

¹⁹⁰ *Idem*.

¹⁹¹ *Ibidem*, pág. 103.

¹⁹² *Idem*.

¹⁹³ *Bolivia: Indígenas participan en la elaboración de la Ley de Consulta*, publicado el 4 de agosto de 2010, disponible en: <http://agenciachaski.wordpress.com/2010/08/04/bolivia-indigenas-participan-en-elaboracion-de-proyecto-de-ley-de-consulta/>

¹⁹⁴ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., párrs. 40 y 37.

además en las etapas posteriores, por la acumulación de grandes volúmenes de residuos con alto potencial contaminante a largo plazo; **Cuarto**, la explotación minera no se concentra, como la hidrocarburífera, en manos del Estado y unas cuantas empresas grandes, sino que comprende un espectro social más amplio que incluye cooperativas, pequeñas empresas e incluso comunidades campesinas e indígenas, sus miembros y sus familias, que realizan actividades mineras altamente contaminantes¹⁹⁵, como la explotación artesanal¹⁹⁶; **Quinto**, genera riquezas y grandes utilidades que tienen auges temporales pero cuando decaen la demanda internacional y los precios, el impacto económico, social, cultural y ambiental es evidente; **Sexto**, en muchos casos la explotación minera involucra fenómenos transnacionales y toca otros recursos naturales como el agua, por ejemplo.

3. El desconocimiento de la participación y la consulta previa en la minería

Ya se ha denunciado la vulneración de los derechos de las comunidades indígenas en los departamentos de Oruro, Potosí y La Paz y se ha logrado llamar la atención internacional sobre la extensa contaminación ambiental que causan estas actividades¹⁹⁷. En concreto, se han detectado los siguientes problemas generados por la actividad minera:

1. Actividades extractivas carentes de las licencias ambientales exigidas por la ley.
2. Deficiente política “de responsabilidad social y ambiental” de las empresas, que sirve como mecanismo de legitimación de mínimas inversiones en temas sociales que son meros paliativos que les permiten explotar los yacimientos durante décadas¹⁹⁸.
3. Violenta oposición de los cooperativistas y de la pequeña minería al aumento del tributo minero para que pase a ser regalía¹⁹⁹.
4. Procesos de extracción a cielo abierto altamente contaminantes de metales pesados como oro, plata, plomo y zinc. Pérdida de tierras para el cultivo, contaminación de acuíferos subterráneos, ríos y lagos, muerte de ganado y fauna silvestre. En muchos casos se denuncia la falta de cumplimiento de las condiciones de la licencia ambiental otorgada para estas explotaciones²⁰⁰.
5. Falta de información sobre qué empresas, individuos, e incluso hasta las propias autoridades y dirigentes son o se han vuelto propietarios de concesiones mineras en su zona²⁰¹.
6. Ausencia de compensaciones²⁰² y de participación en los beneficios.
7. Servidumbre y trabajo forzado.
8. Desalojos forzosos de familias para dar cabida a la explotación minera²⁰³.
9. Ineficacia de las acciones administrativas y legales interpuestas por los representantes indígenas, quienes habrían sido objeto de agresiones²⁰⁴.

¹⁹⁵ Marco Octavio Ribera Arismendi, *Problemas Socio-ambientales de la Minería en Bolivia*, Cit., pág. 107, donde señala que de acuerdo con los datos de 2007 del Ministerio de Minería y Metalurgia, acerca del cumplimiento de los Lineamientos para el Plan Sectorial de Medio Ambiente, “el 100% de las empresas pertenecientes al sector de la minería mediana cumplen con las regulaciones ambientales, mientras que de las empresas de la minería chica solo el 8.7%, de las cooperativas apenas el 2.3% y de los productores de no metálicos el 6.3%. Esto representa solo el 3% de cumplimiento del total de concesiones otorgadas en todo el territorio nacional”.

¹⁹⁶ Marco Octavio Ribera Arismendi, *Problemas Socio-ambientales de la Minería en Bolivia*, Cit., pág. 40; Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., párr. 42.

¹⁹⁷ CIDH, Informe de Seguimiento, Cit., párr. 161; Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., párr. 40.

¹⁹⁸ Marco Octavio Ribera Arismendi, *Problemas Socio-ambientales de la Minería en Bolivia*, Cit., pág. 37.

¹⁹⁹ *Ibidem*, pág. 104.

²⁰⁰ CIDH, Informe de Seguimiento, Cit., párr. 158; Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., párr. 35.

²⁰¹ Marco Octavio Ribera Arismendi, *Problemas Socio-ambientales de la Minería en Bolivia*, Cit., pág. 35.

²⁰² Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., párr. 35.

²⁰³ CIDH, Informe de Seguimiento, Cit., párr. 164.

²⁰⁴ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., párr. 38.

10. Soluciones que parten principalmente de los movimientos sociales. Se resaltan los casos del Consejo de Defensa del Río Pilcomayo (CODERIP) y de la Coordinadora de Defensa de las Riberas del Río Desaguadero y los lagos Uru uru y Poopó (el CORIDUP), conformadas ambas por organizaciones campesinas, comités vecinales, organizaciones no gubernamentales y universidades²⁰⁵. En octubre de 2008 se creó la Red Nacional de Defensa del Medio Ambiente, orientada a luchar por la preservación del ambiente ante los impactos de la minería. La iniciativa para conformar esta red partió de la Comisión de Minería de la Liga de Defensa del Medio Ambiente (LIDEMA), que aglutinó diversas instituciones de los departamentos de Potosí, Oruro, Chuquisaca, La Paz y Tarija.

4. Algunos casos emblemáticos sobre la falta de consulta previa en la minería

El enorme poder empresarial frente a la vulnerabilidad indígena y a la debilidad jurídico-institucional del Estado ha sido demostrado con ejemplos dramáticos. En el caso de las tierras de las comunidades San Cristóbal, Culpina K y Vila Vila, del municipio de Colcha K, una empresa acordó directamente con las comunidades llevar a cabo un megaproyecto de extracción minera. Como consecuencia de la implementación de este acuerdo se reporta que han sido afectadas en total unas 428 familias y unas 700 hectáreas de tierras agrícolas y que las lógicas comunitarias de producción fueron trastocadas, al igual que las bases de la organización social. En este caso, entre 1998 y 1999 se llegó al absurdo de trasladar la población de San Cristóbal a otro lugar indicándole a la comunidad que una vez terminadas las actividades de explotación podrían continuar realizando sus actividades agropecuarias y ganaderas. Sin embargo, difícilmente se logrará un retorno exitoso a una región devastada, pauperizada hídricamente y contaminada²⁰⁶.

Además, “en términos de generación de empleo, la fase de construcción de las infraestructuras entre el 2006 y 2007, fue la que generó más contrataciones eventuales (unos 4.000 empleos), mientras que en las fases de operación la contratación no llega a superar los 700 empleos. Para evitar la carga social de empleos permanentes, la empresa subcontrata servicios de otras empresas que tienen sus nóminas cerradas, con lo cual, además, se reducen las oportunidades de empleo local, aspecto que sirvió para difundir los supuestos beneficios del proyecto minero en la región”²⁰⁷.

También ha sido objeto de amplia preocupación, estudio y denuncia nacional e internacional la contaminación del río Pilcomayo, que ha perjudicado a unas 100 comunidades indígenas de los departamentos de Potosí, Chuquisaca y Tarija. Se estima que esa contaminación ha implicado la pérdida del 80% de la producción agrícola, del 60% del ganado y del 90% de los peces²⁰⁸.

La contaminación por mercurio del río Beni, que afecta al conjunto de habitantes de esa zona, pero en particular a los miembros del pueblo indígena Ese Ejja, dejó a los 923 miembros de este pueblo indígena, ya extremadamente vulnerable, con un nivel de mercurio en el cuerpo cuatro veces mayor que el límite establecido por la Organización Mundial de la Salud, según reportó la propia Defensoría del Pueblo²⁰⁹.

En el área andina, uno de los casos más emblemáticos es la contaminación de la cuenca baja de río Desaguadero y de los lagos Uru uru y Poopó, en el Departamento de Oruro, que forma parte del territorio Suyu Suras, hábitat tradicional de las comunidades Jach'a Carangas, Sura,

²⁰⁵ Marco Octavio Ribera Arismendi, *Problemas Socio-ambientales de la Minería en Bolivia*, Cit., pág. 33.

²⁰⁶ *Ibidem*, pág. 37. La versión de la empresa se puede consultar en: http://www.minerasancristobal.com/es/?page_id=64

²⁰⁷ Marco Octavio Ribera Arismendi, *Problemas Socio-ambientales de la Minería en Bolivia*, Cit., pág. 37.

²⁰⁸ CIDH, Informe de Seguimiento, Cit., párr. 162.

²⁰⁹ *Ibidem*, párr. 163.

Quillaxas, Asanakes, de los pueblos Quechua, Aymara y de la Nación Originaria Uru, un pueblo que tradicionalmente ha vivido de la pesca y de la caza y que actualmente se encuentra en situación de alta vulnerabilidad. Se han documentado altos niveles de contaminación en el área del lago debido a la existencia de desmontes al vertido de aguas residuales provenientes de las minas activas en la región circundante²¹⁰.

Los representantes de los ayllus de Quila Quila, Chuquisaca han presentado una denuncia sobre la falta de información y de consulta previa a la concesión de yacimientos de piedra caliza a favor de una empresa mixta. Las acciones administrativas y legales interpuestas por los representantes indígenas no han sido efectivas y éstos habrían sido objeto de agresiones y de la anulación de su personalidad jurídica por parte de la municipalidad y la prefectura, que sienten simpatía hacia los intereses de la empresa antes que hacia las comunidades afectadas²¹¹.

H. El derecho a la consulta previa y los recursos naturales renovables

El impacto de la extracción de recursos naturales en los territorios indígenas no se reduce a los grandes proyectos de exploración y explotación de recursos hidrocarburíferos sino que incluye también la tala ilegal de madera en áreas de la Amazonía, como en Pando o Beni, por ejemplo. Se trata en muchos casos de fenómenos transnacionales que involucran a ciudadanos y empresas de los vecinos Perú o Brasil y tienen un impacto medioambiental altamente perjudicial para los pueblos indígenas bolivianos. El Estado se ha revelado incapaz para controlar la extensa contaminación ambiental que causan estas actividades²¹².

Las normas que regulan el sector forestal²¹³ están contenidas en la Ley Forestal de julio de 1996, en el Reglamento Forestal (Decreto Supremo de 21 de diciembre de 1996) y en ocho reglamentos específicos. Este marco normativo dispone para los pueblos indígenas y comunidades campesinas una prioridad en un 20% de las tierras de producción forestal permanente en cada municipio; garantiza a las poblaciones indígenas la exclusividad en el aprovechamiento forestal, una vez pagados los patentes mínimos y cumplidas las reglamentaciones sobre planes de manejo y limitaciones legales.

Sin embargo, se ha denunciado que en 1999 se habrían otorgado 27 concesiones forestales en seis TCO²¹⁴, sin que hasta la fecha el Estado de Bolivia haya dado una respuesta satisfactoria sobre esta materia ante las instancias internacionales que se lo siguen reclamando²¹⁵.

I. El derecho a la consulta previa y las áreas protegidas

En abril de 1992 se promulgó la Ley del Medio Ambiente (Ley 1333), que fue una de las primeras en utilizar en su articulado, con valor de categoría jurídica, el concepto de pueblos y comunidades indígenas. Si bien no desarrolla el derecho a la consulta previa y sus procedimientos con el detalle alcanzado en la reglamentación de las actividades hidrocarburíferas, que es más reciente, en el título sobre medio ambiente y población establece

²¹⁰ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., párr. 36.

²¹¹ *Ibidem*, párr. 39.

²¹² *Ibidem*, párr. 42.

²¹³ OIT, Estudio de caso, *Los derechos de los pueblos indígenas en un proceso de cambio de la naturaleza de la nación y del Estado*. Una aproximación desde el caso de Bolivia, Cit., págs. 46-47.

²¹⁴ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., párr. 41.

²¹⁵ CEACR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Bolivia* (ratificación: 1991) Publicación: 2010 y 2005, párr. 8.

la participación de las comunidades y pueblos indígenas en los procesos de desarrollo sostenible y uso racional de los recursos naturales renovables. En estos casos, la consulta se debe realizar considerando las particularidades sociales, económicas y culturales de los pueblos y comunidades indígenas. Esta ley establece que el Estado debe “garantizar el rescate, difusión y utilización de los conocimientos sobre el uso y manejo de los recursos naturales con la participación directa de las comunidades tradicionales y pueblos indígenas” (artículo 78). Además, reconoce la plena compatibilidad de los objetivos y la gestión de las Áreas Naturales Protegidas con la existencia y prácticas de los pueblos indígenas de estas áreas²¹⁶.

El Reglamento General de Áreas Protegidas, que tiene como marco la Ley del Medio Ambiente y el Convenio sobre Diversidad Biológica, tiene tres objetivos específicamente referidos a la población local: i) establecer la necesidad de garantizar la participación efectiva y responsable de la población local en la consolidación y gestión de las áreas protegidas; ii) asegurar que el manejo y conservación de ellas contribuya al mejoramiento de la calidad de vida de la población y al desarrollo regional y iii) la capacitación de la población para llevar adelante la planificación, manejo y conservación de dichas áreas²¹⁷.

La instancia para la participación de la población es el Comité de Gestión, compuesto en un 50% por la comunidad local, la cual incluye tanto a los pueblos indígenas y a las comunidades tradicionales como a los municipios y a otros grupos sociales reconocidos por la participación popular. El Reglamento dispone la posibilidad de administración compartida con los pueblos o comunidades indígenas con personería jurídica, a título gratuito, como también con instituciones públicas o privadas.

El punto central está en que las comunidades y pueblos indígenas participarán y serán consultados en calidad de propietarios y titulares de derechos que deben ser respetados para preservar su cultura y sociedad. Así, si el área protegida es también territorio indígena, el concepto de participación y consulta se modifica en tanto se trata de tierras en las cuales sus titulares tienen derechos colectivos específicos —y no comparables a los de otros propietarios privados— en lo que se refiere a la naturaleza de ese derecho de uso y disposición, al desplazamiento o expropiación²¹⁸.

Los reclamos sobre desconocimiento de derechos en áreas protegidas llevan ya algún tiempo y se vislumbra que si no se atienden los reclamos las organizaciones indígenas se declararán “en estado de emergencia y movilización permanente en todo el territorio nacional”²¹⁹. En junio de 2010, las Organizaciones Indígena Originario Campesinas y las comunidades interculturales de las Áreas Protegidas, convocadas por la Comisión Nacional de Gestión Compartida de las organizaciones: Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB), la Confederación de Indígenas del Oriente Boliviano (CIDOB), el Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ) y la Confederación Sindical de Comunidades Interculturales de Bolivia (CSCIB), plantearon la urgente necesidad de contar con una nueva regulación sobre áreas protegidas. Además, pidieron que se resuelvan los problemas suscitados en las 22 áreas protegidas nacionales afectadas por diferentes megaproyectos y

²¹⁶ Ley del Medio Ambiente.

²¹⁷ OIT, Estudio de caso, *Los derechos de los pueblos indígenas en un proceso de cambio de la naturaleza de la nación y del Estado*. Una aproximación desde el caso de Bolivia, Cit., pág. 44.

²¹⁸ *Idem*.

²¹⁹ *Ibidem*, págs. 45-46, análisis de la *Propuesta Indígena de Modificación al Anteproyecto de Ley de Conservación de la Diversidad Biológica de 1998*, realizada por las organizaciones regionales indígenas y Declaración final de la Resolución de 11 de junio de 2010 del Segundo Encuentro de Emergencia de las Organizaciones Indígena Originario Campesinas y las Comunidades Interculturales de las Áreas Protegidas, convocado por la Comisión Nacional de Gestión Compartida de las organizaciones: CSUTCB, CIDOB, CONAMAQ y CSCIB, disponible en: <http://fobomade.org.bo/bsena/?p=602>. Ver también: *Bolivia. Actividades económicas amenazan áreas protegidas*, publicado en: <http://www.servindi.org/actualidad/31793>.

acciones que atentan contra los derechos humanos y la existencia misma de los pueblos y contra los recursos naturales y la biodiversidad. Solicitaron, particularmente, “el cumplimiento estricto de la consulta previa, libre e informada acerca de todos los proyectos impulsados por el Estado Plurinacional y de todas las normas establecidas vigentes, en especial aquellas que ya vienen generando conflictos”²²⁰.

En este sentido, los problemas denunciados han sido:

1. **Sobre la tierra y el territorio:** sometimiento, asentamientos ilegales, procesos de saneamiento incompletos, avance de cultivos de coca ilegal en áreas protegidas.
2. **Sobre hidrocarburos y minería:** sometimiento por parte de las empresas, falta de procesos de consulta previa, contaminación por residuos hidrocarburíferos, explotación ilegal sin EIA, pérdida de biodiversidad.
3. **Sobre recursos naturales renovables:** deforestación creciente de los bosques, chaqueo²²¹ descontrolado, extracción ilegal de madera ilegal, cultivos ilegales de coca, pérdida de biodiversidad por caza-pesca y extracción ilegal de fauna y flora, revisión y anulación de las concesiones forestales.
4. **Sobre mega proyectos:** carreteras (Villa Tunari-San Ignacio de Moxos, ruta trans pantanal, Apolo Ixiamas), túneles (Aguarague), represas hidroeléctricas (El Bala, Río Madera)²²².

Se solicitó diálogo directo con el Presidente, urgente apertura de un profundo debate nacional e internacional con todos los actores del Estado y de la sociedad sobre los alcances y la viabilidad de los mega proyectos que vienen generando conflictos y el acuerdo de la Conferencia de Pueblos sobre Derechos de la Madre Tierra, así como la realización de una evaluación de la gestión del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, que deben realizar conjuntamente las organizaciones sociales de las áreas y las instancias estatales que correspondan.

J. El derecho a la consulta previa y los problemas derivados de la explotación del agua y de las obras de infraestructura

A raíz de numerosas movilizaciones, principalmente de la desarrollada en Cochabamba en el año 2000, se han modificado las regulaciones sobre la propiedad y la distribución del agua en Bolivia y se ha reconocido el derecho al uso tradicional a las comunidades indígenas. En el caso de Cochabamba, la cancelación de un contrato de distribución a favor de una empresa transnacional evitó el incremento desmesurado de tarifas y permitió mantener el acceso expedito al agua para riego en las comunidades indígenas y campesinas²²³.

La Ley 2267 de noviembre de 2001 prioriza el estudio del potencial hídrico de la región, precisamente con la perspectiva de su exportación, mediante la licitación por compañías extranjeras. La Ley 2074 de mayo de 2004, promulgada tras la movilización de las organizaciones indígenas de la región para el desarrollo integral del sudoeste potosino, prohíbe definitivamente la exportación de aguas subterráneas y superficiales²²⁴.

Sin embargo, las comunidades altioplánicas del Sudoeste de Potosí han expresado una alta preocupación y han denunciado diversos proyectos de adjudicación de concesiones de

²²⁰ Resolución de 11 de junio de 2010 del Segundo Encuentro de Emergencia, Cit.

²²¹ El chaqueo es una expresión que se utiliza en Bolivia para referirse al proceso de deshierbar o quitar la meleza a una tierra, de manera que quede apta para la ganadería o la agricultura.

²²² *Idem*.

²²³ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., párr. 46.

²²⁴ *Ibidem*, párr. 38.

explotación de las aguas subterráneas a favor de compañías mineras del norte de Chile, que requieren grandes volúmenes de agua para sus operaciones²²⁵.

Igual preocupación suscitó el proyecto de un complejo hidroeléctrico en el lado brasileño del río Madeira, que afecta la cuenca del río a su paso por Bolivia. El proyecto contempla la construcción de cuatro represas, dos en el lado brasileño, una binacional y otra en el lado boliviano. Se teme que el proyecto contribuya a la sedimentación en los embalses y en el tramo binacional del río Madeira; a la elevación del nivel de agua del río y de sus afluentes; a la producción de efectos altamente negativos en la ictiofauna y en otros recursos que las comunidades indígenas de los departamentos de Pando y Beni requieren para su economía de subsistencia, así como a la inundación de tierras de cultivo y de pastoreo que conduzca a la expulsión forzada de las comunidades y al incremento de la malaria y otras enfermedades. También se teme por el futuro de las comunidades pacahuara, que viven en situación de aislamiento en áreas cercanas a la frontera con Brasil, así como por el impacto negativo que podrían tener sobre la población indígena local otros proyectos similares, como El Bala sobre el río Beni²²⁶.

CONCLUSIONES

El Estado plurinacional creado por la Constitución de Bolivia de 2009, integrado por diversas *naciones y pueblos indígenas originarios campesinos* cuyos derechos sean plenamente respetados, especialmente por el Estado, es todavía una meta por alcanzar. A pesar de las importantes reformas constitucionales y del desarrollo legislativo de los derechos constitucionales, los avances en la implementación son todavía limitados y los pueblos indígenas siguen —en buena medida— viviendo en situación de indefensión y de extrema pobreza y vulnerabilidad.

Si bien la incorporación del derecho internacional en el derecho interno, la constitucionalización del derecho a la consulta previa y el diseño de normas de aplicación para las actividades hidrocarburíferas son avances importantes, aún existe dispersión en las normas que se han aprobado y quedan todavía áreas importantes por regular, como la explotación minera y forestal. Es necesario adoptar un procedimiento legal para la aplicación y el ejercicio del derecho a la consulta previa, que asegure su vigencia efectiva, llene los vacíos, armonice las distintas regulaciones y ponga fin a la dispersión procedimental que existe en ciertos niveles del Estado y que ha obstaculizado la aplicación de este derecho.

Promover el desarrollo económico acelerado mediante la inversión extranjera en actividades extractivas sin un adecuado proceso de consulta previa y sin la participación de las comunidades en todas sus fases vulnera el concepto de desarrollo que ellas defienden y que está reconocido en la nueva Constitución. Por esta razón, resulta necesario promover el respeto del derecho a la consulta previa por medio del diálogo y de la búsqueda de consensos, usando como marco de referencia el derecho internacional, la Constitución Política y las leyes bolivianas. Debido a que el derecho a la consulta previa está reconocido en normas internacionales que Bolivia ha firmado y ratificado, su violación podría acarrear responsabilidad internacional del Estado boliviano.

Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que la representación lograda con la elección de un Presidente indígena se podría debilitar tanto con acciones encaminadas a atraer inversiones incumpliendo los límites y requisitos establecidos por la Constitución Política, como con el

²²⁵ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., párr. 38.

²²⁶ *Ibidem*, párr. 44.

distanciamiento de las organizaciones que lo apoyaron para llegar al poder y con la falta de consenso y participación adecuada de las comunidades indígenas en el diseño, realización y consolidación del Estado plurinacional.

Los desafíos actuales del Estado boliviano pueden ser enfrentados mediante procesos de consulta previa, que deben verse como espacios de diálogo real y sincero para la búsqueda de consensos, en los que los miembros de los pueblos y naciones indígenas sean no solo partícipes de su futuro sino artífices del mismo.

CAPÍTULO II: Colombia

INTRODUCCIÓN

Colombia padece una situación paradójica en materia de derecho a la consulta previa²²⁷. En este país se ha registrado una importante recepción del derecho internacional y en 1991 se adoptó una nueva Constitución Política con cambios sustanciales, que contrasta con las deficiencias para implementar los derechos reconocidos, derivadas de la falta de voluntad política, en un contexto de regulación dispersa y de ausencia de una ley específica sobre consulta previa. La falta de una ley, sin embargo, bien puede ser suplida por un conjunto importante de reglas jurisprudenciales con base en las cuales se pueden realizar procesos adecuados de consulta. El marco regulatorio de la consulta previa incluye leyes, decretos y directivas presidenciales que por su cantidad, diversidad y falta de consenso generan inseguridad jurídica²²⁸. Además, actualmente el Estado ha negociado y se encuentra negociando tratados de libre comercio que facilitarían la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, lo que hace necesario que en dichos tratados se incluyan protecciones adecuadas del derecho a la consulta previa, libre, e informada²²⁹.

Sin duda alguna, el mayor desarrollo sobre el contenido y los elementos del derecho a la consulta previa se ha dado de la mano de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que juega un papel crucial en la protección de los derechos a la cultura a la tierra y a la identidad cultural de los pueblos indígenas.

Sin embargo, y a pesar de las decisiones de la Corte Constitucional y de los organismos internacionales, el Estado no ha logrado aprobar una ley concertada con los pueblos indígenas, que regule el procedimiento de las consultas y defina con claridad un marco legal y práctico en esta materia.

En general, el descontento actual con la implementación de la consulta previa proviene de la falta de reglamentación consensuada, de la escasa frecuencia con que las consultas permiten lograr un acuerdo entre las partes²³⁰, de la realización de consultas con personas de las comunidades que no son consideradas sus legítimos representantes y, por sobre todo, del diseño y ejecución de mega proyectos de infraestructura, desarrollo y minería sin un proceso de consulta previa, libre e informada orientado a obtener el consentimiento de los grupos étnicos afectados.

