

IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos es una institución internacional autónoma de carácter académico, creada en 1980 en virtud de un convenio suscrito entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la República de Costa Rica.

Hoy en día, es uno de los más importantes centros mundiales de enseñanza e investigación académica sobre derechos humanos. Ejecuta más de 50 proyectos locales y regionales para la diseminación de estos derechos entre las principales entidades no gubernamentales y entre las instituciones públicas del hemisferio americano.

ISBN: 978-9930-514-09-2



9 789930 514092

EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA: UNA MIRADA CRÍTICA DESDE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

IIDH

IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA: UNA MIRADA CRÍTICA DESDE LOS PUEBLOS INDÍGENAS



REAL EMBAJADA DE NORUEGA



**EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA,
LIBRE E INFORMADA:
UNA MIRADA CRÍTICA DESDE LOS PUEBLOS
INDÍGENAS**

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

323.7

I59d Instituto Interamericano de Derechos Humanos
El derecho a la consulta previa, libre e informada : una mirada crítica desde
los pueblos indígenas / Instituto Interamericano de derechos humanos. --
San José, C.R. : IIDH, 2016
142 p. : 22 x 28 cm.
ISBN 978-9930-514-09-2
1. Derechos de los pueblos indígenas. 2. Consulta previa. 3. Derechos de las
mujeres. 4. América Latina. 5. Suramérica.

Las ideas expuestas en este libro son de exclusiva responsabilidad de las personas autoras y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Se permite la reproducción total o parcial de los materiales aquí publicados, siempre y cuando no sean alterados, se asignen los créditos correspondientes y se haga llegar una copia de la publicación o reproducción al editor.

Equipo productor de la publicación:

José Thompson J.
Director Ejecutivo del IIDH y Director de CAPEL

Larissa Segura
Coordinación técnica, IIDH

Javier Rodríguez O.
Especialista en consulta y pueblos indígenas
Coordinación académica

Laeticia Braconnier y Nick Middledorp
Asistentes académicos

María Luisa Gómez
Asistente

Lucrecia Molina Theissen
Edición y corrección de estilo

Rosembert Ariza
Irma Alicia Velázquez Nimatuj
Nick Middledorp
Autores/as

Marialyna Villafranca
Diagramación y artes finales

Imprenta y Litografía Versalles S.A.
Impresión

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail: s.especiales2@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Tabla de contenido

Presentación	7
Introducción	9
¿Qué es la consulta previa, libre e informada?	13
I Parte	
Capítulo I. El escenario regional	17
Capítulo II. La situación del derecho a la consulta previa, libre e informada en Mesoamérica	37
Capítulo III. La situación del derecho a la consulta previa, libre e informada en la Región Andina y el Sur	49
Capítulo IV. Mujeres indígenas y consulta previa en América Latina	67
Capítulo V. Conclusiones y recomendaciones.....	87
II Parte	
Estándares internacionales.....	97
Anexos	
Tabla de ratificaciones del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales	131
Bibliografía.....	133
Listas de participantes	137

Presentación

El libro *El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas* es producto de los *Encuentros sobre la Aplicación del Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada contenido en el Convenio 169 y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, efectuados en agosto y septiembre de 2015 en San José, Lima y Asunción, con la participación de líderes y lideresas indígenas de Mesoamérica, la Región Andina y el Cono Sur, incluyendo Brasil.

Esta primera aproximación del IIDH a las vivencias y experiencias de las comunidades en torno a la obligación del Estado de realizar su derecho a la consulta es parte de los esfuerzos para llevar a la práctica las prioridades relativas a la democracia y a las diversidades establecidas en nuestro Marco estratégico 2015-2020 “Educando en derechos humanos, promoviendo su vigencia”.

Los *Encuentros* fueron espacios de escucha atenta y respetuosa de las y los líderes indígenas que expresaron libremente sus opiniones y críticas alrededor de cómo se está implementando su derecho a la consulta en sus países. Estas fueron plasmadas en el texto y, en general, constituyen un llamado a la preservación de sus territorios y de la vida natural y humana que bulle en ellos. Esto, como lo señalaron, pasa por respetar los compromisos internacionales de derechos humanos de los pueblos indígenas, contraídos de buena fe por los Estados latinoamericanos al ratificar o firmar los instrumentos citados, para preservar su integralidad cultural fuertemente asociada con los territorios que habitan.

Las mujeres indígenas requieren una mención aparte en tanto alzaron fuertemente su voz en los *Encuentros*, tal como lo hacen en todos los foros en los que están presentes, para poner sobre la mesa sus demandas de participación en los procesos de consulta, en condiciones de igualdad con los varones indígenas, sin discriminaciones de ningún tipo. El IIDH reconoce desde siempre su papel e importancia en la vida comunitaria y en el resguardo y reproducción de la identidad cultural, lo que se reflejó en el desarrollo de la investigación, en la relevancia que se le dio a su participación en los *Encuentros* y en el propio texto de este libro.

Además de las voces de los titulares del derecho a la consulta, en la segunda parte del libro se plasma una sistematización sobre los estándares internacionales elaborada a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador.

El IIDH expresa sus agradecimientos por el apoyo recibido al profesor Javier La Rosa, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Perú; y al Ministerio de la Defensa Pública del Paraguay, en especial a su directora general Noyme

Yore; a Marta Raquel Rivaldi y Marcos González, del Departamento de Relaciones Internacionales e Interinstitucionales; y a la especialista en pueblos indígenas, Ana María Fernández. Asimismo, le agradece, por su colaboración.

Con esta nueva publicación, el IIDH reafirma su compromiso permanente con los pueblos indígenas que habitan el continente para la promoción del respeto a sus derechos y su plena vigencia mediante la investigación, la difusión y enseñanza de los derechos humanos en la región.

*José Thompson J.
Director Ejecutivo*

Introducción

Los procesos de consulta a los pueblos indígenas son una obligación internacional de los Estados de acuerdo con las disposiciones del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Sin embargo, estos procesos participativos afrontan limitaciones como la falta de claridad conceptual y consensos sobre quiénes representan a los pueblos indígenas, entre otras, ante las cuales los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos han hecho informes temáticos y visitas *in loco* o emitido sentencias tanto para evaluar la situación como para contribuir a la garantía de sus derechos individuales y colectivos con base en estándares internacionales.