A pesar de las protecciones que brinda el marco constitucional, legislativo e institucional vigente para salvaguardar los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas relacionados con la propiedad, éstos se encuentran inmersos y son particularmente vulnerables a la grave crisis de derechos humanos que padece el país. El conflicto armado interno entre las Fuerzas Armadas del Estado, los grupos paramilitares y las guerrillas ha debilitado severamente la capacidad del Gobierno para concentrarse en cualquier cosa que no sea enfrentar la violencia

²²⁷ César Rodríguez Garavito y Natalia Orduz Salinas, "La paradoja de la consulta previa en Colombia", en *AportesDPLF*, Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal, Número 14, año 3, septiembre de 2010, pág. 34. de 2010 AAño 3, septiembre de 2010 ño 3, septiembre de 2010 Año 3, septiembre de 2010

²²⁸ CEAR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Colombia (ratificación: 1991)* Publicación: 2010 y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales sobre Colombia*, Doc. E/C12/COL/CO/, mayo de 2010.

²²⁹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas en Colombia: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, Doc. A/HRC/15/34, 8 de enero de 2010, párr. 42.

²³⁰ *Idem*.

que ha vivido el país por más de 40 años²³¹. El conflicto mismo ha causado muchas de las dificultades que enfrentan las poblaciones indígenas, que a menudo se encuentran en la línea de fuego²³².

Dada la situación descrita, es necesario que se tomen particularmente en cuenta las circunstancias que impiden la vigencia del derecho a la consulta previa, como el desplazamiento forzado²³³, los homicidios de indígenas²³⁴, las masacres y asesinatos de líderes indígenas y afrodescendientes²³⁵, la presencia militar en resguardos indígenas sin previa consulta²³⁶ y la colocación de minas antipersonales, entre otros. La Corte Constitucional concluyó que 34 pueblos indígenas a lo largo del país se encuentran amenazados “con el exterminio cultural o físico”²³⁷ y que los territorios de los pueblos indígenas son campo tanto para el desarrollo de la confrontación armada como para las actividades del narcotráfico. El pueblo Awá, en Nariño (sur del país), ha sido uno de los grupos indígenas más afectados.

A. Antecedentes históricos

En Colombia existen 84 grupos étnicos oficialmente reconocidos como pueblos indígenas, con una población total de aproximadamente 785.000 personas. Esta cifra es controvertida por algunas organizaciones indígenas que indican que el número de grupos étnicos es de 102²³⁸. Los pueblos indígenas de Colombia se extienden a lo largo del país y representan una gran diversidad demográfica y cultural. Tres grupos, los Wayuu, los Paéz y los Embera, tienen cada uno más de 50.000 miembros, mientras que más de 30 grupos tienen cada uno menos de 500 miembros. La mayoría de pueblos indígenas en Colombia vive en comunidades rurales y en pequeños grupos nómadas y trabajan como agricultores, recolectores y pescadores. Sin embargo, hay una creciente población indígena urbana²³⁹.

En Colombia, los derechos de los pueblos indígenas se extienden también a las comunidades afrodescendientes. Conforme al censo de 2005, el porcentaje de la población que se autoreconoció como negra o afro colombiana, incluida la palenquera y la raizal, ascendió a 4.311.757 personas, que representan el 10.6% de la población total del país. Este número fue cuestionado por las comunidades afrodescendientes, quienes criticaron la ausencia de algunos indicadores en el censo que hubieran permitido la identificación como miembro de la comunidad afrodescendiente. Según estos grupos, la población afrodescendiente llegaría al 26% de la población nacional en Colombia²⁴⁰. Sus derechos como grupo han sido reconocidos por la Constitución de 1991, la Ley 70 de 1993 y la jurisprudencia constitucional, que han

²³¹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Colombia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Doc. E/CN.4/2005/88/Add.2, 10 de noviembre de 2004, págs. 8-13; e Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas en Colombia: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, Cit., párrs. 13-15.

²³² *Ibidem*, pág. 9; CIDH, Informe Anual, 2009, OEA/Ser.LV/II, Doc. 51 corr. 1, Capítulo IV, Colombia, párrs. 92-94.

²³³ *Ibidem*, párr. 94.

²³⁴ *Ibidem*, párr. 96.

²³⁵ Ver: CIDH, Comunicado de Prensa 89/10, CIDH condena asesinatos de líderes indígenas en Colombia, 1 de septiembre de 2010.

²³⁶ Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas en Colombia: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, Cit., párr. 25.

²³⁷ *Ibidem*, párr. 13.

²³⁸ CIDH, Informe Anual, 2009, Capítulo IV, Colombia, párr. 92.

²³⁹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Colombia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., pág. 5.

²⁴⁰ CIDH, *Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tras la visita del Relator sobre derechos de los afrodescendientes y contra la discriminación racial a la República de Colombia*, OEA/Ser.LV/II.134, Doc. 66, 27 de marzo de 2009, párr. 21.

reconocido la titularidad de derechos colectivos y han señalado que por tratarse de un pueblo tradicionalmente discriminado, el Estado tiene obligaciones especiales a su favor²⁴¹.

B. Los derechos sobre la tierra

Los artículos 63 y 329 constitucionales garantizan que las tierras tradicionales de los pueblos indígenas sean de propiedad colectiva, inalienable e inembargable²⁴². El artículo 246 dispone que los territorios indígenas tengan su propio Gobierno y autoriza la conformación de una jurisdicción indígena que use las normas tradicionales del derecho consuetudinario²⁴³. El artículo 171 establece que los pueblos indígenas estarán representados por dos senadores indígenas elegidos en circunscripción nacional especial y un número de representantes determinado por la ley²⁴⁴. De conformidad con el artículo 332 de la Constitución, “[e]l Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”.

En los últimos años, en Colombia se ha buscado la manera de restituir las tierras tradicionales a los pueblos indígenas y aumentar el reconocimiento y la inclusión de la identidad cultural de los indígenas en la sociedad nacional. También han surgido organizaciones comprometidas con la defensa de los derechos de los indígenas, tales como la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC)²⁴⁵. Indudablemente, contribuyó a este proceso la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT y la adopción de una nueva Constitución Política, ambas en 1991.

Si bien el Gobierno afirma que aproximadamente el 29.8% del territorio nacional se encuentra titulado a favor de pueblos indígenas, sus integrantes denuncian la falta de productividad de las tierras entregadas o de adecuación de las mismas a sus necesidades culturales²⁴⁶.

La competencia para atender los procesos de constitución, ampliación y saneamiento de los resguardos indígenas²⁴⁷, luego de varios cambios y de la emisión del Estatuto de Desarrollo Rural, mediante la Ley 1152 de 2007, elaborada sin consultar con los pueblos indígenas, recayó en la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia. Como se verá más adelante, este Estatuto fue declarado inconstitucional por falta de consulta previa y actualmente existe una confusión sobre las competencias para atender estos procesos²⁴⁸.

La debilidad en el reconocimiento de los derechos sobre la tierra ha sido reconocida por la propia Corte Constitucional. En el Auto 004 de 2009, este Tribunal observó que “[l]a precariedad

²⁴¹ Comisión Colombiana de Juristas, Quince años después de la ley 70 de 1993, los derechos de las comunidades afrocolombianas solo se reconocen en el papel, Bogotá, 1 de septiembre de 2008.

²⁴² Siegfried Wiessner, *Derechos y situación de los pueblos indígenas: un análisis global internacional y comparado*, Harvard Human Rights Journal, Vol. 12, 1999, pág. 80.

²⁴³ *Idem*.

²⁴⁴ *Idem*.

²⁴⁵ *Idem*.

²⁴⁶ Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas en Colombia: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, Cit., párr. 36, citando al Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), *Colombia Una Nación Multicultural: su diversidad étnica*, Bogotá, 2007, pág. 19. Según otras fuentes, los pueblos indígenas solo ocupan 31.694.421 hectáreas, que corresponden al 22% del total del territorio nacional. Houghton, *La legalización de los territorios indígenas*, CECOION-OIA, Bogotá, 2008.

²⁴⁷ Los Resguardos Indígenas, junto con las Encomiendas y las Mitas, son instituciones de origen colonial en América Latina. En Colombia, los resguardos indígenas son entendidos como una forma de propiedad colectiva de la tierra y han sido definidos como “una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales” (Decreto 2001 de 1998, artículo 2). En la Sentencia T-405 de 1993 (M.P.: Hernando Herrera Vergara), la Corte Constitucional señaló que según la Constitución Política de 1991, los resguardos indígenas pueden ser ordinarios o simplemente resguardos (artículo 329) o resguardos con rango de municipio, para efectos fiscales (artículo 357).

²⁴⁸ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Colombia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., pág. 40.

en la titulación de tierras en algunos casos es un factor que facilita ampliamente el despojo y la invasión territorial; de esta manera, existe un entrelazamiento de los procesos de ampliación y saneamiento de resguardos con ciertos factores conexos al conflicto armado (presencia de actores armados, de cultivos ilícitos, o de actividades militares en zonas de ampliación)²⁴⁹.

C. El ordenamiento jurídico colombiano sobre el derecho a la consulta previa

1. Incorporación del derecho internacional al derecho interno

Colombia ratificó el Convenio N° 169 de la OIT en 1991 y reformó su Constitución en ese mismo año; muchos de los principios del Convenio fueron incorporados en la nueva Constitución, que ha sido calificada como una de las más progresistas de América Latina, en términos de la incorporación de derechos territoriales indígenas, auto Gobierno y autonomía²⁵⁰. En contraste, Colombia estuvo entre los once países que se abstuvieron de votar en 2007 cuando se adoptó la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y si bien recientemente retiró su abstención y adoptó la Declaración, lo hizo con “tres salvedades constitucionales”: 1) sobre la propiedad del Estado de los recursos del subsuelo; 2) sobre la desmilitarización y 3) sobre el consentimiento libre, previo e informado, que incluye una aclaración sobre la inexistencia del derecho de veto²⁵¹. Dichas salvedades han sido criticadas y cuestionadas en cuanto a su validez jurídica, dado que se oponen no solo al contenido y fin de la Declaración sino al propio Convenio N° 169 de la OIT²⁵².

2. El derecho a la consulta previa en la Constitución Política de 1991

La Constitución Política de Colombia establece el derecho a la participación en su artículo 40, el derecho a un medio ambiente sano en su artículo 39 y la planificación estatal del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en su artículo 80. El derecho a la consulta previa no se menciona expresamente en el texto constitucional. Sin embargo, ha sido configurado bajo el derecho a la participación (artículo 40) y teniendo en cuenta el artículo 330, que dispone que la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas se realice sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas²⁵³ y que “en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”²⁵⁴. El contenido de este derecho, como se verá más adelante, ha sido desarrollado principalmente por la Corte Constitucional.

3. Un marco jurídico disperso y una reglamentación inconclusa

La Ley 99 de 1993 en su artículo 76 establece que la explotación de recursos naturales deberá hacerse previa consulta con los representantes de las comunidades indígenas y negras. A su vez, el Decreto 1397 de 1996 obliga al Estado a involucrar y a consultar a las comunidades, pueblos y organizaciones indígenas respecto de cualquier proyecto o plan de desarrollo que se

²⁴⁹ *Idem*.

²⁵⁰ *Ibidem*, pág. 6.

²⁵¹ Propuestas del expresidente Uribe a las comunidades indígenas, 4 de noviembre de 2008, disponible en: <http://web.presidencia.gov.co/sp/2008/noviembre/04/11042008.html>.

²⁵² Bartolomé Clavero, Propuesta Presidencial y Consulta Indígena en Colombia, 5 de noviembre de 2008, publicado en <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=778>.

²⁵³ James Anaya y Robert A. Williams Jr., *La protección del derecho de los pueblos indígenas sobre las tierras y los recursos naturales bajo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Harvard Human Rights Journal, Vol. 14, 2001, pág. 62.

²⁵⁴ *Ibidem*, pág. 61.

lleve a cabo en sus territorios²⁵⁵. Este decreto también establece que no se podrá otorgar ninguna licencia ambiental sin la realización de estudios de impacto económico, social y cultural, los cuales deberán ser completados con la participación de comunidades indígenas, sus autoridades y sus organizaciones²⁵⁶. El Decreto 1320 de 1998, que regula el procedimiento de consulta y que fue sancionado después de un grave conflicto por la construcción y puesta en funcionamiento de una represa en el territorio del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú²⁵⁷, ha sido ampliamente criticado nacional e internacionalmente. Tanto la Corte Constitucional²⁵⁸ como la Organización Internacional del Trabajo²⁵⁹ han concluido, en múltiples ocasiones, que dicho decreto es incompatible con el Convenio N° 169 de la OIT y han solicitado a los ministerios competentes revisarlo e inaplicarlo²⁶⁰.

Por otra parte, en 2007 se aprobó la Ley 1151 o Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, la cual no había sido consultada previamente con dichas comunidades, aunque contenía disposiciones que afectaban a las comunidades indígenas y afrodescendientes. La Corte Constitucional declaró la ley ajustada a la Constitución pero ordenó que se suspendiera la ejecución de los proyectos o programas que afectaran a dichas comunidades hasta tanto no fueran consultadas²⁶¹.

En 2009 se creó un Grupo de Trabajo sobre Consulta Previa en el Ministerio del Interior y de Justicia, que elaboró un proyecto de ley estatutaria para reglamentar el proceso de consulta, paradójicamente, sin haberlo consultado con los pueblos indígenas y tribales ni haber sido objeto de un proceso participativo²⁶². Además, este proyecto mantiene las dificultades del Decreto 1320, criticado nacional e internacionalmente, y no contempla la consulta como un momento de auténtica negociación entre las partes interesadas²⁶³. Finalmente, el 26 de marzo de 2010 el entonces Presidente emitió una directiva en la que regula la consulta previa, la cual causó amplio malestar entre los actores interesados²⁶⁴ y generó un retroceso en la necesaria implementación de una norma, además del reproche internacional²⁶⁵ y el quiebre del diálogo mediante la pretensión de tratar la consulta previa por medio de un mecanismo inidóneo y unilateral como la directiva presidencial criticada.

²⁵⁵ Lila K. Barrera-Hernández, "Participación en América Latina: Argentina, Colombia, Perú", en *Derechos Humanos en el desarrollo de los recursos naturales: participación pública en el desarrollo sustentable de la minería y los recursos energéticos*, Donald Zillman, Alastair Lucas y George Pring (editores), Oxford University Press, 2002, pág. 606.

²⁵⁶ Lila K. Barrera-Hernández, "Participación en América Latina: Argentina, Colombia, Perú", Cit., pág. 606.

²⁵⁷ *Ibidem*, pág. 607.

²⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-652/98, M.P.: Carlos Gaviria Díaz. Ver también: Corte Constitucional, Sentencia T-737/05, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

²⁵⁹ CEACR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Colombia (ratificación: 1991) Publicación: 2010*; CEACR, *Solicitud directa individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Colombia (ratificación: 1991) envío: 2009*; CEACR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Colombia (ratificación: 1991) Publicación: 2009*; CEACR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Colombia (ratificación: 1991) Publicación: 2004*; CEACR, *Reclamación (artículo 24) - 1999 - Colombia - Convenio 169, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS)*.

²⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-880/06, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

²⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia C-461/08, M.P.: Manuel José Cepeda.

²⁶² CEACR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Colombia (ratificación: 1991) Publicación: 2010*.

²⁶³ *Ídem*.

²⁶⁴ *Declaración de los Pueblos Indígenas y Negros en el Seminario del Proceso Londres, Cartagena, Bogotá, (PLCB): Territorios y Efectos del Conflicto Armado Sobre los Grupos Étnicos; Bartolomé Clavero, "Directiva Presidencial sobre Consulta desvirtúa el Convenio 169". Pronunciamiento de la Organización Indígena de Antioquia, disponibles en:*

<http://prensa.politicaspUBLICAS.net/index.php/alatina/colombia-directiva-presidencial-sobre-consulta-desvirtua-el-convenio-169-bartolome-clavero#more9621>

²⁶⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales sobre Colombia*, Doc. E/C12/COL/CO/, mayo de 2010.

D. Espacios de diálogo

En Colombia se han creado espacios que buscan el diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas o afrodescendientes, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, que funciona desde 1996 y que permite que los pueblos indígenas y sus organizaciones se reúnan regularmente con el Estado para negociar, concluir y revisar acuerdos de seguimiento de las decisiones administrativas y legislativas que los puedan afectar²⁶⁶.

Para facilitar las consultas, el Decreto 4530 de 2008²⁶⁷, que determina los objetivos y la estructura del Ministerio del Interior y de Justicia, establece en su artículo 13 que le corresponde a la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom coordinar interinstitucionalmente la creación de los espacios de participación para los pueblos indígenas previstos por la ley, promover la participación de las organizaciones y autoridades que los representen y apoyar al Grupo de Consulta Previa en la realización de los procesos de consulta para proyectos de desarrollo que afecten a dichas comunidades. También hay que tener en cuenta la Mesa Regional Amazónica Indígena²⁶⁸ y los diálogos realizados en el contexto de la Minga²⁶⁹ de Resistencia Social y Comunitaria²⁷⁰, en 2008 y 2009, que han sido resaltados como buenos esfuerzos para llevar a la práctica el derecho a la consulta previa. Sin embargo, tales esfuerzos no se tradujeron en una implementación real del derecho a la consulta previa ni en el diálogo permanente²⁷¹.

E. El derecho a la consulta previa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

1. La consulta previa de proyectos de desarrollo o de explotación de recursos naturales

En Colombia, la Corte Constitucional se encarga de velar por la integridad y supremacía de la Constitución y es el órgano máximo de la jurisdicción constitucional en el sistema de justicia ordinario²⁷². El principal mecanismo de protección para la defensa de los derechos de los indígenas ante la Corte Constitucional es la acción de tutela, concebida para la protección urgente e inmediata de derechos fundamentales. Aunque la acción de tutela generalmente está disponible para la protección de derechos individuales, las comunidades indígenas pueden solicitar la protección de sus derechos culturales y territoriales como derechos fundamentales colectivos²⁷³. En este sentido, la acción de tutela también ha servido para que la Corte

²⁶⁶ *Ibidem*, pág. 606; Decreto 1397 de 1996.

²⁶⁷ Modifica el Decreto 200 de 2003 que daba tal competencia a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia.

²⁶⁸ En mayo de 2009 se realizó la última reunión de la Mesa Regional Amazónica Indígena, a la que asistieron pueblos indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC), representantes de la ONIC, el Director de la Fundación Zio'ai, representantes de los pueblos Cofán, Guanano, Uitoto, Inga, Curripacos, Puinave, Bari, Pastos, Kamtza, Andoque. Por Parte del Gobierno Nacional asistieron miembros del Ministerio del Interior y de Justicia, de Acción Social, del Programa Minas Antipersona, del Ministerio del Medio Ambiente, del Ministerio de Minas y Energía, del Ministerio de Cultura, del Ministerio de Agricultura, del Ministerio de Hacienda, del Ministerio de Industria y Turismo, del Ministerio de Defensa, del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Defensoría del pueblo. Información disponible en: <http://www.mij.gov.co/eContent/newsdetailmore.asp?id=3662&idcompany=2>

²⁶⁹ Según la Real Academia de la Lengua Española, una minga es una "[r]eunión de amigos y vecinos para hacer algún trabajo gratuito en común".

²⁷⁰ Para más información sobre la Minga de Resistencia Social y Comunitaria, ver: <http://www.lamingasocial.org/>

²⁷¹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas en Colombia: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, Cit., párr. 46.

²⁷² DPLF/IDL/Seattle University School of Law, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*, Capítulo I. Marco normativo internacional y marcos normativos comparados, punto B, Colombia, págs. 22-23.

²⁷³ James Anaya y Robert A. Williams Jr., *La protección del derecho de los pueblos indígenas sobre las tierras y los recursos naturales bajo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Cit., pág. 62.

Constitucional reconozca el derecho a la consulta previa como un derecho fundamental de rango constitucional.

Además de la tutela, la acción pública de inconstitucionalidad —a través de la cual se puede solicitar a la Corte Constitucional que declare la inconstitucionalidad de una ley— ha sido un importante instrumento de protección del derecho a la consulta previa. Instituciones académicas²⁷⁴ y organizaciones de derechos humanos²⁷⁵ han usado la acción pública de inconstitucionalidad para cuestionar, por falta de consulta previa, la validez constitucional de varias leyes que afectaban los derechos de los pueblos indígenas, tales como la Ley General Forestal o el Estatuto de Desarrollo Rural y más recientemente el Código de Minas. Las dos primeras fueron declaradas inconstitucionales y la última está pendiente de decisión por parte de la Corte Constitucional.

Es así entonces que desde 1993 hasta 2010, la Corte Constitucional ha fallado numerosas tutelas a favor de los pueblos indígenas en casos de violación del derecho al territorio por proyectos de intervención o por grandes obras de infraestructura²⁷⁶ y ha declarado la inconstitucionalidad de leyes por no haber sido consultadas previamente con los pueblos indígenas o afrodescendientes. De esta manera, la jurisprudencia constitucional estableció el deber de consulta también en los procesos legislativos.

La Corte Constitucional ha resuelto casos complejos y sus decisiones contienen numerosas reglas para la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. En materia de derecho a la consulta previa sobre asuntos que afectan a los pueblos indígenas, la Corte ha establecido, entre otras reglas, que se debe consultar antes de expedir una licencia ambiental y que no tiene valor de consulta previa la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Además, la Corte ha dicho que la consulta previa debe suponer la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar:

1. El conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución;
2. El conocimiento sobre la afectación o menoscabo de los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política;
3. La participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual, en la medida de lo posible, debe ser acordada o concertada;
4. Que se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica;
5. Que se incluyan temas como: la prevención de impactos futuros, la mitigación de los que ya se presentaron y los previsibles, la compensación por la pérdida del uso y goce de parte de los terrenos; la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales²⁷⁷.

²⁷⁴ Carlos Humberto García Guzmán, Luis Alfredo García Gómez, Alejandra Azuero Quijano y Daniel Bonilla Maldonado, del Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de Los Andes, presentaron una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley General Forestal (Ley 1021 de 2006).

²⁷⁵ Gustavo Gallón Giraldo, director de la Comisión Colombiana de Juristas, presentó las demandas de inconstitucionalidad contra el Estatuto de Desarrollo Rural (Ley 1152 de 2007) y contra el Código de Minas (Ley 1382 de 2010).

²⁷⁶ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas en Colombia: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, Cit., párrs. 44 y 45.

²⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-039/97, M.P.: Antonio Barrera Carbonell (Sentencia fundante de línea); otras sentencias de esta misma línea son: Sentencia T-652/98, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, T-606/01, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, C-418/02, M.P.: Álvaro Tafur Galvis, C-891/02, M.P.: Jaime Araújo Rentería, T-955/03, M.P.: Álvaro Tafur Galvis y C-030/08, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

En cuanto a la obligación de buscar un acuerdo, la Corte Constitucional ha establecido que²⁷⁸:

1. La consulta no implica el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino que busca propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo;
2. Cuando se trata de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto en el territorio de afrodescendientes o indígenas, el Estado no debe solo consultar sino también obtener su consentimiento previo, libre e informado²⁷⁹;
3. Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de los pueblos indígenas; y
4. El Estado debe arbitrar los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.

Para proteger los derechos de los pueblos indígenas, en concreto el derecho a la consulta previa, la Corte ha impartido la orden de suspender: el llenado de un embalse ubicado en territorio indígena²⁸⁰, las fumigaciones aéreas de cultivos de uso ilícito²⁸¹, la explotación forestal por parte de una empresa maderera en territorio de una comunidad negra²⁸², las actividades de exploración de petróleo²⁸³ y las actividades de exploración y explotación relacionadas con una concesión para la exploración y explotación de oro y cobre, hasta tanto no se realice la consulta previa²⁸⁴.

2. La consulta previa en los procesos legislativos

La Corte Constitucional declaró inconstitucionales la Ley General Forestal (Ley 1021 de 2006) y el Estatuto de Desarrollo Rural (Ley 1152 de 2007) por no haber sido consultados previa y adecuadamente con los pueblos indígenas. Al declarar inconstitucional la Ley General Forestal, destacó que el deber de consultar los proyectos de ley²⁸⁵:

1. No surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente.
2. Es necesario poner el proyecto de ley en conocimiento de las comunidades, por intermedio de instancias suficientemente representativas; ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podría afectarlas y darles oportunidades efectivas para que se pronunciaran sobre el mismo.

Aunque la Corte no declaró la inconstitucionalidad total de la Ley 1151 de 2007 (Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010), declaró la exequibilidad condicionada, “en el entendido de que se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta

²⁷⁸ Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencia C-175/09, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁷⁹ La sentencia T-769/09, en la que la Corte Constitucional adoptó esta regla, fue objeto de una solicitud de nulidad por parte de la empresa minera Muriel Mining y del Ministerio del Interior y de Justicia. Hasta la fecha de redacción de este informe, la Corte Constitucional no había adoptado ninguna decisión al respecto.

²⁸⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-652/98, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

²⁸¹ Corte Constitucional, Sentencia T-383/03, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

²⁸² *Idem*.

²⁸³ *Idem*.

²⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-769/09, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

²⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-030/08, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la jurisprudencia constitucional”²⁸⁶.

F. Obstáculos para la vigencia del derecho la consulta previa en Colombia

Además de la falta de participación real de los pueblos indígenas en los procesos de creación de normas que regulan la consulta previa y de la acción directa del Estado sobre los recursos naturales que se encuentran en tierras indígenas, la vigencia del derecho a la consulta previa, como otros derechos, no puede ser analizada aisladamente del conflicto armado interno que se vive en el país y de los problemas generados por las actividades ligadas con el narcotráfico. Varios informes nacionales²⁸⁷ e internacionales²⁸⁸ que analizan esta temática resaltan los problemas que genera el conflicto armado, la militarización progresiva y cada vez más permanente de zonas indígenas sin consulta previa con sus miembros, las masacres y el desplazamiento forzado interno, todo lo cual afecta la relación de los pueblos indígenas con la tierra, elemento trascendental de su cultura.

El desplazamiento forzado y el riesgo de exterminio de varios pueblos indígenas han sido abordados por la Corte Constitucional, que ha ordenado una serie de medidas dirigidas a remediar estos y otros problemas que enfrentan los indígenas desplazados. Estas medidas incluyen el diseño e implementación en todo el país de un Programa de Garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas Afectados por el Desplazamiento, así como el desarrollo de planes de salvaguarda para 34 pueblos indígenas que fueron identificados como en riesgo grave de ser exterminados cultural o físicamente, y deben ser adoptadas con la “participación efectiva de las autoridades legítimas de los pueblos indígenas”. Cabe mencionar que, por su parte, la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) ha identificado otros pueblos indígenas, además de los anteriores, que también presentan una situación de riesgo de extinción por tener una población inferior a los 500 habitantes, dentro de los que se incluyen 18 grupos que tienen menos de 200 habitantes y 10 grupos de menos de 100²⁸⁹.

La seguridad personal y la vida de los miembros de los pueblos indígenas están en permanente riesgo en Colombia. La Corte Interamericana, a solicitud de la Comisión Interamericana, ha ordenado medidas provisionales en beneficio de la Comunidad Kankuamo y le ha ordenado al Estado que garantice no solo el derecho a la vida y a la integridad personal de los miembros de dicha comunidad sino también el derecho a la libre circulación, mediante la adopción de medidas que permitan el regreso a sus tierras en forma segura²⁹⁰. La Corte Interamericana también ha concedido medidas provisionales de protección a favor de las comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó, que sufren una combinación de violaciones de sus derechos a la vida y a la integridad, desplazamiento forzado, trabajo forzado para cultivar palma africana en los territorios ilegalmente ocupados por la compañía URAPALMA S.A, que la cultiva desde 2001 en aproximadamente 1.500 hectáreas de tierras de estas comunidades²⁹¹. La compañía, con

²⁸⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-461/08, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

²⁸⁷ Ministerio de Defensa Nacional, Política Integral de DDHH y DIH, p. 26. Ver también: Sentencia T-652/98 M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

²⁸⁸ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas en Colombia: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, Cit., párr. 49, entre otros.

²⁸⁹ Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas en Colombia: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, Cit., párr. 33.

²⁹⁰ Corte IDH. *Asunto pueblo Indígena Kankuamo respecto de Colombia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de abril de 2009.

²⁹¹ Corte IDH. *Asunto Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó respecto de Colombia*. Resolución de 6 de marzo de 2003 y posteriores resoluciones de seguimiento.

ayuda de las fuerzas armadas y de civiles armados, ha obligado a los miembros de las comunidades bien a unirse a la producción del aceite de palma o bien a evacuar sus territorios²⁹².

G. Casos emblemáticos de afectación de tierras indígenas y falta de protección del derecho a la consulta previa

Algunos de los pueblos afectados por el desarrollo de proyectos sin procesos adecuados de consulta previa son el pueblo Motilón Barí²⁹³ y el pueblo U'wa²⁹⁴, ambos por la exploración y explotación petrolera, el pueblo Embera Katío del Alto Sinú, por la construcción de la represa Urrá I²⁹⁵ y las comunidades de la Amazonía, por los programas de erradicación de cultivos ilícitos²⁹⁶. Además de estos casos ilustrativos existen muchos otros de concesiones y proyectos otorgados sin consulta previa con las comunidades afectadas. Si bien es cierto que el Gobierno ha proporcionado información ante instancias internacionales sobre las consultas realizadas en relación con diversos proyectos, "dicha información no establece que las consultas hayan sido llevadas a cabo de acuerdo con los estándares internacionales relevantes"²⁹⁷.

1. La explotación de hidrocarburos en territorio del pueblo U'wa

El caso de los U'wa y la empresa Occidental Petroleum es un excelente ejemplo de la complejidad del ejercicio del derecho a la consulta previa, de la protección que la Corte Constitucional ha otorgado a este derecho y de la importancia de acudir a instancias internacionales para generar espacios que permitan una mayor incidencia en la toma de decisiones sobre los megaproyectos. Amparados en el marco jurídico vigente en Colombia, los U'wa cuestionaron la licencia que otorgó el Gobierno a la Occidental Petroleum para realizar exploraciones en un área adyacente a los territorios U'wa (Resguardo Único), alegando que dicha licencia fue expedida sin el respeto del derecho fundamental a la consulta previa²⁹⁸. La empresa alegó que la consulta sí se llevó a cabo y que tuvo como resultado la firma por parte de los U'wa de un memorando que establecía las condiciones en que se podían realizar las actividades de exploración. Los U'wa negaron haber firmado dicho documento e indicaron que habían notificado tanto a la empresa como al Gobierno sobre la necesidad de información para presentar a los líderes U'wa una decisión final en nombre de su pueblo²⁹⁹.

El Defensor del pueblo instauró entonces una demanda formal de tutela en representación de los U'wa, que llegó hasta la Corte Constitucional. Simultáneamente, el Gobierno también instauró una acción de reparación ante el Consejo de Estado (autoridad máxima de la jurisdicción contencioso-administrativa en Colombia). La Corte Constitucional decidió que el derecho de los U'wa a la consulta previa había sido violado debido a que se había realizado un proceso de información a la comunidad, mas no de consulta, y ordenó al Gobierno que realizara la consulta a la comunidad U'wa.

²⁹² *Idem*.

²⁹³ Corte Constitucional, Sentencia T-880/06, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

²⁹⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-039/97, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

²⁹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-652/98, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

²⁹⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-383/03, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

²⁹⁷ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas en Colombia: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, Cit., párr. 41.

²⁹⁸ Lillian Aponte Miranda, *Los U'wa y la Occidental Petroleum: en busca de la rendición de cuentas de las empresas en las violaciones de los derechos indígenas a la tierra*, 31 Am. Indian L. Rev. 651, 658, 2007.

²⁹⁹ *Idem*.

Habida cuenta que el Consejo de Estado dejó sin efecto la decisión de la Corte Constitucional, por considerar que el interés nacional y el derecho del Estado a disponer de los recursos limita los derechos constitucionales de los pueblos indígenas a sus tierras y a la supervivencia cultural³⁰⁰, el caso fue llevado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ordenó medidas cautelares a favor de los miembros de la comunidad U'wa. A pesar de ser objeto de negociaciones internacionales³⁰¹ y de medidas cautelares de la CIDH, en la actualidad aún no existe respuesta coordinada por parte del Estado. Las instancias internacionales han recomendado realizar un proceso de consulta adecuado, bajo la supervisión del Gobierno colombiano, dotar a los U'wa de servicios jurídicos, implementar un programa para la prevención y solución de conflictos y la asistencia técnica para las evaluaciones de impacto ambiental y social³⁰².

Los órganos de control de la OIT han dado seguimiento a la situación del pueblo U'wa con relación al derecho a la consulta previa, los recursos naturales y los territorios³⁰³. Además, han cuestionado la actuación de las autoridades colombianas hasta la actualidad. Adicionalmente hay que tener en cuenta que a la denuncia internacional sobre la ejecución del proyecto se han sumado denuncias sobre militarización de la zona y asesinatos de líderes y miembros del pueblo U'wa³⁰⁴.

2. La construcción de una hidroeléctrica y su impacto en el pueblo Embera-Katío del Alto Sinú

El caso de la expedición, sin previa consulta, de la licencia ambiental que permitió la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá Ise, que afecta al pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, es otro ejemplo de la falta de implementación de este derecho. Desde 1998 la Corte Constitucional había declarado en este caso la violación del derecho fundamental a la consulta previa y le había ordenado al Estado adoptar una serie de medidas de reparación por los daños causados, como realizar consultas con la comunidad para poder continuar con la realización de la obra y suspender el llenado del embalse hasta que no se cumpliera con la consulta. Sin embargo, en 2010 continúan los cuestionamientos internacionales en torno a este caso y, además, se han denunciado las amenazas contra la vida y la integridad física de algunos de los exponentes de la posición de los indígenas así como la militarización del territorio en forma permanente desde el año 2007. Sumado a lo anterior, en 2008 se presentó el proyecto de construcción de un nuevo embalse sobre su territorio³⁰⁵.

3. La realización de un proyecto minero en territorio del pueblo indígena Embera

El pueblo Embera del Resguardo de Uradá Jiguamiandó se encuentra en riesgo inminente de desplazamiento forzado debido a la ejecución, sin consulta previa, del proyecto minero Mandé Norte; a la militarización de su territorio; a la amenaza permanente de conflicto armado y a la invasión y falta de respeto por parte de la fuerza pública de sus lugares sagrados³⁰⁶. En 2005 el

³⁰⁰ *Ibidem*, págs. 651 y 658.

³⁰¹ *Ibidem*.

³⁰² Theodor McDonald, James Anaya S. y Yadira Soto, *Observaciones y recomendaciones sobre el caso del Bloque Samoré*, Organización de los Estados Americanos/Universidad de Harvard, Proyecto en Colombia, 1997, págs. 16-18, disponible en: http://www.escri-net.org/usr_doc/Macdonald_Samore_eng.pdf.

³⁰³ En dos informes adoptados por el Consejo de Administración en 2001, relativos a unas reclamaciones presentadas con arreglo al artículo 24 de la Constitución de la OIT, en las cuales se alegaba la no observancia por parte de Colombia del Convenio N° 169, Doc. GB/282/14/3 y 282/14/4, y en los comentarios de la CEACR de 2001, 2003, 2004, 2006 y 2007.

³⁰⁴ CIDH, Ver Comunicado de Prensa 89/10 – CIDH condena asesinatos de líderes indígenas en Colombia, 1 de septiembre de 2010.

³⁰⁵ CEAR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169) Colombia (ratificación: 1991) Publicación: 2010.

³⁰⁶ *Ibidem*.

Gobierno otorgó una concesión para la exploración técnica y la explotación económica de una mina de cobre, oro y molibdeno en un área de aproximadamente 16.000 hectáreas, por un período de 30 años, prorrogables por otros 30. De ellas, 11.000 son territorio tradicional del resguardo indígena Embera de Uradá Jiguamiandó. En general, el proyecto afecta a más de 11 comunidades indígenas, a dos comunidades afrodescendientes y a un número indeterminado de comunidades campesinas. La consulta fue realizada por el Grupo de Trabajo sobre Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia y el procedimiento fue objeto de reclamos por parte de las autoridades indígenas y afrodescendientes debido a que el proceso de consulta fue desarrollado, concertado y protocolizado sin la participación de todas las comunidades directamente afectadas.

El caso llegó a la Corte Constitucional, que concluyó que se había violado el derecho fundamental a la consulta previa debido a que el proceso realizado “no tuvo en cuenta a todas las autoridades e instituciones representativas de las comunidades respectivas” y a que algunos de los participantes “no se encontraban debidamente acreditados ni autorizados”. En consecuencia, la Corte ordenó suspender las actividades de exploración y explotación relacionadas con la concesión Mandé Norte³⁰⁷.

En la mencionada sentencia la Corte afirmó que cuando se trata de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto en el territorio de afrodescendientes o indígenas, el Estado no debe solo consultar sino también obtener su consentimiento previo, libre e informado. Al respecto, tanto la empresa Muriel Mining como el Ministerio del Interior y de Justicia solicitaron a la Corte declarar la nulidad de la sentencia, porque en su criterio la Sala que decidió la tutela violó el debido proceso, al cambiar la jurisprudencia constitucional³⁰⁸ que ha establecido el deber del Estado de realizar la consulta previa más no el de obtener el consentimiento previo, libre e informado. Hasta la fecha de redacción de este informe, la Corte Constitucional no había tomado ninguna decisión sobre la petición de nulidad.

4. El impacto de la fumigación de cultivos ilícitos en territorios y pueblos indígenas

La fumigación de cultivos de uso ilícito también ha afectado de manera particular a los pueblos indígenas. La Corte Constitucional ordenó la suspensión de las fumigaciones aéreas de cultivos de uso ilícito mientras no se realice la consulta previa con los pueblos indígenas y se concierten formas de erradicación menos lesivas para su supervivencia y para su integridad cultural³⁰⁹. El Relator Especial anterior, Rodolfo Stavenhagen, recomendó no practicar fumigaciones aéreas en plantíos de cultivos ilícitos cercanos a poblados indígenas a menos que lo pida expresamente una comunidad indígena con conocimiento previo y completo de sus implicaciones³¹⁰. El Gobierno ha señalado que frente a estas recomendaciones, desde el año 2005 se viene consolidando el derecho a la consulta previa para la erradicación de cultivos ilícitos y ha proporcionado información detallada sobre las consultas realizadas a este respecto. Sin embargo, el Relator Especial ha recibido información que indica que en muchas ocasiones las erradicaciones de cultivos ilícitos y las fumigaciones con glifosato persisten, sin consultar previa y adecuadamente a las comunidades indígenas. Cabe agregar que las fumigaciones han generado, además, problemas de salud y crisis alimentaria³¹¹.

³⁰⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-769/09, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

³⁰⁸ El cambio de jurisprudencia constitucional corresponde a la Sala Plena de la Corte Constitucional y no a las salas de revisión de tutela.

³⁰⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-383/03, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

³¹⁰ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Colombia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., párr. 106.

³¹¹ Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas en Colombia: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, Cit., párr. 43.

CONCLUSIONES

Como se mencionó al comienzo de este capítulo, Colombia padece una situación paradójica en materia de derecho a la consulta previa. Si bien existe en este país una importante recepción del derecho internacional, una nueva Constitución Política que introdujo cambios sustanciales y un marco regulatorio de la consulta previa que incluye leyes, decretos y directivas presidenciales, estos, por su cantidad, diversidad, dispersión y falta de consenso generan inseguridad jurídica y evidencian la necesidad de una ley específica sobre consulta previa. Sin duda alguna, el mayor aporte sobre el contenido y los elementos de este derecho ha venido de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha emitido múltiples sentencias en las que ha declarado la inconstitucionalidad de leyes o la violación de derechos fundamentales debido a la falta de un proceso adecuado de consulta previa.

Adicionalmente, y debido al contexto general del país, la vigencia del derecho a la consulta previa en Colombia enfrenta otros serios y complicados obstáculos, entre los que se pueden mencionar: la violencia derivada del conflicto armado, las masacres y el desplazamiento forzado interno, las actividades ligadas al narcotráfico y la militarización de territorios de pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes sin consulta previa con sus miembros. Por lo anterior, y a pesar de los avances normativos y jurisprudenciales logrados, la plena vigencia del derecho a la consulta previa en Colombia sigue siendo una asignatura pendiente.

A este difícil contexto se agrega que el marco normativo y las reglas jurisprudenciales fijadas por la Corte Constitucional no han sido suficientemente asimilados por parte de las autoridades estatales encargadas de llevar a cabo los procesos de consulta previa, lo que determina que éstos sigan sin cumplir de manera adecuada con los estándares constitucionales e internacionales. Además, los espacios de diálogo no son suficientemente sólidos y aptos para resolver las tensiones y conflictos que surgen entre el Gobierno y las organizaciones de la sociedad civil que defienden los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes.

Colombia tiene entonces el gran desafío de asegurar el derecho a la consulta previa inmersa en la realidad de violencia y conflicto armado. En medio de esta situación, el Estado ha elaborado políticas y ha dado respuesta a las demandas y cuestionamientos formulados tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Sin embargo, ello no ha sido suficiente. El Estado tiene a su disposición instrumentos jurídicos e institucionales inmejorables para hacer realidad el derecho a la consulta previa y transformarlo en el eje conductor de su relación con los pueblos indígenas y afrodescendientes en el futuro. Para ello, debe poner en marcha un proceso legislativo consensuado para adoptar una ley de consulta previa, en un espacio verdaderamente intercultural y participativo.

CAPÍTULO III: Ecuador

INTRODUCCIÓN

Ecuador es un país cuya economía depende en gran medida de la extracción de petróleo. Según el Ministerio de Energía y Minas, para el 2005 las ventas de crudo generaban aproximadamente una cuarta parte del Producto Interno Bruto (PIB) del país. Los ingresos por petróleo constituyen cerca del 40% del presupuesto nacional³¹². Las reservas de petróleo se encuentran principalmente en la Región Amazónica³¹³, que ha sido dividida en “bloques”. En esta región se han otorgado concesiones a varias empresas transnacionales³¹⁴, entre ellas, la española Repsol-YPF, la brasileña Petrobras y la china CNPC. La producción de crudo del país bordea los 510,0 miles de barriles diarios, de los cuales 175,5 miles de barriles son extraídos por empresas privadas y el resto por las empresas públicas Petroecuador, Petroamazonas y la operadora Río Napo³¹⁵. Del total nacional de 9.505,4 miles de barriles de producción de petróleo exportado, las empresas públicas exportan 6.930,5 y las empresas privadas 2.574,9. Las empresas públicas juegan un rol fundamental en la exploración y explotación del petróleo y sus derivados en el país³¹⁶.

Si bien los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad de las tierras, la propiedad de los recursos del subsuelo se reserva al Estado, en concordancia con una práctica común en América del Sur³¹⁷. Esta “dicotomía del suelo” ha creado conflictos que en algunos casos aún no se han resuelto³¹⁸.

La Constitución Política de 1998 consagró varios derechos colectivos específicos de los pueblos y nacionalidades indígenas. En 2008 se aprobó una nueva Constitución que incorporó un capítulo específico sobre los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, en versiones más proteccionistas, y consagró específicamente el derecho a la consulta previa³¹⁹.

A pesar de ello existe en Ecuador un profundo malestar por la distancia entre la consagración constitucional y la realidad. El derecho a la consulta previa todavía no ha sido plasmado en la legislación secundaria correspondiente, ni en la institucionalidad estatal, ni en el presupuesto público, lo cual ha dificultado su plena implementación en la práctica³²⁰. Los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales se realizan sin consulta previa y sin haber obtenido el consentimiento de los afectados. Asimismo, se han aprobado leyes importantes que

³¹² CIDH, *Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Sarayaku v. Ecuador*, 26 de abril de 2010, en la que cita a la Empresa Petrolera de Ecuador (PETROECUADOR), Informe estadístico 1972-2006, disponible en: http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/specials/2006/energia/newsid_4702000/4702970.stm.

³¹³ Isabela Figueroa, *Pueblos indígenas contra empresas petroleras: control constitucional en medio de la resistencia*, disponible en: http://www.surjournal.org/eng/conteudos/artigos4/ing/artigo_figueroa.htm

³¹⁴ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Ecuador, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Doc. A/HRC/4/32/Add.2, 28 de diciembre de 2006, pág. 18.

³¹⁵ Banco Central del Ecuador: *Cifras del sector petrolero ecuatoriano*: Boletín No. 45-2010, actualizadas a noviembre de 2010, disponible en <http://www.bce.fin.ec/frame.php?CNT=ARB0000984>; Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Ecuador, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., párr. 24.

³¹⁶ Información sobre la empresa Petroecuador, disponible en: <http://www.eppetroecuador.ec/index.htm>; y Banco Central del Ecuador: *Cifras del sector petrolero ecuatoriano*: No. 45-2010, Cit.

³¹⁷ Isabela Figueroa, *Pueblos indígenas contra empresas petroleras: control constitucional en medio de la resistencia*, pág. 3, disponible en:

http://www.surjournal.org/eng/conteudos/artigos4/ing/artigo_figueroa.htm

³¹⁸ *Ibidem*, pág. 4.

³¹⁹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya, *Observaciones sobre los avances y desafíos en la implementación de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Doc. A/HRC/15/37/Add.7, 13 de septiembre de 2010.

³²⁰ CEACR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 1969) Ecuador* (ratificación: 1998) Publicación: 2010; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Consideraciones sobre los informes de los Estados Partes bajo el artículo 9 del Convenio*, Doc. CERD/C/ECU/CO/19, 15 de agosto de 2008, párrs. 10 y 16 (traducción no oficial).

afectan a los pueblos y nacionalidades sin la realización de la consulta prelegislativa y sin su participación adecuada en la discusión de aquellas³²¹.

Por otra parte, muchas de las actividades de extracción han ocasionado efectos negativos sobre la salud y el medio ambiente, debido a que se han realizado a expensas del derecho a la tierra y los derechos culturales de los pueblos indígenas afectados³²², y sin estudios de impacto ambiental —previos a la obtención de la licencia— sobre las tierras donde se planea iniciar una explotación³²³. Adicionalmente, un fallo reciente del Tribunal Constitucional ecuatoriano puso en tela de juicio la competencia del Poder Judicial para proteger el derecho a la consulta previa como un derecho colectivo³²⁴, al no aceptar los argumentos sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Minería, adoptada sin consulta previa con los pueblos indígenas.

El caso de la Comunidad Sarayaku ilustra la falta de vigencia de los derechos de los pueblos indígenas en Ecuador. El 26 de abril de 2010 la Comisión Interamericana demandó al Estado ecuatoriano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la violación, entre otros, de los derechos a la propiedad y a la consulta previa de la comunidad indígena Sarayaku³²⁵. Este caso le va a permitir al Alto Tribunal profundizar su jurisprudencia sobre el derecho a la consulta previa.

La falta de consulta a los pueblos indígenas en los procesos de adopción de normas trascendentales ha sido uno de los factores que han impedido un diálogo adecuado entre los principales representantes de los pueblos y el Estado, además de la falta de canales de comunicación eficaces³²⁶. Por ello, el Relator Especial de Naciones Unidas ha instado al Estado a que inicie procesos de consulta previos a la aprobación de leyes tales como la de minería, la de recursos hídricos, la de educación, el Código Orgánico de Organización Territorial de Autonomía y Descentralización y el Código Ambiental³²⁷, y a que tenga en cuenta las propuestas hechas por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) durante las mesas de diálogo, así como cualesquiera otras nuevas propuestas de reforma, con miras a llegar a acuerdos consensuados.

En el sentido de la falta de diálogo e inclusión que se ha mencionado, resulta emblemática la realización el 25 de junio de 2010 de la cumbre de los ocho presidentes de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA), uno de cuyos temas centrales fue la cuestión de la plurinacionalidad, en Otavalo, ciudad mayoritariamente kichwa, sin invitar a los dirigentes de las organizaciones indígenas más representativas del país. Esto ocasionó una marcha organizada por la CONAIE y Ecuarunari (la organización kichwa de la Sierra) que culminó con denuncias ante la fiscalía de la provincia de Imbabura e indagatorias de miembros de las organizaciones indígenas por sabotaje y terrorismo³²⁸.

³²¹ Ver infra lo sucedido con la Ley de Minería. El diálogo se ha truncado también en la discusión del Código Orgánico de Organización Territorial de Autonomía y Descentralización, de la Ley de Educación Intercultural Bilingüe, del Código Ambiental y de la Ley de Recursos Hídricos.

³²² Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Consideraciones sobre los Informes presentados por los Estados Partes bajo el artículo 9 de la Convención, Doc. CERD/C/ECU/CO/19, 15 de agosto de 2008, párrs. 10 y 16 (traducción no oficial); Ver: CIDH, *Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Sarayaku v. Ecuador*, 26 de abril de 2010, párr. 57.

³²³ *Ibidem*, párrs. 10 y 16.

³²⁴ Corte Constitucional, Casos No 0008-09-IN y 0011-09-IN, Sentencia No. 001-10-SIN-CC, 18 de marzo de 2010.

³²⁵ Ver: CIDH, *Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Sarayaku v. Ecuador*, 26 de abril de 2010.

³²⁶ *Observaciones sobre los avances y desafíos en la implementación de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Cit., párr. 25.

³²⁷ *Observaciones sobre los avances y desafíos en la implementación de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Cit., párr. 34.

³²⁸ Raúl Zibechi, *Bolivia y Ecuador. El Estado contra los pueblos indios*, 19 de julio de 2010, disponible en: <http://www.servindi.org/actualidad/28959>

A. Antecedentes históricos

Ecuador es un país multiétnico y multicultural con alrededor de catorce millones de habitantes. En términos étnicos, se habla de población mestiza, afroecuatoriana, blanca e indígena. Aunque se reconocen oficialmente catorce nacionalidades dentro de la población indígena, de las que la kichwa es la mayoritaria, no existe una cifra exacta que refleje su porcentaje respecto del total de la población; no obstante, puede decirse que oscila entre el 10% y el 30% de la población total³²⁹. En nueve de las 22 provincias del Ecuador, los indígenas constituyen o la mayoría o una minoría significativa de la población, mientras que alrededor del 12% de la población indígena ya vive en los cantones altamente urbanizados de Quito y Guayaquil; en el censo de 2001, Ecuador indica que la población indígena del país no llega al 8% (6.83%)³³⁰.