Esta situación afecta a alrededor de 642 pueblos indígenas en América Latina, entre treinta y cincuenta millones de habitantes, que siguen siendo objeto de discriminación debido a sus diferencias étnicas y culturales, pese a los avances en el reconocimiento del carácter multicultural de los países de la región obtenidos gracias a su organización, movilizaciones e incidencia en ámbitos de decisión, lo que les han permitido ganar espacios de participación y ejercicio de sus derechos específicos e impulsar la ratificación de tratados internacionales, reformas constitucionales y otras leyes de protección. No obstante, persiste una brecha de implementación que no ha hecho posible un impacto efectivo de los avances jurídicos y políticos en sus condiciones de vida.

En vista de lo anterior, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) como parte del proyecto *Implementación Práctica de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* efectuó una primera aproximación a la situación del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada desde sus propias percepciones, experiencias y saberes. Esta incluyó, entre otras actividades, la realización de los *Encuentros sobre la Aplicación del Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada contenido en el Convenio 169 y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, con el objetivo de conocer de primera mano, desde la voz de los pueblos, la situación de dicho derecho.

Se efectuaron tres *Encuentros*. El primero de ellos se realizó en las instalaciones del IIDH los días 19 y 20 de agosto de 2015 con la asistencia de participantes de los países centroamericanos y México, que abordaron el estado del derecho a la consulta en esta región; el evento se instaló con la presencia del director del IIDH, José Thompson J., y con una invocación indígena. En la Facultad de Derecho de la

Pontificia Universidad Católica del Perú, en Lima, los días 14 y 15 de septiembre de 2015, se realizó el segundo encuentro con personas indígenas provenientes de Venezuela, Colombia, Ecuador, Bolivia y Perú. El tercero se efectuó en la sede del Ministerio de la Defensa Pública, en Asunción, Paraguay, los días 17 y 18 de septiembre de 2015, y acudieron delegaciones de los pueblos indígenas de Paraguay, Argentina, Chile y Brasil.

En todas las reuniones se presentó como referente el caso de Colombia debido a los desarrollos de este derecho por la vía de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y se revisaron las situaciones y obstáculos que se enfrentan en su realización.

Adicionalmente, además de escuchar directamente de los titulares del derecho a la consulta libre, previa e informada lo que está pasando con su aplicación, el IIDH se propuso sistematizar, analizar y difundir los estándares emanados de la jurisprudencia de la Corte IDH con el propósito de mejorar las capacidades de incidencia y participación de los pueblos indígenas para asegurar la efectiva implementación de los derechos contenidos en los citados instrumentos.

Como resultado de este proceso impulsado por el IIDH, los hombres y mujeres indígenas que desempeñan puestos de representación y liderazgo en sus comunidades actualizarán sus conocimientos sobre los avances jurisprudenciales y prácticos relativos a sus derechos y, en particular, el derecho a la consulta previa, libre e informada, que es fundamental para asegurar su sobrevivencia y la realización de sus propios proyectos de vida en paz, libertad y seguridad, con la preservación de su identidad cultural, en igualdad y sin discriminaciones de ningún tipo.

La investigación realizada combinó distintas técnicas. En lo correspondiente a los Encuentros se recurrió a técnicas cualitativas tales como la escucha de historias de vida y testimonios que se presentan de manera resumida en la publicación¹. Asimismo, se recibieron ponencias sobre la consulta en Guatemala y Colombia. De otra parte, para la sistematización de estándares internacionales para la buena práctica de este derecho se recurrió al análisis de textos, concretamente la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador (fondo y reparaciones, 27 de junio de 2012). En todos los casos, acudieron hombres y mujeres líderes y representantes de las comunidades y pueblos indígenas de los países mencionados.

El respeto a los derechos humanos, en especial a los de los pueblos históricamente relegados en nuestros países, indudablemente contribuirá a afianzar los regímenes democráticos cuya legitimidad es puesta en duda debido al incumplimiento de sus obligaciones internacionales en este campo por parte de los Estados. Con

1 Los términos “comunidades negras” o “negros”, que se emplean en el contexto colombiano, figurarán en la publicación de manera indistinta junto con “afrodescendientes”, con respeto a las autoadscripciones de los pueblos y comunidades y las formas en las que se identifican.

ese objetivo, el IIDH formuló su Marco Estratégico 2015 – 2020 “Educando en Derechos Humanos, Promoviendo su Vigencia”, en el que identificó como sus prioridades temáticas la promoción de democracias funcionales e incluyentes y el reconocimiento y valoración de las diversidades. Es en este contexto en el que se inscriben el proyecto *Implementación Práctica de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* y la investigación realizada mediante la *Encuentros sobre la Aplicación del Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada contenido en el Convenio 169 y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, de la que se da cuenta en este libro sobre *El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas*.

El IIDH agradece la participación en este proceso de los líderes y lideresas de los pueblos indígenas latinoamericanos, quienes son los reales autores de este libro.