B. Participación política indígena

La evolución de los derechos de los pueblos indígenas en Ecuador ha sido posible gracias al esfuerzo organizativo y político de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE). La CONAIE se constituyó en 1986 como producto de un largo proceso de articulación de comunidades, centros, federaciones y confederaciones de pueblos indígenas del país³³¹. Uno de los principales objetivos de la CONAIE es defender y avanzar con el desarrollo geopolítico de las nacionalidades y pueblos y con las circunscripciones territoriales³³². El Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik es el brazo político partidista de la CONAIE. Aunque ha tenido un éxito electoral relativo en los últimos años, Pachakutik y CONAIE se consideran organizaciones de gran alcance para la promoción de los derechos de los pueblos indígenas. Esta organización contribuyó a impulsar la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en 1989³³³.

Actualmente en Ecuador el conflicto político fundamental se ha trasladado del escenario de los partidos políticos al escenario social. La oposición está liderada por los movimientos sociales, particularmente el indígena, que recogen ciertas aspiraciones del pueblo ecuatoriano como las reformas del modelo económico, la afirmación de los derechos ciudadanos y una mayor democracia participativa, todas ellas contenidas en la nueva Constitución. Asimismo, es muy significativo el enfrentamiento entre los pueblos indígenas y el Gobierno por acciones estatales que los afectan, como la aprobación de una ley de aguas o el otorgamiento de concesiones a empresas mineras, lo que ha provocado numerosas movilizaciones, paros, bloqueos y levantamientos³³⁴.

C. Derechos sobre las tierras y los territorios

El movimiento indígena de Ecuador logró que se iniciara un proceso de devolución de los territorios ancestrales a los pueblos amazónicos y costeños respecto de cuatro millones de hectáreas aproximadamente y el reconocimiento constitucional del derecho a conservar la propiedad de las tierras comunitarias, caracterizadas como inalienables, imprescriptibles, inembargables, inenajenables y exentas de tasas e impuestos³³⁵. La Constitución también

³²⁹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Ecuador, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., pág. 5.

³³⁰ Disponible en: www.inec.gov.ec

³³¹ Miguel Iniguez, *Estableciendo inclinaciones insurreccionales entre los pueblos indígenas de Ecuador*, 2001, pág. 44, disponible en: <http://www.stormingmedia.us/13/1374/A137404.html>

³³² Proyecto Político de la CONAIE, pág. 12, disponible en: <http://conaie.nativeweb.org/brochure.html>

³³³ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., pág. 15.

³³⁴ Raúl Zibechi, *Bolivia y Ecuador. El Estado contra los pueblos indios*, 19 de julio de 2010, disponible en: <http://www.servindi.org/actualidad/28959>

³³⁵ *Ibidem*, artículo 57.4.

establece el derecho de los pueblos indígenas a participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. El artículo 408 constitucional proclama que “son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo”. Este derecho de propiedad del Estado sobre los recursos no superficiales no puede leerse en forma aislada, sino que debe tenerse en cuenta también el artículo 57 constitucional, que establece el derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a la consulta previa.

La nueva Constitución incluye una disposición relativa a las comunidades que viven en aislamiento voluntario. El inciso segundo del apartado 21 del artículo 57 expresa sobre ellas lo siguiente:

Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelarse la observancia de sus derechos.

La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley.

Además del reconocimiento constitucional, algunas normas legales se refieren al territorio ancestral de los pueblos indígenas y propenden por su protección y por el fomento de las formas propias de producción comunitaria³³⁶. El Instituto Nacional de Desarrollo Agrario (INDA) se encarga de la delimitación de estos territorios. El 28 de mayo de 2010 el Presidente de la República firmó el Decreto 373 que establece que las competencias del INDA pasan a la Subsecretaría de Tierras y Reforma Agraria; de esta manera se unificó el proceso de titulación de la tierra. El Relator de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas ha reconocido el progreso logrado en Ecuador, al señalar que la titulación de las tierras indígenas de propiedad colectiva ha permitido abrir un proceso de negociación sobre el manejo de los recursos naturales que albergan dichas tierras. Sin embargo, ha solicitado al Estado mayor información sobre la implementación práctica de las reformas incorporadas en 2008 en la nueva Constitución y ha dado seguimiento internacional a casos emblemáticos.

El Estado aprobó, sin consulta previa, la Ley de Minería de 2009, que en su artículo 28 consagró de una forma tan amplia la libertad de prospección para buscar sustancias minerales, que causó un profundo temor de dejar trunco los derechos de propiedad comunitaria sobre los territorios indígenas. Como se verá luego, el Tribunal Constitucional declaró que esta ley no era aplicable en las tierras de los pueblos indígenas, a pesar de que a partir del confuso texto se podían generar malentendidos.

D. Reestructuración institucional

En cuanto a medidas de reestructuración orgánica, el 13 de febrero de 2007 el Presidente emitió un decreto mediante el cual creó la Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana y estableció la Corporación para el Desarrollo Afroecuatoriano (CODAE), el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE) y el Consejo de Desarrollo del pueblo Montubio de la Costa Ecuatoriana y la Zonas Subtropicales de la Región

³³⁶ Ver: CIDH, *Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Sarayaku v. Ecuador*, 26 de abril de 2010, párr. 110, en el que cita la Ley de Desarrollo Agrario, Codificación 2004-02, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No 315, 16 de abril de 2004; la Ley de Organización y Régimen de las Comunas, Codificación 2004-04, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 315; la Ley de Gestión Ambiental, Codificación 004-019, publicada en el Registro Oficial 418, 10 de septiembre de 2004 y la Ley de Tierras Baldías y Colonización, Codificación 2004-03, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 315, 16 de abril de 2004.

Litoral (CODEPMOC)³³⁷. Con la creación del CODENPE se extingue el Programa para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Negros del Ecuador (PRODEPINE). Sin embargo, todavía no se han podido evaluar internacionalmente estos cambios³³⁸ y el resultado de la transferencia orgánica de competencias que se ocasiona con ello.

Por otro lado, el Gobierno retomó el control de la Dirección Nacional de Educación Intercultural Bilingüe (DINEIB), que desde su creación estuvo bajo la administración de la CONAIE. De esta manera, varias instituciones que fueron conformadas como resultado de la lucha política del movimiento indígena histórico y que venían siendo gestionadas desde CONAIE, han quedado fuera de su ámbito de decisión y gestión.

E. El ordenamiento jurídico ecuatoriano sobre el derecho a la consulta previa

1. Incorporación del derecho internacional al derecho interno

En 1998 el Ecuador ratificó el Convenio N° 169 de la OIT. Los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Ecuador prevalecen sobre la legislación nacional y las normas internas. Aunque no se equiparan a la Constitución, los derechos reconocidos en ellos “serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”³³⁹. Ecuador votó a favor de la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en la Asamblea General, en septiembre de 2007.

El inciso segundo del artículo 424 de la Constitución Política establece que “los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.

2. El derecho a la consulta previa en la Constitución Política ecuatoriana

En 1998 la Constitución configuró el Estado como una entidad pluricultural y multiétnica³⁴⁰, consagró una serie de derechos colectivos de los pueblos indígenas³⁴¹ y estableció diversos órganos políticos y administrativos para facilitar la aplicación de estos derechos³⁴². Asimismo, consagró en el artículo 84.5 el derecho de los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos a “ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen”³⁴³.

La Constitución de 2008 estableció, en su artículo 1, que Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, intercultural, plurinacional y laico e incorpora de forma específica en su artículo 57.17, entre otros, el derecho a la consulta previa también en materia legislativa. La

³³⁷ CEACR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Ecuador* (ratificación: 1998) Publicación: 2010.

³³⁸ *Idem*.

³³⁹ OIT, *La aplicación del Convenio Núm. 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina*, Cit., pág. 10; Constitución Política del Ecuador, artículos 10 y 11.

³⁴⁰ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, Doc. A/HRC/4/32/Add.2, diciembre 28 de 2006, párr. 10.

³⁴¹ Constitución Política, artículos 83 y 84.

³⁴² *Idem*.

³⁴³ Constitución Política, artículo 84.5.

nueva Constitución, ahora en su artículo 57, establece que los derechos colectivos se reconocen y se garantizan a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas de conformidad con la Constitución y los tratados, convenios, declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos. De esta manera, la Constitución extendió a los pueblos indígenas y afroecuatorianos y al pueblo montubio el derecho a ser consultados sobre los planes relacionados con los programas de exploración y explotación de recursos no renovables que se encuentran en sus tierras y que puedan ir en detrimento del medio ambiente o de su cultura³⁴⁴. Ahora, en el apartado 7 del artículo 57, la Constitución establece en favor de dichas comunidades el derecho colectivo anteriormente consagrado en el artículo 84.5, agregando que “[l]a consulta [debe ser] previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable”. El artículo 57 establece, además, que “[l]a consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley”. Esta última disposición ha generado incertidumbre sobre la forma en que debe proceder el Estado y sobre los requisitos de las decisiones que adopte cuando no cuente con el consentimiento de las comunidades afectadas.

El apartado 17 del mismo artículo 57 se refiere a la consulta prelegislativa, cuando consagra el derecho de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a “ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos”. Con base en esta norma, si se aprobara una ley que los pudiera afectar sin haberse realizado previamente el procedimiento de consulta, dicha norma sería inconstitucional.

Por otra parte, el artículo 398 de la Constitución establece en su sección sobre naturaleza y medio ambiente el deber de consultar en general con la comunidad:

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

Este último artículo corresponde a la consulta con la comunidad en general y no tiene en cuenta las especiales características del derecho a la consulta previa como derecho colectivo de los pueblos indígenas³⁴⁵. Además, deja al Estado en una situación extrema de poder sobre las decisiones adoptadas por la comunidad consultada y no concede peso a la oposición expresada por la comunidad afectada, ya que exige simplemente que si el Estado desea continuar tiene que hacerlo por decisión motivada. Adicionalmente, no contempla la necesidad de realizar un estudio previo de impacto social y ambiental.

3. La legislación sobre consulta previa

A pesar de la necesidad expresada por las organizaciones que representan a los pueblos indígenas y por los organismos internacionales que vigilan la observancia de las obligaciones internacionales del Ecuador, todavía no se ha legislado sobre el proceso de consulta. Si bien se han aprobado leyes y decretos ejecutivos para avanzar en la realización de los derechos

³⁴⁴ Ver: Jaime Vintimilla. “La consulta previa en Ecuador: Un derecho colectivo justiciable o una mera formalidad administrativa?”, en *AportesDPLF*, Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal, Número 14, año 3, septiembre de 2010, pág. 21.

³⁴⁵ *Idem*, pág. 22.

constitucionales³⁴⁶, el tratamiento del derecho a la consulta previa es disperso y no ha estado exento de críticas³⁴⁷. Una de las situaciones más contradictorias está referida a la falta de consulta durante el proceso legislativo que incorporó los requisitos de la consulta previa en la Ley de Minería, aprobada el 29 de enero de 2009, sin previa consulta con los pueblos indígenas. El artículo 90 de la Ley de Minería prevé un procedimiento especial para los pueblos indígenas, que debe partir “del principio de legitimidad y representatividad, a través de sus instituciones”, y remite al artículo 398 de la Constitución, el cual -como se vio anteriormente- no trata de derechos colectivos de los pueblos sino de los derechos medioambientales de la población en general³⁴⁸.

Las críticas a la ley también se refieren a que el procedimiento de consulta queda en manos del Estado, “a través de las instituciones públicas que correspondan de acuerdo a los principios constitucionales y a la normativa vigente”, y a que si la consulta resulta en “una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de desarrollar el proyecto será adoptada por resolución motivada del Ministerio Sectorial”³⁴⁹. Además, el artículo 90 de la Ley de Minería tampoco asegura los requisitos mínimos para un procedimiento de consulta previa.

F. El derecho a la consulta previa según la Corte Constitucional

El Tribunal Constitucional (hoy Corte Constitucional), antes de que fuera aprobada la nueva constitución tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre casos emblemáticos de violaciones del derecho a la consulta previa en concesiones petroleras³⁵⁰ y mineras³⁵¹, y con base en el Convenio N° 169 de la OIT adoptó en sus decisiones una posición proteccionista. Sin embargo, en marzo de 2010, después de que la nueva Constitución entrara en vigencia, la Corte Constitucional emitió una sentencia sobre el derecho a la consulta prelegislativa que ha generado preocupación y sorpresa, por las contradicciones de su texto y por las figuras jurídicas utilizadas.

Al respecto, en primer lugar se debe señalar que la Corte Constitucional no aceptó los argumentos sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Minería, adoptada sin consulta previa con los pueblos indígenas. Sin embargo, en contradicción con esta decisión, critica que la consulta no se haya realizado y afirma que es un requisito necesario para legislar en la materia. En segundo lugar, la Corte valida las prácticas del Estado de suministrar información a la población mediante oficios, como si constituyeran un verdadero proceso de consulta, aunque reconoce que no se deben equiparar a la consulta. En tercer lugar, la Corte justifica el rechazo de la petición de inconstitucionalidad en que no existe una ley previa que regule la consulta, y señala que “ante la ausencia de un cuerpo normativo que regule los parámetros de la consulta prelegislativa, el proceso de información y participación implementado previo a la expedición de la Ley de Minería se ha desarrollado en aplicación directa de la Constitución”³⁵². En cuarto lugar, pareciera estar consciente de sus contradicciones, al declarar la validez condicionada de la norma impugnada. En aplicación del principio de conservación del derecho, la Corte mantiene la

³⁴⁶ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, Cit., párr. 11.

³⁴⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Consideraciones sobre los informes remitidos por los Estados Partes bajo el artículo 9 del Convenio, Doc. CERD/C/ECU/CO/19, 15 de agosto de 2008, párrs. 10 y 16 (traducción no oficial).

³⁴⁸ Jaime Vintimilla. “La consulta previa en Ecuador”, Cit., pág. 23; y Amicus curiae presentado por *Environment Defender Law Center* (EDLC) ante la Corte Constitucional del Ecuador en las acciones públicas de inconstitucionalidad Nos. 0008-09-IN y 0011-09-IN.

³⁴⁹ Ley de Minería, artículo 87.

³⁵⁰ Caso: No. 994-99-RA, Federación Independiente del pueblo Shuar del Ecuador v. Compañía ARCO Oriente Inc., sentencia de 16 de marzo de 2000.

³⁵¹ Caso: No. 170-2002-RA, Claudio Mueckay Arcos v. Dirección Regional de Minería de Pichincha: Director Regional, sentencia de 13 de agosto de 2002.

³⁵² Corte Constitucional, Casos No 0008-09-IN y 0011-09-IN, Sentencia No. 001-10-SIN-CC, 18 de marzo de 2010.

vigencia de los artículos impugnados de la Ley de Minería y declara la constitucionalidad condicionada de aquellos que atentan contra derechos constitucionales, siempre y cuando “no se apliquen respecto de los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias” en casos futuros.

Finalmente, la propia sentencia reconoce que la decisión de no proteger constitucionalmente el derecho a la consulta legislativa se toma “en aras de afirmar la seguridad jurídica y en especial la gobernabilidad del Estado, evitando, de esa manera, sustituir al constituyente o al legislador”³⁵³. Sin embargo, en la sentencia, la Corte da contenido a un derecho que reclama una ley consensuada que lo regule. Los requisitos para una consulta prelegislativa adecuada, según la Corte Constitucional, son solo algunos de los elementos desarrollados por la OIT³⁵⁴.

G. Conflictos emblemáticos entre empresas, Estado y pueblos indígenas

1. En el ámbito de la minería

a. Explotación de oro en territorio del pueblo Shuar

Se debe resaltar que en las provincias de Morona Santiago y Zamora Chinchipe, en el sudeste de Ecuador, se realizan proyectos de exploración y explotación de oro y cobre a gran escala por parte de empresas canadienses. Estos proyectos tienen lugar en territorio del pueblo indígena Shuar, en la Cordillera del Cóndor. Esta región ha llamado la atención de biólogos y ambientalistas por sus características geológicas y la particularidad de su vegetación.

La Cordillera del Cóndor es un tramo del límite internacional entre Perú y Ecuador, que fuera objeto, en 1997, del Tratado de Fronteras. Algunos extremos del Tratado podrían afectar a la parte indígena, sobre todo el parágrafo “i” del artículo 11, que señala: “Las Partes (Perú y Ecuador) darán prioridad a las siguientes líneas de acción: (...) Aprovechar de manera coordinada los recursos mineros que se encuentran en las zonas fronterizas de los territorios de ambos países conforme al marco jurídico que establezcan las Partes a través de un Convenio sobre Integración y Complementación Minera”³⁵⁵.

El 18 de abril de 2008 la Asamblea Nacional Constituyente emitió el Mandato Minero, según el cual y en vista de las diversas irregularidades cometidas con las concesiones mineras en Ecuador, se revocaban las concesiones a las empresas que no hubieran iniciado sus inversiones a diciembre de 2007 o que no hubieran presentado el informe de impacto ambiental en el plazo establecido. También dejaba sin efecto las concesiones en áreas naturales protegidas, en bosques protegidos, así como las operaciones que amenazaran los recursos acuíferos. Además, estableció un límite de tres concesiones por concesionario y dejó sin efecto aquellas que fueron otorgadas a individuos, sus cónyuges, compañías y filiales. Por otro lado, declaró la moratoria en todas las actividades mineras en el país mientras no se apruebe una nueva ley de minería³⁵⁶.

Sin embargo, el Ministerio de Minas y Petróleo³⁵⁷ evitó que se revocaran diversas concesiones —que siguen vigentes— y que las compañías mineras se vieran afectadas, lo cual provocó

³⁵³ *Ibidem*, pág. 48.

³⁵⁴ *Ibidem*, pág. 55.

³⁵⁵ IWGIA (International Work Group for Indigenous Affairs), *Crónica de un engaño. Los intentos de enajenación del territorio fronterizo Awajún en la Cordillera del Cóndor a favor de la minería*, Editorial Alejandro Parellada, febrero de 2009, pág. 47;

³⁵⁶ Asamblea Constituyente, Mandato Minero, Montecristi, 18 de abril de 2008, citado por Gloria Chicaiza, *El enclave minero de la Cordillera del Cóndor, Ecuador, marzo de 2010*, versión en español disponible en: <http://www.accionecologica.org/mineria/el-enclave-minero-de-la-cordillera-del-condor>

³⁵⁷ Ministerio de Minas y Petróleo, Acuerdo Ministerial No. 172.

intensas movilizaciones sociales. En 2008 el Gobierno ordenó la nacionalización de numerosas concesiones mineras en aquellos casos en que hubieran sido usadas con propósitos especulativos³⁵⁸. Un total de 2.6 millones de hectáreas fueron revertidas al Estado, de las cuales un 45% habían sido controladas por el escaso número de 25 individuos³⁵⁹.

La explotación minera en la Cordillera del Cóndor tendrá consecuencias graves y producirá contaminación y uso de agua y energía en gran cantidad. El pueblo Shuar lleva 20 años de resistencia a la explotación minera mientras el Gobierno del presidente Rafael Correa insiste en el desarrollo de la explotación minera en el país. Se han denunciado actos de represión en contra de quienes se oponen a la explotación minera a cielo abierto³⁶⁰.

b. Explotación de cobre en territorio de las comunidades de Junín

Por otra parte, en la reserva ecológica Cotacachi-Cayapas, en la Cordillera de Toisán, donde se ubican las comunidades de Junín, desde 1991 la empresa Bishimetals, subsidiaria de la empresa Mitsubishi, empezó la construcción de una mina de cobre a cielo abierto, sin un estudio de impacto ambiental previo a la exploración y sin consultar a los campesinos e indígenas ni informarles sobre los impactos y riesgos de la actividad minera sobre su modo de vida. El proyecto prosiguió a pesar de que el estudio de impacto ambiental realizado en 1996 por la *Metal Mining Agency of Japan* (Agencia de Minería Metálica de Japón) y la *Japan International Cooperation Agency* (Agencia Japonesa de Cooperación Internacional) preveía³⁶¹: i) deforestación masiva, ii) relocalización de 100 familias indígenas, iii) afectación de 4.500 hectáreas de bosque, iv) afectación de diques de cola para la retención del agua iv) ingreso a la zona de aproximadamente 5.000 trabajadores. El estudio da cuenta de impactos no solo en la reserva ecológica Cotacachi-Cayapas sino también en sitios arqueológicos de culturas preincaicas. En 1997 las comunidades rechazaron la presencia de Bishimetals en la zona. En 2004 la empresa canadiense Ascendant Copper Corporation, que había adquirido las concesiones, inició operaciones en la zona sin consultar con las comunidades, lo cual ha causado intensos conflictos y fuertes reacciones de las comunidades, como la destrucción del campamento minero por parte de 300 indígenas, de 15 comunidades. En 2007 el Ministerio de Minas e Hidrocarburos ordenó la suspensión de las actividades de la mina y en 2008 la empresa canadiense perdió las concesiones como consecuencia de la implementación del Mandato Minero. Sin embargo, en junio de 2010 el Gobierno indicó que "en los próximos tres años entrarán en producción siete mega proyectos estratégicos en el sector de la minería, orientados a la explotación del cobre", en los que se incluye la explotación de cobre en el yacimiento Junín, así como en la Cordillera del Cóndor³⁶².

2. En el ámbito de las actividades hidrocarburíferas

a. Explotación de petróleo en territorio del pueblo Shuar

Uno de los conflictos sobre la "dicotomía del suelo" tuvo lugar en 1998 con las concesiones otorgadas a la Atlantic Richfield Company (ARCO), en el Lote 24. El pueblo Shuar de la Federación Independiente del pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE) vive en esta área. El contrato entre el Gobierno y la ARCO se firmó sin conocimiento de la FIPSE. Una vez descubierta esta concesión, esta organización realizó una asamblea y decidió no permitir "ninguna negociación

³⁵⁸ Gloria Chicaiza, *El enclave minero de la Cordillera del Cóndor*, Cit., págs. 25 y 26.

³⁵⁹ *Idem*.

³⁶⁰ *Idem*.

³⁶¹ *Correa busca reabrir proyecto minero impopular en Junín*: disponible: <http://upsidedownworld.org/main/en-espatopmenu-81/2523-ecuador-correa-busca-reabrir-proyecto-minero-impopular-en-junin>

³⁶² *Hay cobre como para exportar en grande*: artículo publicado en: <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/ecuador-un-potencial-exportador-de-cobre-425478.html>

individual entre la empresa y las comunidades, sin la autorización de la asamblea, dado que la asamblea es la máxima autoridad de las comunidades³⁶³. Esta declaración de la FIPSE obligó a la petrolera a negociar a través de la organización, requisito con el que la empresa petrolera no estaba de acuerdo.

ARCO ignoró el reclamo de la FIPSE e intentó varias negociaciones con grupos pequeños y familias y ofreció “regalos” de agua potable y centros de salud. La FIPSE, en respuesta, y con base en la Constitución de 1998 y en el recientemente ratificado Convenio N° 169 de la OIT, presentó un recurso constitucional para protegerse jurídicamente frente a la ARCO, en el que argumenta que la empresa violó disposiciones del artículo 84 de la Constitución de 1998, al realizar negociaciones individuales con los miembros de la comunidad Shuar, lo cual atenta contra la unidad de la comunidad. El juez provincial otorgó un recurso judicial contra las prácticas de ARCO. La decisión del juez provincial fue considerada histórica y posteriormente fue respaldada por el Tribunal Constitucional del Ecuador, en abril de 2000³⁶⁴. Sin embargo, ARCO hizo caso omiso de la sentencia del Tribunal Constitucional y continuó sus prácticas. Posteriormente, la FIPSE recurrió a la OIT y presentó una demanda contra Ecuador por violación del Convenio N° 169. La OIT emitió entonces una serie de recomendaciones para que Ecuador garantizara la protección de los derechos de la FIPSE³⁶⁵.

La decisión del Tribunal Constitucional y las recomendaciones de la OIT se consideran victorias para los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Desafortunadamente, es solo una victoria jurídica y no fáctica. La empresa ARCO vendió su participación a la empresa Burlington. A pesar de que las sentencias judiciales son extensivas a Burlington, la FIPSE continúa su lucha por los derechos sobre sus tierras ya que el contrato entre Ecuador y Burlington sigue vigente³⁶⁶.

b. Explotación de petróleo en territorio del pueblo Sarayaku

Otro ejemplo de las tensiones que existen entre el Estado, las compañías petroleras y los pueblos indígenas es el caso del pueblo Sarayaku. En 1992, las tierras de este pueblo fueron reconocidas por el Estado. Sin embargo, y a pesar de este reconocimiento, cuatro años después el Gobierno otorgó concesiones a una compañía petrolera de Argentina para explotar estas tierras³⁶⁷. Debido a retrasos causados por las ventas y las compras entre compañías, la petrolera, hasta el año 2002 no participó en las negociaciones con el pueblo Sarayaku³⁶⁸. Para entonces, la Constitución de 1998 se había adoptado, el Convenio N° 169 de la OIT había sido ratificado y la disputa entre la FIPSE y ARCO era bien conocida en el país. A pesar de todo, la empresa petrolera utilizó las mismas tácticas empleadas por ARCO y ofreció dinero y pequeños proyectos de desarrollo con el fin de obtener el consentimiento del pueblo Sarayaku³⁶⁹. Este pueblo siguió la misma estrategia de la FIPSE y solicitó un recurso para las negociaciones individuales.

Líderes, abogados y miembros de la comunidad sufrieron amenazas graves contra la vida y la integridad física. Además, la comunidad soportó la ocupación militar de la zona, la colocación de

³⁶³ *Ibidem*.

³⁶⁴ *Ibidem*; Caso 994-99-RA, Federación Independiente del pueblo Shuar del Ecuador v. Compañía ARCO Oriente Inc., Sentencia de 16 de marzo de 2000.

³⁶⁵ Isabela Figueroa, *Pueblos indígenas contra empresas petroleras: control constitucional en medio de la resistencia*, Cit., pág. 5, en DPLF/IDL/Seattle University School of Law, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*, Cit.

³⁶⁶ *Ibidem*, pág. 6.

³⁶⁷ DPLF/IDL/Seattle University School of Law, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*, Cit.; Ver: CIDH, *Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Sarayaku v. Ecuador ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 26 de abril de 2010.

³⁶⁸ *Ibidem*.

³⁶⁹ *Ibidem*.

explosivos por parte de la compañía para continuar sus proyectos, el desplazamiento forzado y la alteración de su tejido social y cultural. El pueblo Sarayaku presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que argumentó, entre otras cosas, que el contrato entre Ecuador y la compañía petrolera se firmó sin la consulta ni el consentimiento previo del pueblo Sarayaku, en violación del Convenio N° 169 de la OIT³⁷⁰. Durante el trámite del caso, los miembros del pueblo Sarayaku han sido beneficiarios de medidas cautelares ordenadas por la CIDH. Dado que el Estado no adoptó las medidas de protección recomendadas por la Comisión, el asunto se remitió a la Corte Interamericana, que ordenó al Estado adoptar medidas provisionales para proteger a los miembros de la comunidad Sarayaku³⁷¹. Se han llevado a cabo audiencias públicas tanto ante la Comisión, en el marco del caso contencioso, como ante la Corte, en el marco de las medidas provisionales. Los representantes del Estado propusieron un acuerdo con la comunidad Sarayaku, que rechazó la propuesta, en espera de la decisión de fondo de la Comisión³⁷². En 2009, el Ministerio de Minas y Petróleos había emitido una resolución en la que dispuso “reiniciar las operaciones determinadas en los Contratos de Participación para la Explotación y Exploración de Hidrocarburos de los Bloques 23 y 24 de la Región Amazónica ecuatoriana”, lo que interfirió nuevamente en las relaciones entre el Estado y la comunidad. Recientemente, la CIDH, en el marco del trámite del caso contencioso, presentó la demanda contra Ecuador ante la Corte Interamericana, la cual se encuentra pendiente de decisión³⁷³. A su vez, el Comité de Expertos de la OIT y el Relator de Naciones Unidas reiteraron al Estado la solicitud de que intensifique sus esfuerzos para solucionar este caso³⁷⁴.

c. Explotación de petróleo en territorio de los pueblos indígenas aislados Tagaeri y Taromenane

Por último, los integrantes de los pueblos indígenas aislados Tagaeri y Taromenane se encuentran particularmente amenazados, principalmente por actividades extractivas petroleras y por la deforestación ilegal causada por terceros dentro de su territorio tradicional, que es reserva mundial de biósfera desde 1989. Debido a la muerte de indígenas, en el contexto de la tala ilegal de madera, la Comisión Interamericana, en 2006, otorgó a favor de aquellos medidas cautelares de protección e instó al Gobierno a proteger los territorios de los Tagaeri-Taromenane y a impedir el ingreso de terceros a sus tierras tradicionales. El Relator Especial destacó que en 2007 el Gobierno estableciera los límites de la denominada Zona Intangible Tagaeri-Taromenane, dentro del Parque Nacional Yasuní, declarado en 1989 por la UNESCO como Reserva Mundial de Biósfera. Sin embargo, expresó su preocupación porque la Zona Intangible demarcada no cubre la totalidad del territorio utilizado por los pueblos indígenas aislados y porque sus miembros se encuentran en zonas fuera de las fronteras de la Zona Intangible y dentro de los límites de un campo petrolero denominado Campo Armadillo³⁷⁵.

El Relator Especial resaltó que el Estado ha informado que el 14 de agosto de 2009 el Ministerio de Ambiente había solicitado al Ministerio de Minas y Petróleos que detuviese la actividad en los

³⁷⁰ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, Cit., pág. 19.

³⁷¹ *Ibidem*, pág. 20.

³⁷² *Ibidem*, pág. 21.

³⁷³ CIDH, *Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Sarayaku v. Ecuador*, 26 de abril de 2010.

³⁷⁴ CEACR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Ecuador* (ratificación: 1998) Publicación: 2010; e Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya. *Observaciones sobre los avances y desafíos en la implementación de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Cit., párrs. 44 y 45.

³⁷⁵ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya. *Observaciones sobre los avances y desafíos en la implementación de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Cit., párr. 47.

³⁷⁶ *Ibidem*, párr. 50.

campos petroleros en la zona, incluidos los pozos Hormiguero Norte y Sur. Sin embargo, el Relator Especial expresó su preocupación porque tanto el Ministerio de Minas y Petróleos como el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables han expresado públicamente su posición de no paralizar las actividades extractivas .

CONCLUSIONES

En 2008 se aprobó en Ecuador una nueva Constitución Política que reconoció el derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, incluido el derecho a la consulta prelegislativa. A pesar de ello, existe en Ecuador un profundo malestar por la distancia entre el texto constitucional y la realidad.

El derecho a la consulta previa aún no ha sido plasmado en la legislación secundaria correspondiente, ni en la institucionalidad estatal, ni en el presupuesto público, lo cual ha dificultado su plena implementación en la práctica. Los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales se realizan sin consulta previa y sin haber obtenido el consentimiento de los afectados. Asimismo, se han aprobado leyes importantes que afectan a los pueblos y nacionalidades sin su participación en la discusión de aquellas.

Ecuador y la sociedad civil ecuatoriana han buscado la construcción de un Estado plurinacional a través de reformas estatales y de una nueva Constitución, que fijan un marco para cambiar la situación de exclusión social y pobreza en que se encuentran las nacionalidades y los pueblos indígenas ecuatorianos. Sin embargo, la explotación de los recursos naturales sin la previa consulta a los pueblos afectados y la realización de proyectos altamente contaminantes han dejado de lado la plurinacionalidad real para dar paso a un modelo de desarrollo económico que no siempre está en armonía con el medio ambiente y con los derechos territoriales y de propiedad comunitaria de los pueblos indígenas. El enfriamiento del diálogo entre los representantes de las nacionalidades y pueblos indígenas y el Gobierno sobre temas tan sensibles como la ley de aguas y minería evidencia una conflictividad social latente, en el marco de la lucha por buscar detener la destrucción de las tierras indígenas en nombre del progreso económico, dado que no existe aún una ley integral que regule la consulta previa y faltan autoridades nacionales preparadas adecuadamente para aplicar las normas internacionales que protegen este derecho.

CAPÍTULO IV: Perú

INTRODUCCIÓN

Aunque en el Perú el Convenio N° 169 de la OIT se encuentra vigente desde 1995 y existe jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el contenido del derecho a la consulta previa así como iniciativas legislativas y recomendaciones e informes de institucionales estatales y no gubernamentales³⁷⁷, los avances concretos para adecuar la realidad y la normativa interna a los estándares internacionales han sido mínimos³⁷⁸. Como se describirá más adelante, la normativa peruana que directa o indirectamente ha abordado el tema del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas es dispersa, inadecuada e insuficiente³⁷⁹.

La población indígena del Perú, conocida como comunidades campesinas, comunidades nativas y pueblos indígenas aislados³⁸⁰, se encuentra en situación de pobreza y analfabetismo y tiene necesidades básicas insatisfechas, lo que se suma a la falta de reconocimiento legal y demarcación de muchos de sus territorios³⁸¹.

Durante los últimos años, en el Perú se ha venido promoviendo la inversión privada para el desarrollo de actividades extractivas de recursos naturales en zonas andinas y amazónicas donde habitan los pueblos indígenas³⁸², sin consultar previamente con las comunidades afectadas. El riesgo de los pueblos indígenas de la Amazonía peruana se ha agudizado en los últimos años debido a la implementación de una política agresiva de entrega de concesiones de hidrocarburos (conocida como “shock de las inversiones”). La extensión de territorio amazónico con lotes de hidrocarburos se incrementó del 9% al 59% entre 2004 y 2009³⁸³. Muchos de estos lotes están superpuestos con áreas protegidas por el Estado, con tierras indígenas tituladas, con territorios indígenas ancestrales e inclusive con reservas propuestas para indígenas en aislamiento³⁸⁴. La explotación minera también creció notablemente en el período 2002-2008: el área territorial que ocupaba la minería pasó de 7.452.233 hectáreas a algo más de 17 millones de hectáreas³⁸⁵. De la misma manera, se han presentado serios inconvenientes derivados de la explotación maderera³⁸⁶ y de la construcción de grandes obras de infraestructura. Los primeros fueron puestos en conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ordenó la protección de los miembros de los pueblos indígenas mediante medidas cautelares³⁸⁷.

³⁷⁷ Dentro de las instituciones estatales que han formulado recomendaciones o informes se encuentra la Defensoría del pueblo y, en menor medida, el Congreso y la Presidencia del Consejo de Ministros. En cuanto a instituciones no gubernamentales, las siguientes instituciones se han ocupado del tema: la Mesa de Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, el Instituto de Defensa Legal (IDL), la Fundación EcuMénica para el Desarrollo y la Paz (Fedepaz), Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR) y la Red Muqui.

³⁷⁸ Para el detalle de las iniciativas de las entidades estatales, ver: DPLF/IDL/Seattle University School of Law, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*, Capítulo II, “Estado actual del derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú”, Washington D.C., 2010, págs. 55-58.

³⁷⁹ *Ibidem*, pág. 37.

³⁸⁰ DAR, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú. Últimos avances*, primera edición, Lima, mayo de 2010, pág. 46.

³⁸¹ Ver: Tribunal Constitucional, Sentencia Exp. No 0022-2009-PI/TC (Tuanama Tuanama), fundamento 44; DAR, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú. Últimos avances*, Cit., pág. 46.

³⁸² DAR, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú. Últimos avances*, Cit., pág. 19.

³⁸³ *Ibidem*.

³⁸⁴ *Ibidem*. También ver: proyecto de Ley 3648 de 2009, que modifica la Ley de Áreas Naturales Protegidas.

³⁸⁵ IWGIA, *Crónica de un engaño. Los intentos de enajenación del territorio fronterizo Awajún en la Cordillera del Cóndor a favor de la minería*, Cit., pág. 47; OXFAM, *La Participación ciudadana en la minería peruana: concepciones, mecanismos y casos*, septiembre de 2009.

³⁸⁶ CIDH, *Segundo informe sobre la situación de derechos humanos en Perú*, OEA/Ser.LV/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, “Los derechos de las comunidades indígenas”, párr. 23.

³⁸⁷ CIDH, Informe Anual 2007, Medidas cautelares respecto de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario de Mashco Piro, Yora y Amahuaca, emitidas el 22 de marzo de 2007.

Durante todos estos años los pueblos indígenas han expresado, mediante diversos pronunciamientos, su desacuerdo con los planteamientos y políticas del Estado en relación con el modelo de desarrollo que se viene implementando en sus territorios³⁸⁸. La distancia entre la política inversionista del Poder Ejecutivo y los derechos de las comunidades indígenas se hizo evidente el 28 de octubre y el 25 de noviembre de 2007, cuando el Presidente de la República escribió dos artículos en el diario *El Comercio*, titulados: 'El síndrome del perro del hortelano' y 'Receta para acabar con el perro del hortelano'. En ellos señaló, entre otros aspectos, la necesidad de otorgar las tierras "ociosas" ubicadas en los Andes y en la Amazonía a grandes inversionistas³⁸⁹. Esta distancia continúa y se refleja con la emisión, sin consulta previa, de decretos legislativos que regulan temas que afectan los derechos de las comunidades indígenas; con la defensa de estos decretos argumentando que las comunidades indígenas no son tantas y que el Perú es un país mayoritariamente mestizo³⁹⁰; con la firma de numerosos contratos de hidrocarburos sin consulta previa, incluso con posterioridad al inicio de las protestas sociales³⁹¹; con la interrupción de un proceso legislativo sobre el derecho a la consulta previa y con la criminalización de la protesta social mediante la detención y persecución penal de líderes indígenas³⁹².

Después de los violentos acontecimientos de Bagua, en junio de 2009, se generaron importantes espacios de diálogo intercultural que, a pesar de encontrar numerosas dificultades, culminaron con la redacción consensuada de un proyecto de Ley Marco para regular el derecho a la consulta previa de las poblaciones indígenas. Luego de que fuera aprobada por el Congreso en mayo de 2010, el Poder Ejecutivo observó sustancialmente la ley en temas neurálgicos y el consenso logrado no parece tener un futuro prometedor. Varias organizaciones indígenas del Perú realizaron movilizaciones de rechazo a las observaciones del Ejecutivo³⁹³ y solicitaron que se apruebe el texto consensuado, sin que obtener respuesta del Congreso. Recientemente las tensiones entre el Gobierno y las organizaciones indígenas se han acrecentado al no ser consultado debidamente con las comunidades el texto de la nueva ley forestal³⁹⁴.

Además de las dificultades señaladas, la cultura legalista y formalista de los operadores del sistema de justicia estatal, en particular, y de los funcionarios públicos, en general, ha ocasionado que la ausencia de una ley de desarrollo del Convenio N° 169 de la OIT haya llevado a su total inaplicación y, por consiguiente, a la vulneración de los derechos de los pueblos indígenas allí reconocidos, entre ellos, el derecho a la consulta previa³⁹⁵.

A. Antecedentes históricos

Perú es un país multicultural y pluriétnico y su población de más de 28 millones de habitantes cuenta con más de ocho millones de personas que se consideran indígenas. La diversidad

³⁸⁸ DAR, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú. Últimos avances*, Cit., pág. 24.

³⁸⁹ *Ibidem*, pág. 22.

³⁹⁰ Argumentos del Estado en defensa de los decretos emitidos en ejercicio de facultades delegadas, presentados en los procesos de inconstitucionalidad iniciados ante el Tribunal Constitucional.

³⁹¹ Servicios en Comunicación Intercultural (SERVINDI), Perú: Gobierno firma 13 nuevos contratos para explorar y explotar hidrocarburos, 17 de abril de 2009, disponible en: www.servindi.org

³⁹² Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya, *Observaciones sobre la situación de los pueblos indígenas de la Amazonía y los sucesos del 5 de junio y días posteriores en las provincias de Bagua y Utcubamba, Perú*, Cit., párrs. 46-50; Pronunciamiento de la Organización de Desarrollo de las Comunidades Nativas Fronterizas del Cenepa (ODECOFROC) sobre criminalización, mayo de 2010.

³⁹³ FEDEPAZ, Comunicado: *Comunidades indígenas en pie de lucha. Anuncian marcha contra ley de consulta observada*, disponible en: www.fedepaz.org

³⁹⁴ Servicios en Comunicación Intercultural (SERVINDI), Exigen que la ley de consulta y la ley forestal se debatan con el nuevo Gobierno, 23 de enero de 2011, disponible en <http://www.servindi.org/actualidad/39098>.

³⁹⁵ DPLF/IDL/Seattle University School of Law, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*, Cit., pág. 37; Argumentos del Estado en defensa de los decretos emitidos en ejercicio de facultades delegadas, presentados en los procesos de inconstitucionalidad iniciados ante el Tribunal Constitucional.

cultural de los pueblos originarios se refleja en la presencia de más de 60 grupos étnicos quechuas, aimaras, aguarunas, ashaninkas y otros pueblos indígenas amazónicos, pertenecientes a 1.786 comunidades indígenas, ubicadas en 11 departamentos³⁹⁶. En la Amazonía peruana ancestralmente se asienta la población indígena perteneciente a por lo menos trece (13) familias lingüísticas³⁹⁷. Sin embargo, todavía no existe un criterio oficial uniforme respecto del término pueblos indígenas ni respecto de quiénes quedan comprendidos en la protección del Convenio N° 169 de la OIT³⁹⁸. Además, el Gobierno ha asumido posturas distintas al respecto a nivel nacional e internacional y les ha dado un trato diferente según se encuentren en la Amazonía, en la sierra o en la costa del país³⁹⁹.

Si bien se puede establecer, mediante el análisis de distintas normas internas, que el Estado peruano reconoce como pueblos indígenas a aquellos que se encuentren organizados en comunidades nativas o campesinas o habiten en reservas indígenas reconocidas⁴⁰⁰, debido a la confusión derivada de la dispersión de normas y a los discursos estatales encontrados, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT le solicitó al Gobierno que desarrolle, en consulta con las organizaciones indígenas nacionales, un criterio unificado sobre cuáles son los pueblos indígenas que deben ser cubiertos por el Convenio, incluidas las comunidades campesinas y nativas⁴⁰¹.

Para responder a dicha inquietud, Perú informó a la Comisión de Expertos que contaba con un Proyecto de Ley Marco de los Pueblos Indígenas u Originarios del Perú, el cual contiene una definición de pueblos indígenas u originarios, que toma en cuenta, entre otros criterios, el autoreconocimiento o la conciencia de grupo de poseer una identidad indígena u originaria como elemento subjetivo para determinar quiénes pueden ser considerados tales. En este sentido, el Estado informó que el Convenio se aplica a las denominadas comunidades campesinas y a las comunidades nativas, así como a los indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial y a quienes se autoidentifican como descendientes de las culturas ancestrales asentadas en las zonas de costa, sierra y selva peruana. Respecto de la información proporcionada por el Estado, la Comisión criticó que entre los elementos objetivos de la definición prevista en el proyecto de ley apareciera la referencia a que estos pueblos “se encuentran en posesión de un área de tierra”, requisito que no está contemplado en el Convenio N° 169 de la OIT⁴⁰². Actualmente está pendiente de cumplimiento la recomendación de la Comisión de Expertos.

B. El derecho a la tierra

Todavía persiste en Perú una gran debilidad en el reconocimiento del título de propiedad y en la demarcación de los territorios indígenas⁴⁰³. La propiedad indígena ha sido seriamente

³⁹⁶ CIDH, *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú*, Cit., Capítulo X, “Los derechos de las comunidades indígenas”, párr. 1; Instituto Nacional de Estadística e Informática, Dirección Nacional de Censos y Encuestas, *Resumen Ejecutivo. Resultados definitivos de los censos en comunidades indígenas de la amazonía peruana*, elaborado con base en la información obtenida de los Censos Nacionales 2007: XI de Población y VI de Vivienda y del II Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonía Peruana, enero de 2009. El censo realizado en 2007 en 1.786 comunidades amazónicas registró una población indígena amazónica de 332.975 habitantes y recogió información sobre 51 etnias de las 60 existentes en la Amazonía.

³⁹⁷ *Idem*.

³⁹⁸ DAR, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú. Últimos avances*. Cit., pág. 47.

³⁹⁹ *Idem*.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, pág. 67.

⁴⁰¹ CEACR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Perú* (ratificación: 1994) Publicación: 2009.

⁴⁰² CEACR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Perú* (ratificación: 1994) Publicación: 2010.

⁴⁰³ Ver: Tribunal Constitucional, Sentencia Exp. No 0022-2009-PI/TC (Tuanama Tuanama), fundamento 44; Comunicado de prensa: *Una organización nacional indígena de la amazonía peruana rechaza la propuesta de 'preparación' de Reducción de Emisiones de la Deforestación y la Degradación (REDD)*, elaborado por el Gobierno para presentar al Banco Mundial, mayo de 2010; e Informe IWGIA, *Crónica de un engaño*, Cit., pág. 54.

deteriorada por el proceso de reforma agraria iniciado en 1969, que ha producido un grave problema de fragmentación de la propiedad. En 1996 se inició el proyecto de regulación y titulación de tierras a cargo del Proyecto Especial de Titulación de Tierras (PETT), que ha priorizado el saneamiento de la propiedad de los pequeños agricultores y no de las comunidades campesinas y nativas. El procedimiento vigente para la titulación de las tierras comunales indígenas es largo y reiterativo. Muchas comunidades nativas han sufrido años de trámites, elevados costos, excesivo formalismo legal y han denunciado que desde hace más de cuatro años no logran que se titulen sus tierras⁴⁰⁴.

La Constitución Política de 1993 establece en su artículo 89 que las comunidades campesinas y nativas tienen autonomía para el “libre uso y libre disposición de sus tierras”. El artículo 88 constitucional, que regula el régimen agrario, respecto de las comunidades campesinas y nativas establece que:

El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.

Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.

Dicha disposición fue criticada internacionalmente y calificada como una seria amenaza al funcionamiento del sistema tecnológico-productivo comunal andino que se basa en la utilización extensiva del territorio, en el uso temporal del cultivo, en la rotación y en los “descansos” que erróneamente pretenden ser entendidos como síntomas de abandono.

Recientemente el Tribunal Constitucional estableció que la interpretación constitucional de este artículo “debe considerar la identidad indígena de quien detenta la propiedad y tomar en cuenta sus costumbres” y que “no pueden aplicarse criterios propios de un contexto urbano, dejando a un lado la costumbre de los pueblos indígenas, puesto que ello devendría en una posible vulneración del derecho fundamental de tales pueblos y de sus integrantes”⁴⁰⁵.

El marco legal en el Perú no brinda a las comunidades nativas seguridad efectiva y estabilidad jurídica sobre sus tierras⁴⁰⁶. Este elemento de inseguridad así como la necesidad de claridad sobre la propiedad de la tierra fueron reconocidos recientemente por el Tribunal Constitucional⁴⁰⁷. Aunque el propio Presidente de Perú lo acepta públicamente, no afronta con medidas concretas las especiales características de la propiedad comunal⁴⁰⁸ ni implementa medidas efectivas para la titulación de las tierras.

De conformidad con el artículo 66 de la Constitución “[l]os recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento”. Este derecho soberano del Estado encuentra sus límites en el derecho a la propiedad privada y comunal.

De acuerdo con la Ley 26505 de 1995 (todavía vigente), que regula la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en el territorio nacional y en las tierras de las

⁴⁰⁴ Fundación Tierra, *COICA asegura que la titulación en territorios indígenas está estancada*, Comunicado de prensa de 26 de agosto de 2010, disponible en:

<http://www.aidesep.org.pe/index.php?codnota=1611>

⁴⁰⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia Exp. No 0022-2009-PI/TC (Tuanama Tuanama), fundamento 44.

⁴⁰⁶ *Idem* y CIDH, *Segundo informe sobre la situación de derechos humanos en Perú*, Cit., párr. 22.

⁴⁰⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia Exp. No 0022-2009-PI/TC (Tuanama Tuanama), fundamentos 45 y 46.

⁴⁰⁸ Ver: *El Síndrome del perro del hortelano*, Diario El Comercio, 28 de octubre de 2007.

comunidades campesinas y nativas, cuando se presenta un conflicto entre el derecho del Estado y el derecho de las comunidades se requerirá el acuerdo de la Asamblea General con el voto conforme de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la comunidad⁴⁰⁹. No obstante que en 2009 se quiso anular este reconocimiento, mediante el Decreto Legislativo 1015 y luego mediante el 1073, aún sigue vigente la Ley 26505 y solo si se reglamenta el Decreto 1064 (que busca derogar la Ley 26505) se podría modificar este derecho de las comunidades. Una de las demandas que actualmente tiene el movimiento de organizaciones indígenas es que se derogue el Decreto 1064 para que no se les quite el derecho a que se busque el acuerdo de la comunidad⁴¹⁰.

En una sentencia reciente el Tribunal Constitucional sostuvo que “es de suma relevancia que el Estado refuerce y dinamice las labores de limitación de los territorios indígenas a fin de brindar una apropiada protección jurídica a los pueblos indígenas, mediante la concretización de los derechos de propiedad de los territorios que cada comunidad ocupa. Con ello también se estaría promoviendo la seguridad jurídica puesto que al momento de lotizar o emprender estudios y acciones con miras a desarrollar la exploración y explotación de recursos naturales se tendría una adecuada perspectiva de la realidad y de cuáles son los pasos necesarios a fin de llevar a cabo ese tipo de procesos sin vulnerar derechos fundamentales de los pueblos indígenas”⁴¹¹.

Sin embargo, pese a dicho pronunciamiento, el Poder Ejecutivo presentó el 4 de febrero de 2010 un proyecto de ley para facilitar el proceso de desplazamientos forzados de población en proyectos de desarrollo de “interés público o primordial”. La iniciativa legislativa pretende modificar el artículo 8 de la Ley 28223 sobre desplazamientos forzados e incorporar un inciso a fin de resolver con la mayor “celeridad posible” la calificación de los promotores o ejecutores de proyectos⁴¹². Este proyecto ha causado profundas críticas y malestar en los pueblos afectados, quienes temen que en aras de la celeridad se desnaturalice el proceso de consulta y se lo tome como un mero trámite formal⁴¹³.