* Alba A. Duarte del Portillo * Alcides Musse Mumucue * Alma Franco * Andrés Ozuna * Altagracia Martínez * Andrés Ramírez * Ángel Máximo * Ángel Vera Sales * Antolín Huascar * Aura B. T. * Becky McCray * Caetano Pérez * Celso Padilla * Cristino Sosa * Cristóbal Ortiz * Diva Millapan * Dolene Miller * Edwin Prada V. * Efrén Arevalo * Elma Ramos Paria * Ernesto Jami * Félix Omar Valentín * Gladis Vila Pihue * Guillermo Elizondo Ortiz * Henderson Rengifo * Irma Alicia Velázquez Nimatuj * Isabel Rivera * Joaquín Bogarín * Jorge Prado * Juan Noguera * Juan Valeria Quilapan * Juan Vilela * Justa Romero * Lidia Ruiz * Lourdes Huanca * Luisa Bejarano * Luz Molina * Ma. Betania Lichi * Magdiel Carrion P. * Margarita Mbywangy * María de la Flor Gómez Cruz * María Jacinta Pereira * María Lohman * María Luisa Duarte * María Pía Molero Mesia * Maricela Fernández * Mariela Cantumán * Martha Figueroa Mier * Maurilio Santiago * Miguel Aymara * Miriam Pariamo * Mónica González * Nádia Batista Da Silva * Akauã Tupinambá * Nelly Romero L. * Noeli Pocaterra * Oseas Barbarán * Pablo Sibar * Pedro Fernández * Pedro Ixchiu * Rafael Delgado Zúñiga * Rafael Domínguez * Rafael Justo * Ramón Souza Santos * Rosa Rochina Bayoes * Rosmy Cáceres * Rubilia Stuart Leiva * Rut D. Contreras Martínez * Ruth Buendía Mestoquiari * Sandra Huentemilla * Sara Alezcano Torres * Sonia Henríquez * Taguide Picanesai * Teodolina Romero * Vera Portillo * Virgilio Sarmiento * Wilder Sánchez * Wilder Vilca * Yenni Ugarte Zubieta

¿Qué es la consulta previa, libre e informada?

La consulta es un mecanismo democrático para la adopción de decisiones, una obligación internacional de realización por parte de los Estados y un derecho de los pueblos indígenas, prevista en el *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*¹ y la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*².

En el *Informe del Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas**, publicado en julio de 2001, se delineó su importancia:

1. Permite y mejora la participación de los pueblos indígenas en la adopción de decisiones.
2. Los pueblos indígenas deben tener el derecho efectivo para que influyan en el resultado.
3. Efectiviza el derecho a la autodeterminación.
4. Deben ser procedimientos estructurados para obtener el consentimiento libre, previo e informado.

* Ver Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones Informe del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/finalreportStudyIPRightParticipate_sp.pdf.

El Convenio 169 en su artículo 6 establece:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; (b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; (c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

1 Disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf.

2 En www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf

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

Los Estados deben realizar la consulta en relación con la explotación del subsuelo (artículo 15.2), la enajenación de las tierras (artículo 17.2), la elaboración de programas de formación (artículo 22.3) y los planes educativos (artículo 28.1).

El art. 19 de la *Declaración* establece que:

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

Asimismo, la consulta se vincula a otros derechos como el consentimiento en caso de traslado o reubicación (artículo 10), las medidas de reparación (artículo 11), las medidas para combatir la discriminación (artículo 15), la protección de los niños indígenas de la explotación infantil (artículo 17), el consentimiento libre, previo e informado (artículo 19), el derecho a la reparación (artículo 28), el consentimiento en cuanto a la utilización de las tierras indígenas (artículo 29), la utilización de tierras para actividades militares (artículo 30), proyectos que puedan afectar las tierras y territorios (artículo 32), La aplicación de medidas en relación a pueblos indígenas divididos por fronteras internacionales (artículo 36), y la adopción de medidas para alcanzar los fines de la Declaración (artículo 38).³

El ex relator especial de la ONU para los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, manifestó al respecto,

[Q]ue es aplicable [la consulta] siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Las características específicas del proceso de consulta requerido por el deber de celebrar consultas variarán necesariamente en función de la naturaleza de la medida propuesta y del alcance de su impacto sobre los pueblos indígenas.”⁴

3 Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en América Central, Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, S.L. noviembre 2011, pp.30 y 31.

4 *Ibidem.* p.31

Por ello aunque no existen fórmulas para todos los países, debiéndose ser flexible según las circunstancias (artículo 34), se han establecido algunas características que guían la consulta:

1. La consulta debe realizarse con carácter previo;
2. la consulta no se agota con la mera información;
3. la consulta debe ser de buena fe dentro de un proceso que genere confianza entre las partes;
4. la consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas;
5. La consulta debe ser sistemática y transparente; y
6. el alcance de la consulta busca el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de las decisiones.**

** Ver detalle en el mismo sentido, *Ibidem.* pp.32-33

Estas y sus interpretaciones son desarrolladas en la segunda parte del libro, En la que se sistematizan los principales estándares internacionales en la materia a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador* (sentencia de 27 de junio de 2012).

I PARTE

CAPÍTULO I EL ESCENARIO REGIONAL

Después de casi tres décadas de vigencia del Convenio 169 y a varios años de la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en 2007, existe un consenso compartido entre los pueblos, comunidades, entidades estatales y organizaciones no gubernamentales sobre la obligatoriedad de la consulta previa. Sin embargo, hay una notoria incertidumbre acerca de su significado práctico. ¿Qué pasos debe incluir la consulta? ¿A quiénes se debe consultar? ¿Qué efectos tiene la consulta? ¿Debe existir el veto? ¿Qué ocurre si una comunidad no quiere ser consultada? ¿Qué ocurre si el gobierno no quiere consultar? ¿Cuáles son los costos de una consulta? Estas y otras preguntas siguen siendo muy discutidas.

En los *Encuentros sobre la Aplicación del Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada contenido en el Convenio 169 y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, se abordaron estas y otras interrogantes. De las distintas intervenciones de las personas participantes –mujeres y hombres, representantes y líderes de sus comunidades- se concluye que hay un incumplimiento generalizado del derecho a la consulta libre, previa e informada a los pueblos originarios. Esta situación ha generado conflictividad y da lugar a un cuestionamiento al sistema democrático imperante en la región por parte de los titulares de este derecho, que se ahonda al debatir otros aspectos estructurales que están en la base de sus condiciones de vida.

A lo largo de los *Encuentros* se reconoció que la escena política ha cambiado sustancialmente en relación con el pasado reciente; por ejemplo, periódicamente se eligen presidentes (as) y otras autoridades nacionales en procesos democráticos que se efectúan según lo establecido en las constituciones, leyes, códigos electorales y resoluciones internacionales. Pero, independientemente de la ideología o el partido gobernante, la obligación estatal de consultar a los pueblos indígenas no es respetada por la institucionalidad pública en un contexto en el que se observa el despliegue de un modelo de desarrollo de matriz extractivista en sus territorios.