C. Participación indígena

Las reivindicaciones de los derechos humanos de las poblaciones indígenas en Perú se lograron gracias al trabajo de numerosas organizaciones, entre otras, la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP), la Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería (CONACAMI); la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP); la Confederación Campesina del Perú (CCP); la Confederación Nacional Agraria (CNA); la Asociación Regional de los Pueblos Indígenas de la Selva Central (ARPI); la Organización Regional Ucayali (ORAU); la Organización Regional de Pueblos Indígenas del Oriente (OPRIO), la Central Unificada de Rondas Campesinas de Cajamarca, la Federación Departamental de Campesinos del Cusco, entre otras, así como de diversas ONGs que integran la Mesa de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos⁴¹⁴.

⁴⁰⁹ Ley 26505 de 1995, artículo 11.

⁴¹⁰ OXFAM, *La participación ciudadana en la minería peruana: concepciones, mecanismos y casos*, septiembre de 2009, págs. 18-19.

⁴¹¹ Tribunal Constitucional, Sentencia Exp. No 0022-2009-PI/TC (Tuanama Tuanama), fundamentos 45 y 46.

⁴¹² Servicios en Comunicación Intercultural (SERVINDI), Perú: *Gobierno presenta proyecto para facilitar desplazamientos forzados*, 10 de febrero de 2010, disponible en:

<http://www.servindi.org/actualidad/22124> y proyecto de ley modificatorio de la ley sobre los desplazamientos internos, disponible en: <http://servindi.org/pdf/PyDesplazamiento.pdf>

⁴¹³ *Idem*.

⁴¹⁴ La Mesa de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos está integrada por la Asociación Paz y Esperanza, el Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, CAAAP; Derecho, Ambiente y Recursos Naturales, DAR; el Grupo de Trabajo Racimos de Ungurahui; el Instituto de Defensa Legal, IDL; Oxfam América y Servicios en Comunicación Intercultural, SERVINDI.

D. Reestructuración institucional

En la actualidad existe confusión sobre atribuciones y superposiciones de competencias entre los distintos órganos del Estado, nuevos o preexistentes, para tratar temas relativos a los pueblos indígenas⁴¹⁵. Esta situación puede minar el desarrollo y consolidación de una respuesta coordinada y sistemática a los problemas relacionados con la protección y garantía de los derechos de los pueblos indígenas⁴¹⁶.

La entidad estatal encargada de promover las políticas públicas a favor de los pueblos indígenas es el Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos Amazónicos y Afroperuanos, INDEPA, creada en 2005⁴¹⁷. Después de recibir críticas por su falta de independencia, de presupuesto y de legitimidad de los representantes indígenas elegidos así como por los cambios institucionales⁴¹⁸, el 9 de febrero de 2010⁴¹⁹ el INDEPA se adscribe a la Presidencia del Consejo de Ministros, pero sin la calidad de organismo público ejecutor, lo cual podría otorgarle la independencia necesaria para su funcionamiento óptimo⁴²⁰. Posteriormente, la Ley del Ministerio de Cultura adscribió el INDEPA al sector de la cultura, lo cual ha generado inconformidad y protestas de las organizaciones indígenas⁴²¹. Esta debilidad e insuficiencia institucional ocasionó que el CEAR de la OIT en 2010 recomendara nuevamente al Estado que adopte medidas para asegurar que tales mecanismos dispongan de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones y de independencia y capacidad de influencia reales en los procesos de adopción de decisiones⁴²².

La Ley Marco sobre el Derecho a la Consulta, de 2010, observada por el Ejecutivo, otorga al INDEPA el carácter de órgano técnico especializado en materia indígena dentro del Poder Ejecutivo y crea una base de datos oficial sobre pueblos indígenas y originarios⁴²³. Esta ley no fue promulgada por el Ejecutivo; por el contrario, fue observada, con lo cual truncó el proceso legislativo que se encontraba en la fase final. Todavía está pendiente que el Estado asegure la plena y efectiva participación y consulta a los pueblos indígenas, mediante instituciones representativas, en la elaboración de un plan de acción, con el fin de abordar de manera coordinada y sistemática los problemas pendientes respecto de la protección de los derechos de los pueblos indígenas⁴²⁴.

E. La conflictividad social y la falta de consulta previa

Durante los últimos años, la conflictividad social en el Perú ha aumentado considerablemente y su manejo inadecuado ha contribuido a crear inestabilidad e inseguridad en el país. En razón de ello, la Defensoría del pueblo creó la Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad, que desde 2004 elabora periódicamente reportes sobre los conflictos sociales

⁴¹⁵ CEACR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Perú* (ratificación: 1994) Publicación: 2010.

⁴¹⁶ *Idem*.

⁴¹⁷ Ley 28495.

⁴¹⁸ Decreto Supremo No 001-2008-MIMDES; Decreto Supremo No 034-2008-PCM; DAR, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú. Últimos avances*, Cit., págs. 74-75.

⁴¹⁹ Decreto Supremo No 022-2010-PCM.

⁴²⁰ DAR, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú. Últimos avances*, Cit., págs. 74-75.

⁴²¹ Ver: <http://lamula.pe/2010/10/20/cuestionan-disolucion-del-indepa-y-manejo-de-la-institucionalidad-sobre-pueblos-indigenas/2286>

⁴²² CEACR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Perú* (ratificación: 1994) Publicación: 2010 y DAR, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú. Últimos avances*, Cit., págs. 74-75.

⁴²³ Autógrafa de la Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT.

⁴²⁴ CEACR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Perú* (ratificación: 1994) Publicación: 2010.

en el país⁴²⁵. En el mes de enero de 2011, la Defensoría del pueblo, en su Reporte N° 83, informó sobre la existencia de 239 conflictos sociales, de los cuales 161 se encuentran activos (67%) y 78 en estado latente (33%)⁴²⁶. De este número, 116 conflictos, (48.5%) son conflictos socio-ambientales, donde las partes son empresas, por un lado, y comunidades campesinas o nativas por el otro. De los 239 conflictos activos, en 126 (53%) se ha registrado por lo menos un episodio de violencia.

Según información de la Defensoría del pueblo, sistematizada por el Instituto de Defensa Legal, en 2010, de los conflictos existentes en cada región del país, el 44% de los conflictos activos y latentes correspondía a casos donde no se había realizado un proceso de consulta previa⁴²⁷.

Estas cifras no dejan duda acerca de la gravedad de la situación y evidencian la necesidad de adoptar una legislación que regule el derecho a la consulta previa y que la consagre como un requisito previo a la toma de decisiones administrativas o legislativas que afecten los intereses de los pueblos indígenas; ello es vital para arribar a una solución sostenible y democrática, que disminuya la incidencia de conflictos sociales relacionados con el medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas en el Perú.

Entre los principales problemas relacionados con la falta de consulta previa, que desencadenan conflictos, se encuentra el temor a una posible contaminación y deterioro del medio ambiente; la falta de acuerdos sobre las medidas que se adoptarían en este caso; las compensaciones económicas que se recibirían; la magnitud de la afectación de los territorios; los posibles daños a la salud; el uso del agua; la responsabilidad de las empresas y del Estado frente a estos problemas y la falta de mecanismos para hacerla valer, así como el incumplimiento de los compromisos adquiridos por las empresas con los pueblos indígenas.

1. El conflicto en Bagua

El conflicto de Bagua, que tuvo lugar en junio de 2009, ha sido uno de los más graves que han ocurrido en la región y ha sido profundamente analizado nacional e internacionalmente; se originó por la aprobación, en junio de 2008, por parte del Ejecutivo, de una serie de decretos legislativos con base en facultades legislativas delegadas por el Congreso en el marco de la política gubernamental de implementación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. Los decretos, que afectaban los derechos de las comunidades indígenas, se realizaron sin consulta previa y generaron una protesta liderada por la dirección de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP)⁴²⁸ y por representantes de comunidades nativas⁴²⁹. Con la protesta se logró que el 22 de agosto de 2008 el Pleno del Congreso derogara dos decretos legislativos⁴³⁰, que el Congreso de la República discutiera durante 2009 la derogación de otros dos decretos⁴³¹ y que se presentaran diversas demandas

⁴²⁵ Estos reportes son instrumentos de seguimiento con los que cuenta la Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad de la Defensoría del pueblo del Perú, en los que se recoge información proporcionada por los actores intervinientes en los conflictos sociales, por medio de 28 oficinas defensoriales y 9 módulos de atención al público, complementados con otras fuentes.

⁴²⁶ Defensoría del pueblo, *Reporte Mensual N° 67 Conflictos Sociales - Septiembre 2009*, pág. 1, disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales-reportes.php>

⁴²⁷ Elaboración: Instituto de Defensa Legal, disponible en: DPLF/IDL/Seattle University School of Law, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*, Cit., pág. 46-48.

⁴²⁸ Se trata de los decretos legislativos N° 994 (modificado por el DL 1064), 1081, 1015 (modificado por el DL 1073), 1064, 1079, 1089, 1090 y el 1085. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya, *Observaciones sobre la situación de los pueblos indígenas de la Amazonía y los sucesos del 5 de junio y días posteriores en las provincias de Bagua y Utcubamba, Perú*, Cit., párrs. 8 y 9 y Amnistía Internacional, *Perú: Bagua, seis meses después, "Sólo por pensar diferente, por hablar diferente, nos están haciendo una injusticia"*.

⁴²⁹ DAR, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú. Últimos avances*, Cit.

⁴³⁰ Decretos 1015 y 1073.

⁴³¹ Decretos 1090 y 1064.

de inconstitucionalidad contra estos decretos. Sin embargo, los debates, seguidos de suspensiones y reaperturas del diálogo en diferentes ocasiones, fueron infructuosos y no se contó con la voluntad política para derogar los otros decretos cuestionados por falta de consulta.

El 5 de junio de 2009, casi un año después de iniciadas las primeras manifestaciones, se realizó un operativo de policía destinado a desalojar a los manifestantes indígenas ubicados en la Curva del Diablo, como consecuencia del cual fallecieron 33 personas (23 policías, cinco pobladores y cinco indígenas), 83 fueron detenidas y 200 resultaron heridas⁴³².

Con posterioridad a estos hechos se generaron algunos espacios de búsqueda de soluciones y de consenso; se creó el Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos, en el marco del cual se crearon cuatro mesas de diálogo; la Mesa No. 3 tenía el objetivo de elaborar una propuesta de ley marco sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú, sobre la base del Proyecto de Ley N° 3370/2008-DP, presentado por la Defensoría del pueblo al Congreso de la República el 6 de julio de 2009.

F. El ordenamiento jurídico peruano sobre el derecho a la consulta previa

1. Incorporación del derecho internacional al derecho interno

El Convenio N° 169 de la OIT fue ratificado por el Estado peruano el 5 de diciembre de 1993, mediante la Resolución Legislativa N° 26253, y entró en vigencia en febrero de 1995⁴³³. Además, Perú se encuentra entre los Estados que durante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 13 de septiembre de 2007 votaron a favor de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁴³⁴.

Es importante aclarar que en el Perú los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de la ratificación y los tratados sobre derechos humanos tienen la misma jerarquía que la Constitución⁴³⁵. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reconocido de forma reiterada y uniforme el carácter vinculante de las normas y pronunciamientos de la OIT⁴³⁶ y el rango constitucional del Convenio⁴³⁷. Además, a partir del artículo V del Código Procesal Constitucional, se ha reconocido expresamente que las sentencias de la Corte Interamericana son de observancia obligatoria para la interpretación de los derechos humanos, lo que incluye

⁴³² Defensoría del pueblo, Informe de Adjuntía N° 006-2009-DP/ADHPD, disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/variados/2009/informe-adjuntia-006-2009-DP-DHPD.pdf>; DAR, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú. Últimos avances*, Cit., e Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya, *Observaciones sobre la situación de los pueblos indígenas de la Amazonía y los sucesos del 5 de junio y días posteriores en las provincias de Bagua y Utcubamba, Perú*, Cit.

⁴³³ DAR, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú. Últimos avances*, Cit., pág. 28.

⁴³⁴ *Ibidem*, págs. 31-32.

⁴³⁵ Constitución Políticas, artículos 3 y 55 y cuarta disposición final y transitoria. Tribunal Constitucional, Sentencia N° 03343-2007-PA/TC, fundamento N° 31. Juan Carlos Ruiz Molleda, *¿Cuál es el tema de fondo en el conflicto entre los pueblos amazónicos y el Estado? Razones que sustentan la inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos 994, 1081, 1064, 1079, 1089, 1090 y 1085*, Instituto de Defensa Legal, junio de 2009, pág. 40.

⁴³⁶ Amicus curiae presentado por el Instituto de Defensa Legal - Justicia Viva, "Con relación a los procesos de inconstitucionalidad contra los decretos legislativos DL N° 1089 (Régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales), DL N° 1079 (Establecen medidas que garanticen el patrimonio de áreas naturales), DL N° 994 (Inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación la frontera agrícola), Ley N° 29338 (Ley de recursos hídricos) y DL 1020 (organización de productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario), recaídos en los expedientes N° 00022-PI/TC, N° 00023-PI/TC, N° 00024-PI/TC, N° 00025-PI/TC, y 00027-PI/TC", enero de 2010, pág. 47. En este documento se citan las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: Exp. N° 725-96-AA/TC, f.j. 1; Exp. N° 632-2001-AA/TC, f.j. 3; EXP. N.º 1396-2001-AA, f.j. 7; Exp. N° 008-2005-PI/TC, f.j. 17; Exp. N° 008-2005-PI/TC, f.j. 52; Exp. N° 0206-2005-PA/TC, f.j. 10; Exp. N° 0206-2005-PA/TC, f.j. 11; EXP. N.º 3311-2005-PA/TC, f.j. 5; EXP. N.º 4635-2004-AA/TC, f.j. 14; EXP. N.º 4635-2004-AA/TC, f.j. 17; EXP. N.º 4635-2004-AA/TC, f.j. 29; Exp. N° 3828-2006-PA/TC, f.j. 9 y EXP. N° 7957-2005-PA/TC, f.j. 8.

⁴³⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia Exp. N° 03343-2007-PA/TC, f. j. 31.

aquellas que desarrollan el contenido y alcance de los derechos humanos de los miembros de los pueblos indígenas. Como consecuencia, en Perú las normas internacionales y las interpretaciones de los tribunales internacionales son parte del bloque de constitucionalidad⁴³⁸.

Sin embargo, dado que muchos funcionarios públicos mantienen una concepción positivista y legalista del Derecho, al no estar el Convenio N° 169 de la OIT de manera directa y expresa consagrado en alguna ley o reglamento o en la misma Constitución, no consideran que sea aplicable en forma directa⁴³⁹ y argumentan que no existe una ley de consulta, con lo cual desconocen a los pueblos indígenas como tales e incluso se ha llegado a negar en forma reiterada el valor que tiene la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁴⁴⁰.

Recientemente, en junio de 2010, el Tribunal Constitucional dio un paso adelante en el reconocimiento del valor del derecho internacional en Perú. Además de desechar los argumentos del Gobierno sobre la inexistencia de una ley de consulta como justificativo para la no realización de procesos de consulta previa, sostuvo que utilizaría el contenido de la Declaración de Naciones Unidas en su calidad de norma con carácter de soft law (derecho suave) y de guía de conducta que deben seguir los Estados.

Cabe aclarar que el Tribunal Constitucional desarrolla la tesis de la coordinación, según la cual,

No cabe, pues, asumir una tesis dualista de primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno y a la inversa; se requiere, por el contrario, una solución integradora y de construcción jurisprudencial, en materia de relaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho constitucional nacional. Se precisa de un sistema de articulación competencial entre las jurisdicciones internacional y constitucional, [...] siendo que la confluencia teleológica, dada la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos peruanos, determina esta relación de cooperación entre ambas jurisdicciones, de conformidad con el artículo 1 de la Constitución, que establece: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

2. La Constitución Política peruana

El Perú no ha contado con una reciente reforma constitucional que incorpore ampliamente los derechos de los pueblos indígenas, como ha ocurrido en otros países de la Región Andina, de manera que el actual texto constitucional no consagra expresamente el derecho a la consulta previa.

El texto constitucional de 1993 establece en su artículo 2.19 el derecho a la identidad étnica y cultural; el artículo 89, además del castellano, reconoce como idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. El artículo 89 reconoce a las comunidades nativas la autonomía organizativa, económica y administrativa, así como la libre disposición de sus tierras y reitera la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. Además, el artículo 149 permite que las comunidades nativas y campesinas puedan aplicar su derecho consuetudinario y ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, siempre que no vulneren derechos fundamentales.

⁴³⁸ En Perú se entiende por bloque de constitucionalidad el conjunto de normas que al lado y junto con la Constitución componen el parámetro de evaluación de la constitucionalidad de las leyes, dada su importancia y trascendencia. Ver: Amicus curiae presentado por el Instituto de Defensa Legal – Justicia Viva, Cit., pág. 34.

⁴³⁹ Juan Carlos Ruiz Molleda, "TC reconoce el derecho a la consulta de pueblos indígenas y rango constitucional del Convenio 169 OIT", en Justicia Viva, portal electrónico, 29 de abril de 2009.

⁴⁴⁰ Ver: Argumentos del Estado en defensa de los decretos emitidos en ejercicio de facultades delegadas, presentados en los procesos de inconstitucionalidad iniciados ante el Tribunal Constitucional, en Juan Carlos Ruiz Molleda, *Cuando los pueblos indígenas reclaman al TC la protección de sus derechos*, en Justicia Viva, portal electrónico, 3 de diciembre de 2009.

Por otro lado, se ha determinado que las tierras de las comunidades no son materia de prescripción, salvo que sean abandonadas. Y si bien se reconoce el respeto de la diversidad y el pluralismo cultural, ello se efectuará siempre que se materialice “dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58)”. Es relevante mencionar también que el artículo 191 de la Constitución señala que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, de las comunidades campesinas y nativas y de los pueblos originarios en los consejos regionales y en los concejos municipales.

A pesar de que la Constitución no consagra expresamente el derecho a la consulta previa, este tiene cobertura constitucional directa por medio de las normas referidas al sistema electoral, concretamente los artículos 176, 178, 181 y 182 de la Constitución⁴⁴¹, que reconocen de manera genérica la posibilidad de realizar consultas populares. Asimismo, tiene cobertura constitucional indirecta, por medio de las normas que reconocen el derecho a la participación, protegido por los artículos 2.17 y 31 de la Constitución, y el derecho a la identidad cultural reconocido en el artículo 2.19 constitucional. De igual manera, tiene cobertura constitucional directa, toda vez que el derecho a la consulta de los pueblos indígenas ha sido reconocido en instrumentos internacionales de derechos humanos, firmados y ratificados por el Estado peruano, entre los que se encuentra el Convenio N° 169 de la OIT, el cual ha sido incorporado al ordenamiento jurídico constitucional y al bloque de constitucionalidad, mediante las cláusulas de apertura, contenidas en los artículos 3 y 55 y en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución⁴⁴².

3. Un marco jurídico conflictivo y una reglamentación inconclusa

Perú todavía no cuenta con una ley general sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas que abarque todas las actividades que puedan afectar los recursos naturales. La normativa peruana que directa o indirectamente ha abordado el tema del derecho a la consulta de los pueblos indígenas es dispersa, inadecuada e insuficiente, no ha seguido los principios y lineamientos internacionales sobre la materia⁴⁴³ y fundamentalmente no ha sido consultada.

Durante la década del 90 no se emitieron normas que desarrollaran el derecho a la consulta⁴⁴⁴. El Poder Ejecutivo adoptó recién en la siguiente década las primeras disposiciones, sin rango de ley, que abordan tangencial e indirectamente asuntos relacionados con este derecho⁴⁴⁵. Sin embargo, dichas normas se caracterizaron por: reconocer el derecho a la participación pero no expresamente el derecho a la consulta previa⁴⁴⁶; ser eminentemente declarativas y no

⁴⁴¹ Amicus curiae presentado por el Instituto de Defensa Legal - Justicia Viva, Cit., pág. 14.

⁴⁴² *Idem*. Este escrito fue rechazado por el Tribunal Constitucional con sustento en el artículo 13-A del Reglamento Normativo del TC, que indica que los *amicus curiae* son solicitados por el TC, debido a que en este caso no fue solicitado.

⁴⁴³ DPLF/IDL/Seattle University School of Law, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*, Cit., pág. 39 y DAR, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú*. Últimos avances, Cit., pág. 37.

⁴⁴⁴ Para el detalle de la evolución normativa, ver: DPLF/IDL/Seattle University School of Law, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*, Cit., págs. 38-44 y DAR, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú*, Cit., págs. 37-39.

⁴⁴⁵ Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, que aprueba la Directiva N° 012-2000-PROMUDEH/SETAI, para promover y asegurar el respeto de la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas y nativas; Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Decreto Supremo No 038-2001-AG, 22 de junio de 2001; Resolución Ministerial N° 596-2002-EM/DM, 20 de diciembre de 2002 (posteriormente derogada por el Decreto Supremo N° 028-2008-EM), Reglamento de consulta y participación ciudadana en el procedimiento de aprobación de los estudios ambientales en el sector Energía y Minas; Decreto Supremo No 042-2003-EM de 2003, del Ministerio de Energía y Minas.

⁴⁴⁶ Solamente en la Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, que aprueba la Directiva N° 012-2000-PROMUDEH/SETAI y en el Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Decreto Supremo N° 038-2001-AG, se hace referencia expresa al derecho a la consulta.

establecer mecanismos para hacer valer el derecho⁴⁴⁷; dirigirse a un sector en el que no se presentaban mayores conflictos en torno al derecho a la consulta⁴⁴⁸ o en el que los pueblos indígenas apoyan las decisiones del Estado, como la ley que regula la declaración de Áreas Naturales Protegidas⁴⁴⁹. Además, en ellas no se hace mayor énfasis en la necesidad de realizar estudios previos e independientes de impacto ambiental y social⁴⁵⁰ ni en la obligación de lograr la mayor participación de la población en los beneficios que genere el desarrollo de actividades en sus territorios⁴⁵¹.

Recién en el 2005 el Estado aprueba la Ley General del Ambiente (Ley N° 28611), primera norma con rango de ley y una de las más relevantes respecto del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Esta ley contiene disposiciones que se refieren en forma general a los derechos de los pueblos indígenas, y en particular, al derecho a la consulta⁴⁵². Sin embargo, no establece los mecanismos para realizar consultas ni sus alcances⁴⁵³.

El artículo 70 se refiere expresamente a los derechos de los pueblos indígenas a la participación e integración “en el diseño y aplicación de la política ambiental y, en particular, en el proceso de ordenamiento territorial ambiental, [y a que] se deben salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas reconocidos en la Constitución Política y en los tratados internacionales ratificados por el Estado”.

Del derecho a la consulta de los pueblos indígenas se ocupa el artículo 72⁴⁵⁴; a pesar de que el inciso 2° se orienta “preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de éstas” y a establecer beneficios y medidas compensatorias por el uso de los recursos, conocimientos o tierras que les corresponda, no establece que todos los mecanismos de participación deben ser previos a la concesión y no posteriores.

Además, el inciso 3° otorga a los pueblos indígenas tan solo los derechos de libre acceso “para satisfacer sus necesidades de subsistencia y usos rituales” —sin garantizar que estas zonas no estén contaminadas por el proyecto minero— y un derecho de preferencia para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales dentro de sus tierras solo en el caso en que no exista reserva del Estado o derechos exclusivos o excluyentes de terceros⁴⁵⁵.

Finalmente, tampoco asegura que las evaluaciones de impacto ambiental se encarguen a instituciones imparciales; aquellas se realizan en el ámbito de las empresas privadas y bajo supervisión del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (artículo 24)⁴⁵⁶.

⁴⁴⁷ Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, que aprueba la Directiva N° 012-2000-PROMUDEH/SETAI. Al respecto, ver: DPLF/IDL/Seattle University School of Law, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*, Cit., pág. 39 y DAR, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú*. Últimos avances, Cit., pág. 37.

⁴⁴⁸ DPLF/IDL/Seattle University School of Law, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*, Cit., pág. 39.

⁴⁴⁹ Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Decreto Supremo N° 038-2001-AG, 22 de junio de 2001.

⁴⁵⁰ DPLF/IDL/Seattle University School of Law, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*, Cit., pág. 39. Sólo el Decreto Supremo N° 038-2001-AG y el Decreto Supremo N° 042-2003-EM mencionan este punto. En ambos casos, la elaboración de la evaluación de impacto ambiental queda en manos de la empresa interesada en realizar alguna actividad.

⁴⁵¹ Solamente el Decreto Supremo N° 038-2001-AG señala la obligación del Estado de lograr mayor participación en los beneficios que genere el desarrollo de actividades turísticas y recreativas.

⁴⁵² DPLF/IDL/Seattle University School of Law, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*, Cit., pág. 40.

⁴⁵³ DAR, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú*. Últimos avances, Cit., pág. 38.

⁴⁵⁴ Ley 28611 (Ley General del Ambiente), artículo 72: Del aprovechamiento de recursos naturales y pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas.

⁴⁵⁵ DPLF/IDL/Seattle University School of Law, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*, Cit.

⁴⁵⁶ De acuerdo con el artículo 7, inciso f del Decreto Legislativo 1013 de mayo de 2008, es función del Ministerio del Ambiente: “Dirigir el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y el Sistema Nacional de Información Ambiental”.