Al respecto, Rodolfo Stavenhagen, ex relator de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, puso en evidencia la brecha de incumplimiento existente entre las obligaciones contenidas en los textos jurídicos ratificados por los Estados y las condiciones en las que estos viven. Esta situación, señaló, se debe a que, aunque en el plano internacional se asuman obligaciones para la protección y desarrollo de sus derechos, la institucionalidad nacional no procede en consecuencia. Es en ese contexto

que se da el otorgamiento inconsulto de licencias de exploración y explotación de la naturaleza en sus territorios, dando lugar a una problemática persistente en países en los que están vigentes el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes¹ y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

De allí que las luchas y demandas de los pueblos indígenas traspasen las fronteras en el esfuerzo de lograr la restitución de sus derechos en el plano internacional, especialmente ante los órganos de los tratados de derechos humanos de la ONU y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos².

1. Las principales problemáticas

• Los megaproyectos

De acuerdo con la información vertida en los encuentros, alrededor de la formulación y realización de proyectos y megaproyectos (principalmente en minería, hidrocarburos y represas hidroeléctricas) se mueven grandes intereses. Para llevar a la práctica estas iniciativas, se han reformado los textos constitucionales en algunos países y emitido normas que contravienen convenios y sentencias internacionales, además de oponerse a lo establecido en las leyes, códigos, fallos y directrices nacionales³. La magnitud de los impactos de los proyectos empresariales es tal que, en algunos casos, se ha provocado la desaparición cultural de pueblos milenarios⁴. Ante estas decisiones inconsultas, las demandas judiciales locales carecen de eficacia y son los organismos internacionales los que amparan a los pueblos indígenas. Esta conflictividad está en la base del clima de desconfianza⁵ que cercena las posibilidades de un futuro diálogo, consenso o acuerdo nacional.

1 Con excepción de El Salvador y Panamá en la región mesoamericana.

2 En Paraguay fueron presentadas 22 peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sus antecedentes son los casos paradigmáticos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya resolvió: Yakie Axa y Xakomon kasek. En Honduras no son posibles las inspecciones de campo para investigar las denuncias de violencia contra los pueblos indígenas. Sin consulta, fueron concesionados todos los ríos en dos meses y la minería a cielo abierto. Esta realidad ha obligado a recurrir al sistema internacional para denunciar las violaciones a derechos colectivos con megaproyectos inconsultos. En Tela, donde se dieron 22 peticiones, la situación dio lugar a la visita la Corte Interamericana al territorio. Asimismo, se observa la lucha de las mujeres campesinas porque cedieron sus territorios a empleados municipales. En este contexto, los operadores jurídicos no conocen ni aplican el Convenio 169 de la OIT.

3 La Ley de Minería en Guatemala, los nuevos códigos penales y de salud en México que permitieron ejercer un mayor control de la natalidad a personas pobres e indígenas. Otras disposiciones de especial gravedad impactan la Amazonía venezolana, así como leyes de pesca y agua en Honduras y Chile. En Nicaragua se aprobaron las leyes 800 y 840 para la construcción del gran canal interoceánico y se reformó la Constitución Política. Con estas decisiones, se afecta a comunidades étnicas e indígenas como la Rama y Creole (seis comunidades rama y tres afrodescendientes). Al respecto, treinta y un recursos de inconstitucionalidad fueron declarados sin lugar, por lo que la lucha nacional debida a la falta de consulta se trasladó al plano internacional ante la Comisión Interamericana (sesión 154 de la CIDH, 16 marzo 2015).

4 En Venezuela se registran quince centros de explotación de oro en la Amazonía que desestabilizan los esfuerzos comunales, de acuerdo con el pronunciamiento del ex relator de pueblos indígenas James Anaya (2009).

5 En Chile consideran que no pueden reducir la consulta a un “escucha y considera” como se pretende actualmente. Por eso, los pueblos se han autoconvocado al margen del Estado, acción que ha tenido gran incidencia nacional e internacional.

En cuanto al medio ambiente, paradójicamente se protege a la naturaleza, flora y fauna, presente en los territorios indígenas al margen de sus habitantes, cuidadores (as) milenarios (as). Se informó de situaciones en las que los parques naturales y las reservas biológicas se establecen sobre territorios ancestrales; además, se imponen limitaciones para el uso comunal del agua, la madera y la práctica de la cacería dentro de sus propios espacios territoriales.

Esta problemática se agudiza ante el incumplimiento de la obligación de realizar los procesos de consulta; además, se ahondan las luchas internas que dividen a las comunidades y debilitan su posicionamiento colectivo frente al Estado.

- **Problemáticas de las mujeres indígenas**

Como lo manifestaron las mujeres indígenas participantes en los tres *Encuentros*, en las comunidades indígenas ellas siempre han tenido influencia e impacto en la vida comunitaria y en el proceso de desarrollo de su comunidad; asimismo, en la cosmovisión indígena se reconocen su rol dentro del hogar y la comunidad y su importancia en la reproducción de la vida familiar, natural, agrícola, cultural y espiritual.

Sin embargo, entre otros problemas, se señaló la violencia doméstica y familiar. Al respecto, la cacica brasileña Nádia habló abundantemente de los desafíos que se enfrentan para conseguir la efectividad de la ley *María da Penha*. Por otra parte, en los procesos bélicos, al ser consideradas como un botín de guerra, las mujeres indígenas han sido víctimas de violaciones, torturas y feminicidios. Estos hechos, que aún no han sido plenamente reconocidos, son de las mayores degradaciones que puede sufrir un ser humano y continúan siendo de los delitos más invisibilizados cuando se crean mecanismos de reparación del daño en los procesos postconflicto.

Asimismo, el abandono de los puestos de autoridad y liderazgo por los hombres indígenas, en razón de la migración forzada, ha hecho que las responsabilidades y las luchas queden exclusivamente en manos de mujeres, que asumen todas las obligaciones sin tener derecho a ejercer todos los derechos. Estos son asuntos obligados de trabajo del Estado con ellas y para ellas, sus comunidades y los pueblos en general

Por ello, deben tener un lugar en el mundo indígena y no indígena, en el que se les reconozcan su presencia, voz y protagonismo, así como sus derechos y aportes específicos. Sin embargo, el sistema patriarcal implantado desde la época colonial las invisibiliza tanto a ellas como a sus contribuciones, negando su participación y derechos tanto en la sociedad occidental como en sus comunidades.

En tal sentido, las participantes señalaron que, en el contexto discriminador en el que viven los pueblos indígenas en las sociedades modernas de Mesoamérica y América del Sur, ellas sufren una doble discriminación o doble vulnerabilidad por ser indígenas y mujeres. Ante eso, hicieron un llamado para que, junto a las organizaciones indígenas, se asuma esta problemática y se impulsen los cambios políticos que garanticen su real participación en las decisiones que las conciernen a ellas y a sus comunidades. Tampoco es posible, dijeron, que sus propios pueblos y comunidades ignoren sus saberes, espiritualidad y cultura ancestral.

En suma, no se puede soslayar el papel e importancia de las mujeres indígenas ni invisibilizarlas en la participación y en la toma de decisiones en los procesos de consulta previa, libre e informada. Ello trae consigo la vulneración de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio 169 por parte de los Estados.

2. La excepcionalidad de Colombia

En los tres *Encuentros* realizados, Rosember Ariza tuvo a su cargo la exposición sobre la consulta previa en Colombia. Su análisis empieza visualizándola como un proceso plagado de tensiones por los intereses encontrados entre las empresas y el Estado, por un lado, y los pueblos indígenas, por el otro, debido a la implementación de un proyecto (que generalmente implica la extracción de recursos naturales o la construcción de infraestructura), lo cual genera grandes riquezas a sus promotores e impactos medioambientales y en la vida de los pueblos indígenas que habitan los territorios donde se pretende realizarlos.

Por otra parte, son muchos los elementos que complejizan este proceso. Un rasgo enriquecedor, es la diversidad de pueblos indígenas en Colombia, entre ellos, comunidades no contactadas -en la Amazonía hay siete pueblos sin Estado ni Derecho-, catorce en aislamiento voluntario y una reconstitución étnica con un Resguardo Muisca con quince familias. Se refiere también a otros aspectos, como la histórica ausencia del Estado en sus territorios, lo que causa una severa carencia de satisfactores de las necesidades básicas, situación que es aprovechada por las empresas promotoras de los proyectos para ofrecer servicios a cambio de asegurarse el beneplácito comunal. Además, se emplea un discurso técnico y jurídico muy complicado, novedoso y desconocido tanto para quienes trabajan en las instituciones del Estado, como para las empresas y los pueblos indígenas.

Pero mediante la participación, los pueblos indígenas adquieren conocimientos y experticia acerca de los impactos y gestión del o los proyectos que se pretende realizar y manifiestan de muy diversas formas su oposición, lo cual es un derecho reconocido en diversos instrumentos.

Gracias a estas capacidades, en la base de las posturas sostenidas por los pueblos indígenas, está presente una visión del desarrollo del país desde sus derechos como colectividades, desarrollo que debe impulsar el Estado mediante políticas públicas y toda clase de decisiones que deben ser implementadas a partir de un principio democrático de participación. Esta, para los pueblos originarios, se traduce en un ejercicio de autonomía en términos de decidir su propio futuro mediante un plan de vida comunal.

El expositor aclaró que en Colombia la consulta no es un mero procedimiento, como ocurre en muchos países de la región. Se cuenta con estándares internacionales y nacionales para efectuarla con legitimidad y apego a los derechos de los pueblos indígenas a fin de garantizar su pervivencia cultural.

Asimismo este proceso requiere de un acompañamiento especializado, permanente, a los pueblos indígenas, y por ende una respuesta compartida, debido a que se requieren consideraciones específicas en razón de ciertas características ajenas a las de las sociedades occidentalizadas. Por ejemplo, sus idiomas propios, su percepción y manejo de los tiempos comunales, sus formas de representación y la oralidad en todos los aspectos centrales de su vida social, política y jurídica. La oralidad está presente en las formas de posesión de sus territorios, distintas a las reconocidas por las leyes y el Derecho porque no se expresan en títulos de propiedad. Comprender este rasgo lleva al reconocimiento de todos sus derechos, incluyendo los que tienen sobre sus tierras y territorios, los que “*se defienden en la oralidad*”. Para ello, la institucionalidad de la región latinoamericana debe ir más allá de las capitales de sus Estados.

La falta de conocimiento, sensibilidad y comprensión de la complejidad del derecho a la consulta y de sus titulares, los pueblos indígenas, lleva a que los actores no indígenas la consideren –y los consideren- un obstáculo para el desarrollo. Sin embargo, los obstáculos reales son, además de las barreras económicas y el rezago social, la falta de claridad y transparencia en el diálogo.

Ariza destacó tres situaciones en el ámbito colombiano:

- En primer lugar, se asumió la consulta como un derecho fundamental de las comunidades por la vía jurisprudencial;
- En segundo lugar, mediante la jurisprudencia de la Corte Constitucional se logró desarrollar el contenido del derecho a la consulta, lo que se difunde internacionalmente; y,
- en tercer lugar, las incongruencias entre los avances judiciales y las actuaciones del Poder Ejecutivo.

¿Cuáles fueron las condiciones que hicieron posibles estos desarrollos? La primera fue la aprobación de una Constitución Política en el marco de las transformaciones constitucionales latinoamericanas de los años 80 y 90. Además, “los magistrados colombianos se quitaron el eurocentrismo y produjeron categorías propias que no vienen del viejo continente”, como el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y negros que se consagraron en el texto constitucional. Tal reconocimiento fue precedido y acompañado por la lucha permanente de los pueblos indígenas y negros, que fueron apoyadas por un buen litigio⁶, ya que en el mundo jurídico “la retórica legal de corte colonial es una barrera sólida”.