G. El derecho a la consulta previa sobre actividades mineras⁴⁵⁷

Las actividades mineras estuvieron regladas por diversos decretos del Poder Ejecutivo y por resoluciones ministeriales⁴⁵⁸ que no reconocían expresamente el derecho a la consulta previa y que establecían simplemente procesos de participación meramente informativos. Estos procesos debían realizarse antes de que se llevaran a cabo los estudios ambientales o con posterioridad a ellos, en una “audiencia pública” meramente informativa, que se realizaba después de que el Estado hubiera otorgado las concesiones.

El Reglamento de Participación Ciudadana en el Sub-Sector Minero, que entró en vigencia el 26 de junio de 2008, mediante el Decreto Supremo N° 028-2008-EM, no consagra el derecho a la consulta previa. Este decreto establece expresamente que el primer momento en que se ejerce la “participación ciudadana” es la etapa posterior al otorgamiento de la concesión minera y la obligación de la autoridad estatal en este punto es apenas informativa⁴⁵⁹. A su vez, la Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM/DM, que desarrolla los mecanismos de participación enumerados en el Decreto 028-2008, sitúa nuevamente los mecanismos de “participación” en momentos posteriores al otorgamiento de la concesión y les asigna carácter eminentemente informativo, con la peculiaridad de establecer que las observaciones, aportes o comentarios de la población deben ser considerados por la autoridad competente en la elaboración de sus informes de evaluación.

Las normas reseñadas establecen que los estudios de impacto ambiental son realizados por las propias empresas que buscan explotar los recursos naturales; únicamente el Decreto 028-2008-EM hace referencia, remitiéndose a la Ley General del Ambiente (artículo 72.2), a que el procedimiento de participación ciudadana debe buscar establecer los beneficios y medidas compensatorias que les correspondan a los pueblos indígenas según la legislación sobre la materia. En este aspecto, la CEAR solicitó “al Gobierno que proporcione información sobre las medidas específicas adoptadas con miras a asegurarse de que los pueblos interesados participen en los beneficios reportados por las actividades de explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras y perciban una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de estas actividades”⁴⁶⁰.

1. Un caso emblemático de explotación minera: la Cordillera del Cóndor, Reserva Nacional Ichigkat Muja

La Cordillera del Cóndor, territorio tradicional de los pueblos Awajún y Wampis, ha llamado la atención de los biólogos y los ambientalistas por sus características geológicas y la particularidad de su vegetación, que es la única muestra representativa del Bosque Montano de la Cordillera Real Oriental. No obstante lo anterior, el Estado otorgó concesiones para la explotación minera desde principios de los 90. En 1996 el área fue identificada como “zona prioritaria para la conservación de la diversidad biológica nacional” en el documento “Diversidad biológica del Perú - Zonas prioritarias para su conservación”, del Servicio Nacional

⁴⁵⁷ Para el detalle del marco legal del sector, ver: OXFAM, *La participación ciudadana en la minería peruana: concepciones, mecanismos y casos*, septiembre de 2009, págs. 69-73.

⁴⁵⁸ Resolución Ministerial N° 596-2002-EM/DM, 20 de diciembre de 2002, posteriormente derogada por el Decreto Supremo N° 028-2008-EM, Reglamento de consulta y participación ciudadana en el procedimiento de aprobación de los estudios ambientales en el sector Energía y Minas; Ministerio de Energía y Minas, Decreto Supremo N° 042-2003-EM, 2003.

⁴⁵⁹ El primer capítulo de la norma (titulado literalmente “Participación ciudadana con posterioridad al otorgamiento de la concesión minera”) señala la obligación del Ministerio de Energía y Minas de informar: “[A]cerca del alcance del derecho de concesión otorgado por el Estado, de las obligaciones ambientales, de la normativa vigente que regula la actividad, de los derechos y obligaciones de las poblaciones involucradas, de las etapas de la actividad, las tecnologías aplicables, entre otros temas que permitan a la población tener información cierta, oportuna e imparcial sobre la actividad minera.

⁴⁶⁰ CEACR: *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)* Perú (ratificación: 1994) Publicación: 2010.

de Áreas Naturales Protegidas (SERNANP). La Cordillera del Cóndor forma a su vez un tramo del límite internacional entre Perú y Ecuador, que fuera objeto en 1997 del Tratado de Fronteras, en cuya discusión participaron representantes de las comunidades indígenas afectadas. Sin embargo, las comunidades de la zona denuncian que el Gobierno no informó respecto a todos los extremos del Tratado que podrían afectar a la parte indígena y afirman que se ocultó información particularmente sobre el parágrafo "i" del artículo 11: "Las Partes (Perú y Ecuador) darán prioridad a las siguientes líneas de acción: (...) Aprovechar de manera coordinada los recursos mineros que se encuentran en las zonas fronterizas de los territorios de ambos países conforme al marco jurídico que establezcan las Partes a través de un Convenio sobre Integración y Complementación Minera"⁴⁶¹.

El Estado inició la propuesta de creación del Parque Nacional Ichigkat Muja y con posterioridad tomó la decisión de recortar su extensión para permitir la realización de actividades mineras, con lo cual introdujo un riesgo intolerable sobre el territorio de los pueblos Awajún y Wampis, sin informar a las comunidades⁴⁶².

Los obstáculos gubernamentales para titular tierras indígenas estarían motivados por el interés de entregarlos en concesión a empresas extractivas hidrocarburíferas, forestales y mineras bajo la tesis de que las tierras no tituladas serían tierras libres y por tanto de plena disponibilidad del Estado⁴⁶³. El Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) pretende que las comunidades continúen solventando el proceso de regularización de la propiedad, que tiene costos por encima de los precios del mercado⁴⁶⁴. Esta pretensión desconoce que es obligación estatal diseñar y realizar los procesos de regularización de la propiedad⁴⁶⁵.

Ante la aparición de la minería en la Cordillera del Cóndor y el consiguiente riesgo de afectar esta área que cumple una función fundamental en el mantenimiento de los ciclos biológicos de la cuenca del Cenepa, las comunidades Awajún y Wampis han llevado a cabo una defensa sostenida de su derecho a ser consultados y a que se respete su opinión, su derecho a la salud y la legalidad establecida.

Con relación a las concesiones mineras en la Cordillera del Cóndor y el riesgo de afectación del área natural protegida pactada con el Estado, estas organizaciones han realizado gestiones y denuncias documentadas desde el año 2001⁴⁶⁶. Después del recorte de la propuesta original de creación del Parque Nacional Ichigkat Muja y de la demanda de acción popular formulada por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva peruana (AIDSEP) contra el DS 023-2007-AG, en septiembre de 2007 las organizaciones de las comunidades nativas del Cenepa dirigieron numerosas peticiones, en defensa de sus derechos, a la empresa, al Ministerio de Energía y Minas, a la autoridad ambiental, a los municipios distrital y provincial, al Congreso y al Gobierno regional de Amazonas⁴⁶⁷, las cuales fueron rechazadas o ignoradas. Finalmente, solicitaron acciones urgentes del CERD y del Relator de Naciones Unidas. El CERD solicitó al Gobierno peruano información sobre la situación en la Cordillera Cóndor⁴⁶⁸.

⁴⁶¹ Informe IWGIA, *Crónica de un engaño. Los intentos de enajenación del territorio fronterizo Awajún en la Cordillera del Cóndor a favor de la minería*, Cit., pág. 47.

⁴⁶² *Ibidem*, pág. 47.

⁴⁶³ *Ibidem*, pág. 54.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, pág. 54.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, pág. 54.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, pág. 54, donde se encuentran detalles de los petitorios.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, pág. 54.

⁴⁶⁸ Servicios en Comunicación Intercultural (SERVINDI): ONU. *Demandan al Gobierno peruano informar sobre situación de pueblos Awajun y Wampis*, 10 de junio de 2010, disponible en: <http://www.servindi.org/actualidad/26810>

H. Medidas cautelares de protección frente a la explotación de madera

El 22 de marzo de 2007 la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario Mashco Piro, Yora y Amahuaca, que habitan la zona del río Las Piedras, Departamento de Madre de Dios. En el año 2006 la Comisión había solicitado información al Estado peruano con respecto a la situación de dichas comunidades indígenas, en particular, sobre la implementación de medidas para garantizar su vida e integridad personal y erradicar las actividades de extracción ilegal de madera en su territorio. Al mismo tiempo, la CIDH fue informada sobre la extracción ilegal de madera en territorio legalmente protegido y asignado a tales comunidades en el Departamento de Madre de Dios, lo que las expone al riesgo de extinción. En vista de la situación, la Comisión solicitó al Estado peruano adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad personal de los miembros de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario Mashco Piro, Yora y Amahuaca, en especial, la adopción de medidas tendientes a evitar daños irreparables resultantes de las actividades de terceros en su territorio. El 12 de octubre de 2007, durante su 130º período ordinario de sesiones, la CIDH celebró una audiencia pública en la cual recibió información del Estado y de los representantes de los beneficiarios sobre la implementación de las medidas cautelares dictadas. La Comisión continúa dando seguimiento a la situación de los beneficiarios⁴⁶⁹.

I. El derecho a la consulta previa en la regulación de las actividades de hidrocarburos

El 20 de febrero de 2008 se promulgó el Decreto Supremo N° 12-2008-EM, mediante el cual se aprobó el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos. Esta norma corrigió el problema consistente en que la consulta-participación se realizara después de la concesión, al establecer que “antes de emprender o autorizar cualquier programa de actividades, se conozca y analice las principales preocupaciones manifestadas” (artículo 2.1 del título preliminar). Sin embargo, no se orienta a buscar acuerdos o consentimientos⁴⁷⁰ sino que se encamina a tratar a la consulta como participación y no como un claro derecho colectivo⁴⁷¹.

J. Proceso legislativo para la regulación integral del derecho a la consulta previa

El 19 de mayo de 2010 el Congreso aprobó la autógrafa de la *Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT*; esta ley es considerada un logro para las comunidades indígenas y originarias en Perú y un ejemplo de buena práctica para otros países⁴⁷².

⁴⁶⁹ CIDH: Información sobre medidas cautelares adoptadas en 2007, disponible en <http://www.cidh.org/medidas/2007.sp.htm>.

⁴⁷⁰ Decreto Supremo No 12-2008-EM, artículo 2.2 del título preliminar.

⁴⁷¹ Como antecedentes de regulación en materia de hidrocarburos, ver: RM N° 335-96-EM/SG, Reglamento de participación ciudadana mediante el procedimiento de audiencias públicas en el trámite de aprobación de estudios de impacto ambiental; RM 728-99-EM/VMM, Reglamento de participación ciudadana en los procedimientos de aprobación de los estudios ambientales; RM 535-2004-MEM-DM, Reglamento de participación ciudadana para la realización de actividades energéticas dentro de los procedimientos administrativos de evaluación de los estudios ambientales, actualmente utilizado solo para actividades eléctricas; DS N° 012-2008-EM, Reglamento de participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos y R.M. 571-2008-EM, lineamientos de participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos.

⁴⁷² Informe de la Comisión de Aplicación de Normas de la OIT y conclusiones adoptadas por el pleno de la Conferencia Internacional del Trabajo, 17 de junio de 2010; Relator Especial sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, comunicado de 26 de mayo de 2010.

En el proceso de construcción de consensos sobre el contenido de esta ley intervinieron las organizaciones indígenas amazónicas AIDESEP y la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú - CONAP, que contaron con la propuesta de la Defensoría del Pueblo⁴⁷³.

Esta propuesta fue remitida al Congreso de la República, donde las comisiones de Pueblos Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología (CPAAAAE) y de Constitución y Reglamento, emitieron sendos dictámenes. Si bien la CPAAAAE desarrolló una propuesta muy cercana a la consensuada por los pueblos indígenas y el Estado, ambas convinieron en aceptar la propuesta de la Comisión de Constitución que era un tanto más general pero que recogía los puntos fundamentales que debía contener una ley marco. En un gesto de madurez, el Congreso trataba de avanzar para saldar una deuda histórica. El proceso de debate en el Congreso de la República contó con información y opiniones de un conjunto de especialistas nacionales y extranjeros que colaboraron con sus argumentos para superar los puntos más controvertidos y que generaban entrampamientos⁴⁷⁴.

A continuación mencionamos algunos de los elementos positivos de dicha ley:

Primero: el texto de la ley aprobada es fruto del diálogo realizado en la Mesa de Trabajo N° 3 entre el Estado y los pueblos indígenas durante siete meses de reuniones, luego del conflicto de Bagua; el texto recoge consensos básicos logrados en dicho espacio⁴⁷⁵.

Segundo: en la discusión se unificaron distintas iniciativas normativas en las que se consagraba el derecho a la consulta previa y se acordó tratar el derecho en forma integral y no desmembrada según el tipo de actividad⁴⁷⁶.

Tercero: el contenido de la ley se basa en normas y estándares internacionales y adopta los principios de oportunidad, interculturalidad, buena fe, flexibilidad, plazo razonable, ausencia de coacción, información oportuna;

Cuarto: tiene un alcance subjetivo amplio que abarca también a las comunidades nativas y campesinas;

Quinto: desarrolla las etapas mínimas que debe tener el proceso de consulta y da oportunidad a los pueblos afectados para solicitar la consulta cuando el Estado no la hubiere convocado por sí mismo;

Sexto: otorga protección judicial por la violación de este derecho;

Séptimo: se asigna al INDEPA el carácter de órgano técnico especializado en materia indígena dentro del Poder Ejecutivo y se crea una base de datos oficial sobre pueblos indígenas y originarios⁴⁷⁷.

Sin embargo, el principal obstáculo que encontró el proceso de diálogo intercultural fue el uso del poder político para paralizar la sanción del texto consensuado. El 21 de junio de 2010, luego de haber mencionado la ley ante organismos internacionales como muestra del avance y del compromiso con el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, el Ejecutivo bloqueó la

⁴⁷³ Documento suministrado por FEDEPAZ y MUQUI, Red de propuestas y acción, *Comentarios a las observaciones del Ejecutivo a la autógrafo de la Ley de Consulta de los Pueblos Indígenas y Originarios*, 12 de julio de 2010.

⁴⁷⁴ MUQUI, Red de propuestas y acción. *Comentarios a las observaciones del Ejecutivo a la autógrafo de la Ley de Consulta de los Pueblos Indígenas y Originarios*, 12 de julio de 2010, pág. 3.

⁴⁷⁵ *Ídem*.

⁴⁷⁶ Para el proceso legislativo y los distintos proyectos acumulados, ver:

<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>

⁴⁷⁷ Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT.

promulgación de la norma al formular ocho observaciones. El Presidente de la República, Alan García Pérez, y el Presidente del Consejo de Ministros, Javier Velásquez Quesquén, formularon sus observaciones a la ley, en aplicación del artículo 108 de la Constitución, y solicitaron al Congreso que aclare lo siguiente:

1. Que no existe derecho al veto en caso de no conseguir el consentimiento o el acuerdo con la población afectada y que en estos casos el Estado procederá de conformidad con sus atribuciones constitucionales y legales; que el Estado debe privilegiar el interés de todos los ciudadanos y si no logra un acuerdo o el consentimiento con los pueblos indígenas y la medida beneficia el interés general se establecerá una participación del pueblo en los beneficios y, en su caso, en la indemnización por los daños que pudiera sufrir;
2. Que el Convenio N° 169 de la OIT no prevé la consulta sobre planes, programas y proyectos de desarrollo nacional o regional sino solo sobre medidas legislativas y administrativas. El sometimiento de toda medida legislativa paralizaría el desarrollo del país;
3. Que no hay necesidad de establecer un proceso de impugnación de las decisiones del Poder Ejecutivo sobre la participación de los pueblos indígenas;
4. El concepto de pueblos indígenas utilizado en la ley es muy extenso y de él se deben excluir las comunidades campesinas y costeñas;
5. Que es necesario precisar el concepto de representatividad, de acuerdo con el Estado, y el concepto de “acuerdo” entre el Estado y los pueblos⁴⁷⁸.

El 12 de julio de 2010 la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología emitió un dictamen en el que rechazó las observaciones del Poder Ejecutivo y, bajo la figura de la *insistencia*, sometió nuevamente a consideración el texto aprobado anteriormente⁴⁷⁹. El 13 de julio de 2010 la Comisión de Constitución y Reglamento decidió por mayoría el “allanamiento” a las observaciones del Poder Ejecutivo y modificó la propuesta aprobada inicialmente por el Congreso de la República⁴⁸⁰; la nueva versión “retoca el texto de forma que se pliega a sus mismos objetivos con lenguaje menos franco y hasta más insidioso”⁴⁸¹. Tanto las observaciones del Ejecutivo a la autógrafa de la ley como su posterior aceptación por la Comisión de Constitución del Congreso de la República el 13 de julio de 2010, provocaron malestar y fuertes críticas nacionales⁴⁸² e internacionales⁴⁸³, que solicitaban

⁴⁷⁸ Oficio No. 142-2010-DP/SCM, 21 de junio de 2010.

⁴⁷⁹ Congreso de la República de Perú, Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, dictamen de 12 de julio de 2010.

⁴⁸⁰ Congreso de la República de Perú, Comisión de Constitución y Reglamento, dictamen de 13 de julio de 2010, disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/apoycomisiones/dictamen20062011.nsf/DictamenesFuturo/2574A1D4D32EEE7B0525777C00837A74/\\$FILE/00413DC03MAY060810.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/apoycomisiones/dictamen20062011.nsf/DictamenesFuturo/2574A1D4D32EEE7B0525777C00837A74/$FILE/00413DC03MAY060810.pdf)

⁴⁸¹ Servicios en Comunicación Intercultural (SERVINDI), Bartolomé Clavero, Perú: Ley de Consulta, Defensoría del pueblo, Voz Indígena, 23 de agosto de 2010.

⁴⁸² Hernán Coronado, Milagros Ortega, Ismael Vega, *Análisis a las Observaciones del Poder Ejecutivo sobre la Ley de Consulta Previa aprobada por el Congreso de la República el día 19 de mayo de 2010*, Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, CAAAP, junio de 2010, disponible en:

http://www.servindi.org/pdf/CAAAP_analisis_obs_ley%20consulta30Jun2010.pdf; Comunicado de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP), la Confederación de Comunidades Afectadas por la Minería (CONACAMI), la Confederación Campesina del Perú (CCP) y la Confederación Nacional Agraria (CAN): *¡Exigimos al Congreso la aprobación de la Ley de Consulta de acuerdo al Convenio 169 de la OIT sin el veto del Gobierno!*, disponible en: <http://www.servindi.org/actualidad/28808#more-28808>; MUQUI, Red de propuestas y acción, *Comentarios a las observaciones del Ejecutivo a la autógrafa de la Ley de Consulta de los Pueblos Indígenas y Originarios*, 12 de julio de 2010; IDL - Justicia Viva, *Análisis de las observaciones del Gobierno a la autógrafa de la ley de consulta*, documento de trabajo No. 40, 15 de julio de 2010, disponible en:

http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc15072010-121551.pdf y FEDEPAZ, Dictamen de comisión es inconstitucional, declaración de Javier Jahnce, 18 de agosto de 2010, disponible en: www.fedepaz.org

⁴⁸³ *Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo” aprobada por el Congreso de la República del Perú*, 7 de julio de 2010.

al Estado peruano que adoptara la ley tal como fue aprobada por el Congreso en mayo de 2010⁴⁸⁴.

El pleno del Congreso pudo haber aprobado uno u otro dictamen por mayoría absoluta⁴⁸⁵. La aprobación del texto con las observaciones del Ejecutivo envía un mensaje en el sentido que es mejor contar con cualquier texto de ley sobre el derecho a la consulta previa que no contar con ninguno, lo cual desconoce que los pueblos indígenas peruanos ya cuentan con un marco jurídico nacional e internacional que regula este derecho y que se trataba de reglamentar un derecho ya existente. Aceptar una ley respecto de la cual habrá que inaplicar en el futuro las disposiciones que contravienen las obligaciones internacionales del Estado no abona en el camino de la vigencia efectiva del derecho a la consulta previa.

El uso del poder político para interrumpir el difícil camino del diálogo intercultural recorrido hasta la autógrafa de la ley se transforma nuevamente en generador de situaciones de conflictividad social, las cuales se pretendían superar después de Bagua y evitar mediante el diálogo y la consulta. Varias organizaciones indígenas del Perú han anunciado la realización de una marcha nacional de rechazo a las observaciones del Ejecutivo⁴⁸⁶ y han solicitado al Congreso que apruebe el dictamen que insiste en promulgar la Ley de Consulta Previa aprobada por el pleno del Congreso el 19 de mayo de 2010 o que deje esta decisión al nuevo gobierno⁴⁸⁷. Sin embargo, hasta la fecha de elaboración de este informe el Congreso no había dado una respuesta y, al parecer, se dejará la decisión para el nuevo Gobierno.

K. El Tribunal Constitucional y el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas

En el Perú, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas no ha sido voluminosa y las acciones de amparo o de inconstitucionalidad interpuestas ante este tribunal no han resultado siempre en la protección efectiva del derecho. Aunque algunas acciones dieron lugar a diversas sentencias en las que se desarrollan algunos elementos teóricos del contenido del derecho a la consulta⁴⁸⁸, ellas tienen matices diferentes que necesitan destacarse.

Dentro de las sentencias que tratan sobre la protección del derecho a la consulta, en una de ellas se resuelve prohibir “la realización de la última fase de la etapa de exploración y la etapa de explotación dentro del Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera”⁴⁸⁹, área donde habitan cuatro comunidades nativas y que constituye un banco de agua esencial. Si bien en esta sentencia el TC refuerza el valor de la consulta como un derecho constitucional que debe realizarse en forma previa a emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existente en sus tierras⁴⁹⁰, no exhorta al Estado a

⁴⁸⁴ FEDEPAZ, *Fedepaz exige al Estado Peruano el respeto a los derechos de los pueblos indígenas y la aprobación de la Ley de Consulta Previa tal como fuera aprobada en el Congreso*, comunicado de 10 de agosto de 2010, disponible en: www.fedepaz.org; CONAP, Presentación de la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú – CONAP, tercera sesión del mecanismo de expertos sobre derechos de los pueblos indígenas, Ginebra, 12 de julio de 2010, disponible en: <http://www.conap.org.pe>; Ver también: Amnistía Internacional, *Perú. Bagua: Hay promesa de celebrar consultas, Falta que se haga justicia*, Doc. AMR 46/010/2010, junio de 2010.

⁴⁸⁵ Servicios en Comunicación Intercultural (SERVINDI), Bartolomé Clavero, Perú: Ley de Consulta, Defensoría del pueblo, Voz Indígena

⁴⁸⁶ FEDEPAZ, Comunicado: *Comunidades indígenas en pie de lucha. Anuncian marcha contra ley de consulta observada*, disponible en: www.fedepaz.org.

⁴⁸⁷ Servicios en Comunicación Intercultural (SERVINDI), *Exigen que la ley de consulta y la ley forestal se debatan con el nuevo Gobierno*, 23 de enero de 2011, disponible en <http://www.servindi.org/actualidad/39098>.

⁴⁸⁸ Para un análisis detallado de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre pueblos indígenas, ver: Juan Carlos Ruiz Molleda, *Balance preliminar de jurisprudencia del TC en materia de derechos culturales*, disponible en:

<http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo13082010-055916.pdf>

⁴⁸⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia Exp. No 03343-2007-PA/TC (Cordillera Escalera), resolutivo único.

⁴⁹⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia Exp. N° 03343-2007-PA/TC, fundamento N° 32; Convenio N° 169 de la OIT, artículo 15.

respetar la decisión adoptada en el proceso de consulta y abre la puerta para que la explotación continúe después de la realización de un “plan maestro”.

Posteriormente, en junio de 2010, en una decisión que representa un revés jurisprudencial en la materia, el Tribunal Constitucional declaró improcedente una demanda de amparo “porque no se ha acreditado la existencia de la comunidad en aislamiento voluntario o no contactada, sin perjuicio de reconocer el derecho inalienable de los Pueblos Indígenas y Tribales a ser consultados conforme al Convenio 169 de la OIT”⁴⁹¹. Este caso está relacionado con una demanda de amparo interpuesta por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP), en la que solicitaba al Tribunal, entre otras peticiones, que ordenara la suspensión de los actos de exploración y/o explotación de hidrocarburos en los lotes 67 y 39 ubicados en el departamento de Loreto, en el territorio de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario en el ámbito geográfico de la “Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre”. Ciertos elementos de esta sentencia pueden considerarse como retrocesos:

- A pesar de que reconoce que todo proyecto de exploración y explotación desde 1995 se viene desarrollando sin la participación ni la consulta de las poblaciones afectadas, lo que sería inconstitucional, otorga validez a “una serie de actos de buena fe por parte de las empresas comprometidas en estos proyectos”;
- No le otorga al derecho a la consulta el valor de deber del Estado sino que enfatiza que ésta debe ser, en este caso, puesta en práctica de forma gradual por parte de “las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes”;
- Debilita la posición de las comunidades afectadas al disponer que se ponga en marcha “un plan de compromisos compartidos entre las empresas privadas involucradas, que no verán paralizadas sus acciones, y las propias comunidades y sus dirigentes”;
- Declara que “las actuaciones de estas empresas se viene dando en el marco de Contratos-Ley firmados con el Estado Peruano y garantizados por el artículo 62° de la Constitución”. De esta manera, en aras de la protección de la seguridad jurídica de los contratos entre las empresas y el Estado desprotege el derecho a la consulta⁴⁹²;
- Declara que el proceso de amparo “no es la vía adecuada por carecer de estación probatoria respecto de cuestiones tan controvertidas”, como la existencia de las comunidades en aislamiento voluntario o no contactadas. El Tribunal Constitucional olvida que la tarea de identificación de los pueblos en aislamiento voluntario es del Estado⁴⁹³.