Otra particularidad que fue destacada por el expositor es el llamado bloque de constitucionalidad⁷, poco común en los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos. En Colombia, todos los tratados forman parte de la Constitución Política. Así, si esta tiene 380 artículos se le suman 2964 que son parte de los convenios internacionales. El Convenio 169 de la OIT se aprobó fácilmente porque “la fuerza del mismo hizo el cambio de la integración a la participación de los pueblos indígenas; hubo que adecuar al lenguaje.”⁸

Como fruto de esos cambios, de noviembre de 1991 a febrero de 2002, se contabilizaron al menos 966 sentencias judiciales relativas a los pueblos indígenas. Esta cifra permite medir la magnitud del debate jurídico colombiano, que es único en la región, ya que el país que le sigue en cantidad tiene solo unas treinta sentencias específicas. Sin embargo, los pueblos indígenas colombianos viven situaciones difíciles a tal punto que se ha declarado oficialmente a 39 pueblos en vía de extinción (Auto 004-2009). La lista se amplió recientemente a 67. En tal sentido, Ariza señaló que “tenemos sentencias maravillosas, pero el problema no se detiene con esto (...) No se conquistan los derechos solamente en los tribunales.”

Otro aspecto fundamental ha sido la conceptualización del *sujeto colectivo de derechos*, un hito histórico, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos aún no ha incorporado en su jurisprudencia.

Al respecto, se cita la Sentencia T-380 del 13 de septiembre de 1993 (Magistrado ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz), en la cual se dijo:

6 “Se tuvieron que enfrentar también los pésimos jueces y litigantes; todas las comunidades luchan (...)”.

7 “Hoy hablamos del Bloque Intercultural Jurídico que es aquel en que todos los derechos indígenas se incorporan a la Constitución, y no lo que manda el mundo. No es el bloque de constitucionalidad. (...) quizás [es] una quimera, pero es una propuesta para mirar otros caminos.”

8 Señala el autor: “Muchas lenguas tenemos en las Américas. Poner a hablar esas lenguas no es fácil; pero sí la lengua de los derechos que es hegemónica. Se homogeniza también. La situación de los pueblos admira a la Corte Constitucional (...)”.

La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (CP art. 1 y 7). La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14).

(...)

Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (CP art. 88). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes.⁹

Otras categorías jurídicas fueron creadas por la Corte Constitucional en la sentencia T 769 del 2009 al señalar qué es la consulta:

la consulta es una relación de comunicación y entendimiento, signada por el mutuo respeto y la buena fe, entre los voceros de los pueblos indígenas y tribales y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en

9 Sentencia T001 1994.

ejecución; b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares (...)” Corte Constitucional, T 769 de 2009.¹⁰

Por otra parte, en la sentencia SU-039 de 1997, la Corte Constitucional definió por primera vez las principales características y objetivos del derecho a la consulta previa:

- a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.
- b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.
- c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses, y pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una 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.

Adicionalmente, el autor se refiere a los requisitos que la jurisprudencia ha establecido para el cumplimiento de la consulta previa cuando se trata de medidas legislativas, que debe perfeccionarse con anterioridad a la radicación de un proyecto ley, los cuales son:

- 1) La consulta debe realizarse sobre la base de relaciones sustentadas en el respeto y la buena fe de las partes, de lo que se siguen las obligaciones del Estado de suministrar información adecuada, procurar la concreción de un acuerdo y garantizar la factibilidad del mismo; 2) Las comunidades deben tener conocimiento pleno de los planes que se pretenden llevar a cabo en sus

¹⁰ A la fecha la Corte Constitucional se ha pronunciado múltiples veces con respecto a la consulta previa, en casos como el de la comunidad de Cristiania por la construcción de la Troncal del Café (T- 428/92); en el caso del pueblo Uwa (SU 039/97); por las circunscripciones especiales (C 169/01); Sobre normas específicas como el Código de Minas (C418/02); el Estatuto de Desarrollo Rural (C 175/09); Ley Forestal (C 030/08); Plan Nacional de Desarrollo (C461/08); sobre medio ambiente, existen varias entre ellas la que habla de la necesidad de consulta en caso de erradicación de cultivos ilícitos (SU 383/03); el caso del pueblo Motilón Barí (T880/06); el caso del pueblo Wayú (C615/09); el caso del Resguardo de UradaJiguamiando (T769/09); la Sentencia del Puerto Brisa (T547/10); el caso del pueblo Emberá del Norte del Chocó (T129/11); entre otras.

territorios, así como de sus consecuencias; 3) Las comunidades deben tener participación real y efectiva en la consulta a través de sus representantes; 4) La decisión de la autoridad gubernamental debe estar desprovista de autoritarismo y arbitrariedad; y 5) Debe realizarse una consulta sobre el proceso mismo de consulta previa.¹¹

Otro elemento central ha sido lo que la Corte Constitucional ha denominado afectación directa, respecto de lo cual nos indica el expositor:

La Corte Constitucional (SU-383/03) ha hecho mención a lo que ella misma ha denominado “el ámbito temático de la consulta previa” y ha precisado que ésta se debe llevar a cabo respecto de cualquier aspecto que afecte directamente a las comunidades étnicas. Lo anterior quiere decir que la consulta previa no se circunscribe al caso de la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas (artículo 330 CP) ni al de la delimitación de las entidades territoriales indígenas (artículo 329 CP), porque la ratificación del Convenio número 169 de OIT por parte de nuestro país, mediante la ley 21 de 1991, amplió su espectro a toda medida susceptible de afectar directamente a las comunidades étnicas (CCC, C-196/12). Para aclarar, según el Tribunal Constitucional, puede señalarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios (CCC, C-030/08) y “la idea de afectación directa se relaciona con la intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales abrazadas por las comunidades como propias” (CCC, T-745/10).

La jurisprudencia también se ha pronunciado en el caso de las medidas legislativas o administrativas:

La Corte Constitucional ha considerado la consulta también en las medidas legislativas o administrativas (Corte Constitucional, C 615 de 2009), la consulta previa para las comunidades indígenas y tribales, porque: (i) constituye un derecho fundamental; (ii) el Convenio 169 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad; (iii) su pretermisión, en el caso del trámite legislativo, configura una violación a la Carta Política; (iv) existe un claro vínculo entre la realización de la consulta previa y la protección de la identidad cultural de las minorías étnicas; (v) la realización del mecanismo de participación se torna obligatorio cuando la medida, sea legislativa o administrativa, afecta

11 Señala el expositor: *La propia Corte Constitucional, de la jurisprudencia, la doctrina y los instrumentos internacionales al respecto, se pueden concluir algunos otros requisitos que fueron identificados en la demanda que dio lugar a la declaratoria de inexequibilidad de la Ley General Forestal, demanda radicada bajo el número D-6837. Fueron además recogidos en el concepto rendido por el Procurador General de la Nación dentro del mismo expediente, tal como lo señala la sentencia C-030 de 2008, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.*

directamente a la comunidad indígena; (vi) la consulta debe realizarse de manera tal que sea efectiva y garantice la participación real de las comunidades afectadas; (vii) el desconocimiento de la consulta previa puede ser invocado en sede de tutela; y (viii) el Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa.

Este desarrollo jurisprudencial ha sido calificado como “activismo judicial”, pero Ariza lo interpreta en términos de que “*como el Poder Legislativo no hace nada, lo hace el Judicial*”.

Además, el expositor reflexionó sobre otras particularidades del desarrollo jurisprudencial de la consulta previa en Colombia y en el ámbito regional. Por ejemplo, por esa vía¹² se ha logrado que las comunidades no necesiten abogados, aunque la Organización Nacional de Indígenas de Colombia (ONIC) sí tiene su equipo propio de litigantes. Además, el Defensor del Pueblo interviene conjuntamente con la Universidad.

En cuanto a las consultas realizadas, Ariza informó que en 3600 consultas protocolizadas se llegó a algún acuerdo. Estadísticamente, de cada diez procesos, los pueblos se oponen en tres.

Además, ningún asunto está fuera de la consulta. Por ello la afectación directa es central. Cualquier decisión administrativa o legislativa tiene que ser consultada. Es fundamental conocer qué tipo de restricciones, gravámenes o beneficios tendrá la medida propuesta. Por ejemplo, es muy común que los médicos que quieren ingresar a los territorios indígenas a vacunar y tomar muestras de sangre, le consulten previamente a la comunidad.

Otra particularidad colombiana es la realización de audiencias públicas presididas por la Corte Constitucional para que los pueblos indígenas expliquen sus posiciones. El procedimiento contempla un período de treinta días para recibir las opiniones de todas las personas que quieran manifestarse. Además, los procesos son interdisciplinarios gracias a la incorporación de profesionales de la antropología¹³; y, sus integrantes se desplazan mensualmente a los territorios indígenas en casos escogidos. Esto pone de relieve la voluntad de cumplimiento de las obligaciones hacia los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes. En palabras de Ariza, “si hay voluntad se puede hacer la transformación. Y esto es lo que ha logrado Colombia”.

12 Nomenclatura: C: Constitucionalidad; T: Tutela un ciudadano; SU: Sentencia Unificadora; y SE O I: sentencia estructurada o integral ver T-428/92, SU 039/97, 169/01, C418/02, C175/09, C030/08, C461/08, SU 383/03, T880/06, C615/09.

13 En criterio del autor “es necesaria una interlocución con los pueblos pues el discurso jurídico es autista”.

Por ejemplo, el Ministerio de Gobierno hizo un censo para decir quiénes son indígenas y negros/as¹⁴ pero, como el Estado no puede decir quién es indígena ni quién es autoridad indígena¹⁵, la Corte lo instó a convocar a la totalidad de representantes en un caso concreto que involucraba a todas las comunidades negras¹⁶, así fueran 1200 personas. Esto quiere decir que para determinar quiénes son personas negras y quiénes son sus autoridades, se les debe preguntar a las comunidades una por una. Este proceso debe repetirse siempre que sea necesario, porque las representaciones cambian.

En términos de estrategia jurídica, plantea que “la forma de ganar en esta vía no es presentando 3000 casos, sino uno que logre una sentencia que sea contundente”.

A pesar de todo este desarrollo, hay una pregunta que sigue pendiente: “¿Y el veto? ¿Qué sucede cuando la comunidad dice que no hace la consulta? En criterio de Ariza, “la mejor forma de un veto es no iniciar nunca un proceso de consulta, porque si va la consulta, va la medida”.

¿Cuándo se inicia la consulta? Cuando los pueblos se pronuncian a favor de la pre-consulta para conocer cuál es el proyecto y sus impactos¹⁷. Al respecto, debe garantizarse que la integralidad cultural de los pueblos no sea afectada, este es el principio y valor fundamental de la consulta y en su resguardo debemos tener presente que la tierra es un componente primordial de su cultura y cosmovisión. Es inevitable afectar el territorio, es lo que pasa siempre, pero cuando el daño trasciende hacia la cultura, un aspecto en el que la intervención de la antropología ha sido vital, debe hacerse un alto y responder con efectividad esta pregunta: ¿Cómo se repara el daño cultural o espiritual? Este es un gran tema para el debate acerca de la compensación en la consulta previa. Una reparación podría ser establecer escuelas. El Estado debe asumir estas respuestas recurriendo a las mediaciones interculturales para la reparación cultural o espiritual y desarrollar capacidades para que los remedios sean colectivos, no individuales.

El expositor señaló que el contexto colombiano ha estado marcado durante décadas por una guerra interna en la que la lucha jurídica ha sido vital. En tal contexto, se da la incorporación de los pueblos indígenas a los sectores en pugna, por ejemplo, las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) están conformadas por personas negras e indígenas, que serían entre un 40 y un 60% de sus efectivos. Sin embargo, estas agrupaciones no estatales tampoco visualizan sus diferencias y particularidades

14 Sobre el particular Ariza nos recuerda que “los censos indígenas dan margen para que haya 28 000 000 indígenas no más (...) para el caso de Costa Rica, con el problema de no indígenas dentro de los territorios es muy complicado. Y finalmente en algunos países los indígenas no se quieren dejar ver por miedo y terror. En otros países es el Estado que los niega. Todo esto hay que considerarlo”.