Posteriormente, el 9 de junio de 2010 el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la consulta de medidas legislativas, en una controversial sentencia en una acción de inconstitucionalidad contra el Decreto 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales⁴⁹⁴. En esta oportunidad, el Tribunal adoptó una postura ambigua, porque a pesar de desarrollar de forma extensa el contenido del derecho a la consulta previa de la mano del derecho internacional, declaró infundada la petición de inconstitucionalidad⁴⁹⁵ debido a que la norma bajo cuestionamiento permite interpretar que los alcances de su articulado no incluyen a los pueblos indígenas.

⁴⁹¹ Tribunal Constitucional, Sentencia Exp. No 06316-2008-PA/TC (AIDSESP).

⁴⁹² Juan Carlos Ruiz Mollada y Luis Andrés Roel Alva, *Los actos administrativos no consultados y posteriores a la entrada en vigencia del Convenio 169 son inconstitucionales*, 12 de agosto de 2010, disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=344>; Bartolomé Clavero, El Tribunal Constitucional contra sí mismo, disponible en: <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=6686#more-6686>

⁴⁹³ Juan Carlos Ruiz Mollada y Luis Andrés Roel Alva, “Los actos administrativos no consultados y posteriores a la entrada en vigencia del Convenio 169 son inconstitucionales”, Cit. y Luis Alberto Huerta Guerrero, “Proceso de amparo y derecho de consulta previa a los pueblos indígenas”, 8 de julio de 2010, disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/104858/proceso-de-amparo-y-derecho-de-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas>

⁴⁹⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia Exp. No 0022-2009-PI/TC (Tuanama Tuanama).

⁴⁹⁵ *Idem*.

A pesar de considerar que el decreto no es aplicable a los pueblos indígenas, el Tribunal identifica las características esenciales del derecho a la consulta previa: "a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) objetivo de alcanzar un acuerdo, d) transparencia; y, e) implementación previa del proceso de consulta"⁴⁹⁶. Agrega que estas características "son también principios orientadores" que pueden guiar el proceder de las autoridades "en caso de presentarse vacíos en la legislación"⁴⁹⁷. Asimismo, señala que si "estos elementos se encuentran ausentes, la afectación del derecho de consulta se tendrá que comprender como una de tipo arbitraria y por lo tanto inconstitucional"⁴⁹⁸. Igualmente, señala las etapas y pautas que debe tener un proceso de consulta para que se configure correctamente el proceso de consulta:

- i) El inicio de todo el proceso será la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. Esta tarea debe ser realizada por la entidad que está desarrollando tal medida.
- ii) En segundo lugar se deben determinar todos los pueblos indígenas posibles de ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.
- iii) Una vez notificados los sujetos que intervendrán, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto la medida. Luego tendrá que pasarse a la negociación propiamente dicha.
- iv) Si es que el pueblo indígena se encuentra de acuerdo con la medida entonces, concluye la etapa de negociación.
- v) De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. Este Colegiado estima pertinente que en este punto de la etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar con la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo indígena⁴⁹⁹.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional interpretó el sentido del consentimiento como finalidad del derecho a la consulta, de la siguiente manera:

Si bien en el último párrafo del artículo 6 del Convenio se expresa que la consulta debe ser llevada a cabo "con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas", ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta. De ello se infiere que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. Lo que pretende la norma es institucionalizar el diálogo intercultural⁵⁰⁰.

En un contexto en cual el Gobierno observó la ley aprobada por el Congreso en mayo de 2010 esta sentencia resulta útil para brindar un marco de reglas y principios que guíen la realización de los procesos de consulta y ayuden a la implementación de este derecho en el Perú.

Cabe señalar, sin embargo, que en una sentencia de agosto de 2010, relacionada con una petición de aclaración de la sentencia que declaró la constitucionalidad de la exploración y

⁴⁹⁶ *Ibidem*, fundamento 26.

⁴⁹⁷ *Idem*.

⁴⁹⁸ *Idem*.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, fundamento 41.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, fundamento 24.

explotación de hidrocarburos en la Reserva Napo Tigre, el Tribunal estableció “la obligatoriedad de la consulta previa desde la publicación de la STC 0022-2009-PI/TC” (sobre la constitucionalidad del Decreto 1089). El Tribunal afirma que al desarrollar, en la sentencia STC 0022-2009-PI/TC, los principios generales del derecho a la consulta marcó un hito, que debe ser tomado como una pauta que permita de ahí en adelante la “plena eficacia del derecho de consulta”. En la lógica del Tribunal, antes del desarrollo jurisprudencial de la sentencia 0022-2009-PI/TC no era posible lograr la plena eficacia del derecho y esta sería la razón por la cual en la parte resolutive afirma que la vigencia del derecho se establece a partir de la publicación de dicha sentencia.

Se trata de una decisión desafortunada del Tribunal, entre otras razones, porque i) se adopta en el marco de una solicitud de aclaración de otra sentencia, la 06316-2008-PA/TC, que si bien se refiere en general a la consulta previa, no pone en debate el tema de la vigencia del derecho a la consulta, y en este sentido se trata de una sentencia arbitraria, que toma decisiones claramente fuera del mandato que estaba ejerciendo, cual era aclarar otra sentencia; ii) la vigencia de una obligación jurídica de respetar y garantizar un derecho no depende de que existan desarrollos jurisprudenciales (o legales) del mismo; ésta depende del momento de ratificación de un tratado internacional, que en el caso del Convenio N° 169 se produjo, para Perú, en febrero de 1995; iii) la obligatoriedad de un derecho cuya fuente es un pacto internacional la define el propio convenio, el derecho internacional o un tribunal internacional, mas no las instancias judiciales internas⁵⁰¹.

La labor del Tribunal Constitucional es clave para la protección efectiva del derecho a la consulta previa, más aun cuando todavía se encuentran pendientes de decisión diversas demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra los decretos legislativos expedidos con base en facultades delegadas⁵⁰². Resta esperar que el Tribunal Constitucional decida estas demandas con total apego a los compromisos internacionales del Estado peruano.

CONCLUSIONES

En el Perú el Convenio 169 de la OIT se encuentra vigente desde 1995 y existen algunas decisiones del Tribunal Constitucional sobre el contenido del derecho a la consulta previa, así como iniciativas legislativas y recomendaciones e informes de instituciones estatales y no gubernamentales sobre cómo implementar este derecho. Sin embargo, los avances concretos hacia el pleno respeto del derecho a la consulta han sido muy limitados. La normativa peruana que aborda el tema del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas es dispersa, inadecuada e insuficiente.

Durante los últimos años ha habido un crecimiento acelerado de la inversión privada para el desarrollo de actividades extractivas de recursos naturales en zonas andinas y amazónicas donde habitan pueblos indígenas, sin consultar previamente con las comunidades afectadas. El área ocupada por la minería casi se ha triplicado y los lotes petroleros se sextuplicaron, solo en territorio amazónico. Lamentablemente, los conflictos sociales han aumentado al mismo ritmo de crecimiento de la inversión privada y el manejo inadecuado de aquellos ha creado inestabilidad e inseguridad. Las cifras oficiales sobre el número y la dimensión de los conflictos sociales no dejan duda sobre la gravedad de la situación y evidencian la necesidad de adoptar una legislación que regule el derecho a la consulta previa y que la consagre como un requisito previo a la toma de decisiones administrativas o legislativas que afecten los derechos de los pueblos indígenas.

⁵⁰¹ Para un análisis con mayor detalle de esta sentencia del Tribunal Constitucional, ver: Juan Carlos Ruiz Molleda,

⁵⁰² Para el detalle de las iniciativas de las entidades estatales, ver: DPLF/IDL/Seattle University School of Law, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*, Cit., pág. 52.

Después de los violentos acontecimientos de Bagua se generaron importantes espacios de diálogo intercultural que culminaron con la redacción consensuada de un proyecto de Ley Marco para regular el derecho a la consulta previa de las poblaciones indígenas. Luego de ser aprobado por el Congreso, el Poder Ejecutivo lo observó en temas neurálgicos y dejó su aprobación en suspenso y el problema sin regulación legal. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha jugado un rol errático en relación con este tema. Si bien ha emitido sentencias importantes en las que le ha dado contenido constitucional al derecho a la consulta previa, ha dado un grave revés al señalar, en contravía de los estándares internacionales, que este derecho solo es exigible a partir de junio de 2010.

La conflictividad social derivada de la falta de consulta previa es una razón suficiente para afirmar que Perú no debe esperar a que se repitan hechos violentos similares a los ocurridos en Bagua, para hacer aprobar una ley consensuada que allane el camino para hacer de la consulta previa una práctica real. Ante la realidad de los megaproyectos de inversión que quiere emprender y que de hecho ha emprendido el Estado en tierras indígenas, es urgente que se comiencen a implementar los principios internacionales del derecho a la consulta previa, que están incorporados en el ordenamiento jurídico de Perú desde hace tiempo y que no han podido aplicarse, entre otros aspectos porque a pesar de haber sido revitalizados en una contradictoria sentencia del Tribunal Constitucional, todavía se perciben como una simple declaración sin muestra real de voluntad política que los haga operativos.

TERCERA PARTE

Recomendaciones

De conformidad con los estándares internacionales reseñados en el presente informe y con el análisis jurídico y fáctico de la situación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas en la Región Andina, se han elaborado una serie de recomendaciones —ordenadas por actor— que incluyen recomendaciones tanto generales como específicas para los Estados, las empresas, los pueblos indígenas y sus representantes y la sociedad civil. Naturalmente, y de acuerdo con las obligaciones internacionales analizadas en el presente informe, la mayor cantidad de recomendaciones están dirigidas a los Estados.

Recomendaciones para los Estados

Sobre la situación general de los pueblos indígenas y tribales

1. Revisar integralmente, con la participación de los pueblos indígenas y tribales, todas las leyes, políticas públicas, programas y proyectos relacionados con sus derechos, teniendo especial consideración con la situación de vulnerabilidad y exclusión social en la que normalmente se encuentran estos pueblos y con la necesidad de lograr el respeto y la garantía no solo de sus derechos civiles y políticos sino también de sus derechos económicos, sociales y culturales.
2. Establecer mecanismos permanentes de atención de la situación de los pueblos indígenas, que generen espacios de diálogo óptimos para que, con la participación de las comunidades interesadas, se adopten medidas y soluciones concertadas para las problemáticas urgentes; estas soluciones deben ser compatibles con las tradiciones e identidad cultural de las comunidades indígenas y tribales, de manera que se evite la asimilación cultural.
3. Suministrar información sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales, así como sobre los mecanismos de protección que existen y están disponibles para atender la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran dichos pueblos. Es esencial en este punto no solamente crear o fortalecer los órganos estatales encargados de estos temas, sino además, crear mecanismos de reparación integral que atiendan la vulnerabilidad ya existente causada por el olvido histórico del Estado hacia los pueblos indígenas y tribales.
4. Adoptar un concepto amplio de pueblos indígenas y tribales, que tome en cuenta tanto elementos objetivos como subjetivos que permitan la protección especial de todos los grupos y comunidades que reúnan dichos elementos.
5. Armonizar el discurso nacional con aquel que se presenta ante los organismos internacionales.
6. Crear, mejorar y fortalecer, con la participación de los pueblos indígenas, los métodos de sistematización de información referida a estos pueblos y a su situación.
7. Incorporar a los miembros de los pueblos indígenas en los censos nacionales y adoptar el criterio de autoidentificación.
8. Garantizar el acceso a servicios básicos para la población indígena, especialmente en zonas rurales con altos índices de pobreza.

Sobre el derecho a las tierras ancestrales

9. Respetar y garantizar los derechos a la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas y tribales, para lo cual los Estados deberán:
 - Otorgar títulos oficiales del territorio ancestral;
 - Demarcar o delimitar físicamente la propiedad;
 - Conceder valor jurídico a la posesión de las tierras ancestrales;
 - Restituir, cuando corresponda, las tierras ancestrales a las comunidades y cuando la restitución no fuera posible, otorgar tierras alternativas de la misma calidad que las perdidas.
 - Todo lo anterior debe realizarse en consulta con las comunidades involucradas.
10. Adoptar mecanismos técnicos, transparentes, sencillos y adecuados que permitan superar el rezago en la regularización de las tierras y cumplir integralmente con las obligaciones mencionadas en el punto anterior.
11. Fortalecer, con la participación de las comunidades involucradas, la institucionalidad apropiada para llevar a cabo las tareas mencionadas en el punto 9, de manera que el Estado cuente con los recursos humanos y financieros necesarios y adecuados.
12. Garantizar el debido proceso y el plazo razonable.

Sobre el derecho a la consulta previa

13. Realizar de manera inmediata procesos de consulta previa que respeten los requisitos que han sido establecidos por el derecho y la jurisprudencia internacional y que ya son parte del ordenamiento jurídico interno, sin necesidad de esperar la sanción de una ley específica sobre consulta previa.
14. Iniciar procesos legislativos o impulsar los existentes para regular la consulta previa con la participación efectiva de las comunidades indígenas, de forma tal que éstas tengan una incidencia clara en el texto final. Una ley única sobre consulta previa, que abarque las distintas actividades que se quieran llevar a cabo en los territorios indígenas o tribales, es una óptima respuesta a la confusión reinante con diversas leyes y reglamentos.
15. Abstenerse de vetar los procesos legislativos consensuados.
16. Revisar o adoptar sistemas jurídicos de restricciones del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales que cumplan con los estándares internacionales.
17. Hacer compatible la política de desarrollo económico del Estado con las prioridades de desarrollo de los pueblos indígenas.
18. Abstenerse de diseñar e implementar proyectos de extracción de recursos naturales o de construcción de obras de infraestructura en territorios indígenas o tribales sin un previo, amplio y legítimo proceso de consulta con los pueblos afectados, que tenga verdaderamente como meta obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos en cada etapa del proyecto.
19. Asegurar la realización de estudios de impacto social y ambiental por parte de entidades independientes e imparciales técnicamente capacitadas, bajo la supervisión del Estado, de manera previa al comienzo de cualquier plan de desarrollo a realizarse en territorio indígena o al otorgamiento de una concesión para la explotación de recursos naturales.
20. Crear o fortalecer los espacios de diálogo existentes entre el Estado, las comunidades y las empresas; dotarlos de estabilidad, permanencia y recursos económicos necesarios para

funcionar y ser operativos; establecer metodologías concertadas y reconocer la representatividad de las organizaciones indígenas.

21. Respetar e implementar los acuerdos logrados en el marco de los espacios mencionados en la recomendación 20.
22. Adoptar o implementar legislación sobre la responsabilidad de las empresas por la vulneración de los derechos de las comunidades indígenas o tribales derivada de la ejecución de sus proyectos.
23. Supervisar permanentemente las actividades de las empresas que tengan contratos con el Estado para ejecutar proyectos en los territorios indígenas o tribales.
24. Implementar la protección judicial rápida y efectiva ante el incumplimiento del Estado, de las empresas o de terceros de sus deberes de respeto de los derechos de los pueblos que habitan en los lugares de ejecución de proyectos, de manera que puedan prevenirse daños irreparables.
25. Acatar las decisiones judiciales que protegen el derecho a la propiedad colectiva y ordenan la suspensión de la ejecución de proyectos que causan daños irreparables al ambiente y al tejido social y cultural indígena o tribal.
26. Investigar, juzgar y, cuando sea del caso, sancionar penal, disciplinaria, civil o administrativamente a los funcionarios públicos y a los particulares que incurran en conductas irregulares que atenten contra el derecho a la consulta previa.
27. Realizar una evaluación integral de los proyectos que estén por iniciarse, se encuentren en marcha o ya se hayan realizado o ejecutado sin consulta previa a los pueblos indígenas y tribales afectados. Esto, con el propósito de identificar no solo los daños ambientales ya causados y los que se podrían ocasionar en el futuro, sino también la alteración de la forma de vida y la subsistencia de los pueblos afectados. Una vez identificados estos daños y alteraciones, adoptar las medidas de mitigación, reparación, compensación, prevención y sanción que sean necesarias, en consulta con las comunidades afectadas.
28. Suspender aquellos proyectos que intensificarán los daños ya causados o que afectan de manera irreparable la forma de vida de los pueblos indígenas o tribales.
29. Diseñar un plan de reparación integral que se haga efectivo de forma prioritaria.
30. Implementar medidas de cooperación internacional en los proyectos que tengan efectos transnacionales.
31. Cumplir con las decisiones y recomendaciones de los organismos internacionales.
32. Utilizar los mecanismos internacionales existentes para buscar asesoría técnica en el análisis de la compatibilidad de las medidas diseñadas con los estándares y las obligaciones internacionales, antes de que sean aprobadas o puestas en práctica.

Situaciones especiales

33. Brindar protección efectiva a los líderes indígenas, y a los pueblos amenazados con exterminio físico, en consulta con los mismos. Dichas medidas deben contar con el presupuesto y los recursos humanos necesarios y suficientes para fortalecer verdaderamente los planes de protección ya implementados y tomar en consideración particularmente las medidas cautelares y provisionales emitidas por los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

34. En casos de desplazamiento forzado de pueblos indígenas o tribales, los Estados deben proteger sus territorios, evitar su usurpación y garantizar a las comunidades desplazadas el retorno en condiciones de seguridad, voluntariedad y dignidad. En los casos en que el retorno no sea posible, los Estados deben otorgar condiciones dignas de supervivencia y acceso a servicios sociales básicos. Si el desplazamiento se torna permanente, deberán dotarlos de una tierra alternativa de la misma calidad y extensión que aquella de la que fueron desplazados.
35. En casos de servidumbre o de trabajo forzado de miembros de las comunidades indígenas o tribales, los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para abolir estas situaciones y dar especial prioridad a la identificación de las áreas donde esto sucede, a la titulación inmediata de sus tierras y al cumplimiento imperativo de las decisiones de los organismos internacionales emitidas al respecto.
36. Suspender o abstenerse de desarrollar las actividades militares que se estén llevando a cabo en los territorios de los pueblos indígenas o tribales, a menos que lo justifique una razón seria de interés público o que la realización de tales actividades se haya acordado previa y libremente con los pueblos indígenas interesados, por medio de sus instituciones representativas, o que éstos las hayan solicitado.
37. Investigar seriamente las violaciones de los derechos humanos de los pueblos indígenas y, si es del caso, sancionar a los responsables.
38. Adoptar medidas de reparación integral y de no repetición de hechos constitutivos de violaciones de derechos humanos de los pueblos indígenas.

Recomendaciones para las empresas

Debido al poder económico y de negociación con que cuentan las empresas que desarrollan proyectos de exploración y explotación de recursos naturales y de construcción de infraestructura en territorios indígenas, ellas juegan un papel trascendental en el logro efectivo del respeto del derecho a la consulta previa de los pueblos afectados. En razón de ello se formulan las siguientes recomendaciones:

1. Cumplir con su deber de respetar los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales.
2. Incorporar en su estructura institucional el conocimiento técnico permanente sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales protegidos tanto en el ámbito nacional como internacional, de manera que puedan respetarlos y garantizarlos en sus actividades. En particular, las empresas deben profundizar su conocimiento sobre el derecho a la consulta previa, durante todas las etapas del proyecto, y sobre las características especiales del pueblo o pueblos respectivos.
3. Brindar a la población información completa sobre el proyecto, la cual debe incluir, al menos:
 - Las características de la empresa y sus propias expectativas con el proyecto,
 - El diseño y los planes de desarrollo del proyecto,
 - Los posibles impactos sociales, económicos y ambientales,
 - Las características ambientales del proyecto,
 - Los acuerdos alcanzados.
4. La información difundida por la empresa debe ser veraz y debe suministrarse en forma entendible, clara y transparente, con especial consideración de la lengua en la que la comunidad se comunica.

5. Crear espacios de recepción y atención de preocupaciones, quejas u opiniones de la comunidad sobre los proyectos así como de solución de controversias; fijar y cumplir plazos razonables de respuesta o solución. Las respuestas deben ser susceptibles de recursos judiciales ante las instancias nacionales pertinentes.
6. Tomar conciencia que la vulneración de los derechos de los pueblos que se encuentran en los territorios donde desarrollan sus proyectos genera responsabilidad de la empresa y de sus directivos, así como responsabilidad internacional del Estado.
7. Participar en todos los espacios de diálogo con el Estado y con las comunidades y respetar los acuerdos alcanzados y los consentimientos logrados.
8. Respetar los resultados de los procesos de consulta realizados.
9. Suministrar información de manera continua y permanente durante todo el proceso de ejecución de un proyecto y no únicamente durante la fase inicial de los proyectos y la aprobación de los estudios de impacto ambiental.
10. Asumir el papel que juegan en el desarrollo local con seriedad, consultando a las comunidades y dotando de permanencia los procesos que quieran realizar.
11. Abstenerse de usar el rol que les toca asumir en la sociedad para legitimar actividades nocivas del medio ambiente y del tejido social y cultural de las comunidades.

Recomendaciones para las organizaciones indígenas y sus representantes

Las organizaciones indígenas, por intermedio de sus representantes, son artífices de los cambios logrados a nivel nacional e internacional. En razón de ello se hacen las siguientes recomendaciones.

1. Profundizar su conocimiento sobre el marco regulatorio que se aplica al proyecto que se desarrolla en sus comunidades.
2. Difundir información sobre la organización económica, social, cultural y política de las comunidades indígenas, con el fin de evitar o superar el desconocimiento que existe al respecto.
3. Dar a conocer sus formas de representación, para lograr un entendimiento con el Estado y con las empresas y el respeto de los acuerdos logrados con los representantes adecuados.
4. Transmitir a la comunidad que representan, con claridad, transparencia y responsabilidad, los logros y beneficios alcanzados en los acuerdos con el Estado y con las empresas, para diseñar junto con la comunidad las medidas de implementación y distribución de los mismos.
5. Mantener el diálogo con el Estado y con las empresas y buscar mecanismos de restablecimiento del mismo, si este se rompe.
6. Mejorar las capacidades para la toma de decisiones y para la representación.
7. Utilizar los mecanismos y los foros nacionales e internacionales pertinentes para hacer visible la situación en la que se encuentran y denunciar internacionalmente el desconocimiento de sus derechos.

8. Cooperar, a nivel nacional e internacional, con líderes de otras comunidades indígenas y tribales, con el propósito de profundizar el conocimiento sobre la protección de los derechos en situaciones similares y la búsqueda de medidas que hayan funcionado o fracasado en otros lugares.

Recomendaciones para la sociedad civil

El importante rol que cumple la sociedad civil en la protección de los derechos de los pueblos indígenas es innegable y ha ayudado al conocimiento más profundo de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los pueblos indígenas y tribales, así como a la utilización más adecuada de los mecanismos internos e internacionales de defensa de sus derechos. Por ello, se pueden realizar las siguientes recomendaciones para fortalecer su rol:

1. Utilizar todos los mecanismos y recursos legales a su alcance para ayudar a disminuir la asimetría entre el poder de las empresas y el Estado, por una parte, y el de las comunidades indígenas, por otra. Difundir al interior de la sociedad civil información sistematizada sobre el marco jurídico nacional e internacional que protege los derechos de los pueblos indígenas y tribales; brindar asesoría técnica y legal gratuita a grupos indígenas en casos relacionados con el derecho a la tierra y al territorio; detectar ejemplos de buenas prácticas de todos los actores involucrados, que puedan aportar al diseño óptimo y a la vigencia plena del derecho a la consulta previa.
2. Asesorar a las comunidades y a sus representantes en el uso de los mecanismos internos e internacionales de protección de sus derechos.
3. Dar visibilidad a las problemáticas indígenas tanto a nivel nacional como internacional.
4. Promover los espacios de diálogo existentes, crear nuevos y fomentar la reconstrucción del diálogo cuando este se quiebre.
5. Elaborar documentos de trabajo sobre el marco jurídico e institucional aplicable a un proyecto determinado, que faciliten la comprensión por parte de las comunidades locales del derecho aplicable a su situación, así como los pasos a seguir para defender sus derechos.
6. Elaborar propuestas de medidas apropiadas para lograr el debido respeto del derecho a la consulta.

Recomendaciones para los organismos internacionales y de cooperación internacional

1. Atender la situación de los pueblos indígenas y tribales.
2. Supervisar de manera permanente la situación de los pueblos indígenas y dar seguimiento constante al trabajo realizado, a las recomendaciones y decisiones adoptadas y al cumplimiento o incumplimiento de las mismas por parte de los Estados.
3. Cooperar con la difusión y capacitación sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales y sobre los mecanismos internacionales existentes y la forma de utilizarlos.
4. Apoyar a los pueblos indígenas y tribales para que cuenten con representación legal adecuada que les permita defender sus derechos tanto a nivel nacional como internacional.
5. Establecer alianzas estratégicas con las comunidades indígenas a favor de la protección de sus derechos.