15 Ver Sentencia C615-2009.

16 El término “comunidades negras” se emplea en el contexto colombiano. El IIDH lo empleará junto con “afrodescendientes” de manera indistinta en esta publicación, con respeto a las autoadscripciones de los pueblos y comunidades y las formas en las que se identifican.

17 Las comunidades indígenas y negras tienen espacio autónomo sin asesores ni abogados.

culturales y agrega el dato de que el 18 junio de 2012, en el Cauca, los indígenas sacaron al ejército del territorio.

Por otro lado, el movimiento indígena ha sobrellevado los efectos del conflicto con no pocas pérdidas. En 2015 fueron asesinados 67 defensores/as comunitarios/as.

Es en esa realidad donde este derecho ha sido concebido y desarrollado por la Corte Constitucional.

La estrategia planteada por Ariza es “la unidad en la lucha para construir, organizarse y fortalecerse. Unidad en la lucha con acompañamiento en sede legal para intereses colectivos”. Como parte de ella, desde hace varios años se imparte un diplomado en consulta previa; además, las personas indígenas que viven en el extranjero son consultadas porque siguen siendo indígenas aunque vivan en Estado Unidos.

Consideraciones finales

- La consulta previa puede ser un escenario de negociación o un escenario de construcción cultural por medio del diálogo;
- una consulta dura entre once y dieciocho meses y en Colombia son 110 pueblos; noventa dijeron que no en un caso concreto y se necesitó el consenso para una ley. Por ello invitaron a observar al Relator de Derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas como garante y la decisión fue no;
- cada pueblo decide cómo hacer la consulta;
- la justicia debe ver caso por caso, no hay jurisprudencia indígena;
- cada consulta es única e irrepetible, ninguna se parece a otra, aunque sea la misma comunidad.¹⁸
- La Corte Constitucional colombiana construyó el proceso con los pueblos indígenas y en esto radica su éxito.

Finalmente, Ariza cita las reglas generales que dan pistas para el estándar del derecho, que se establecen en la sentencia C-467/08:

- Los pueblos indígenas tienen el derecho a administrar justicia.
- Los pueblos indígenas conocen todos los casos para administrar justicia.
- Tienen un sistema de compensaciones.

¹⁸ En ese sentido, de acuerdo con la experiencia, el autor considera no es posible reglamentar la consulta. Se refiere a la mala experiencia de Perú, que tiene ley y reglamento aprobados en 2012. Por eso mismo, no hay guía de las Naciones Unidas porque cada comunidad lo fija en cada consulta, se construye desde adentro. La compensación la fija la comunidad desde el inicio un 80% previo por ejemplo por los daños que causará el proyecto.

EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA:
UNA MIRADA CRÍTICA DESDE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

- Es un derecho de naturaleza fundamental (no un mero trámite).
- Diálogo entre iguales en medio de las diferencias (asimetrías). Escenarios contruidos.
- No se admiten reuniones informativas o afines.
- T-769/09 y T-129/11
- No fije término único en la búsqueda del consentimiento. Es un plazo razonable.
- Obligatorio definir procedimiento pre, post consultivo acordado con las comunidades y grupos.
- Control ambiental y arqueológico.
- Es obligatorio que las comunidades vayan con Defensoría, Procuraduría y organismos internacionales.

3. El caso de Guatemala¹⁹

*Para qué pisto sin agua.
Con el oro no se cura a los niños,
ni se repone la vida de las ancianas,
ni de las mujeres,
ni de nuestras comunidades.
El valor de este tipo de elementos
no es comprendido por Occidente.*

En el 2015, el Instituto Nacional de Estadística informó que la población guatemalteca supera los 16 millones. Y aunque las cifras podrían variar, ante la falta de la realización de un censo nacional, las organizaciones indígenas calculan que entre el 60 y el 70 por ciento de la población es indígena, vive en el interior del país y es la que concentra los más altos índices de pobreza y pobreza extrema.

La estrecha relación entre pobreza, pobreza extrema y pueblos indígenas se evidencia en los mapas de pobreza elaborados por la Secretaría General de Planificación. En buena parte, las profundas desigualdades se explican en la desigual distribución de la riqueza. Para el 2010, el 10 por ciento de la población obtenía el 43.4 por ciento del Producto Interno Bruto, PIB, mientras el 20 por ciento más pobre sobrevivía con el 2.9 por ciento del PIB y en el 2014 el 10 por ciento de la población llegó a acaparar el 45 por ciento de la riqueza, lo que evidencia el incremento de la concentración en cada vez menos familias.

La alta concentración de la posesión y tenencia de la tierra cultivable es otro factor que determina la base de las relaciones desiguales de poder en Guatemala. Según el Ministerio de Agricultura y Ganadería, el 59 por ciento de productores en subsistencia poseen el 17 por ciento de la tierra cultivable mientras el 0.5 por ciento de los productores comerciales concentran el 70 por ciento. Actualmente, el acceso a la tierra es determinante para la subsistencia de los pueblos indígenas, mestizos y ladinos pobres. Algunos han logrado condonaciones de las deudas, pero aún les falta la certeza jurídica que garantice la tenencia de la tierra.

Si bien existen algunos progresos en la reducción de la pobreza mediante el crecimiento económico y las remesas que llegan principalmente de Estados Unidos, las desigualdades presentes en las contradicciones entre la ciudad y el campo y entre las poblaciones ladinas e indígenas, siguen siendo persistentes y peligrosas. Pobreza y desigualdad trascienden entre generaciones y están estratificadas a lo largo de la raza, el género y el entorno rural. De las personas indígenas, las mujeres de las zonas rurales son las más marginadas porque no acceden a educación de calidad, viviendas dignas y menos

¹⁹ Este apartado se basa en el texto de Irma Alicia Velásquez Nimatuj titulado “Mujeres y pueblos indígenas en Guatemala en el marco del derecho a ser consultados”.

a la salud. Esto último provoca altos niveles de mortalidad materna y desnutrición. Por ejemplo, del total de partos que atienden los servicios de salud estatal a nivel nacional, solo el 30 por ciento corresponde a mujeres indígenas, lo que deja por fuera a siete de cada diez madres indígenas²⁰.

El índice de desarrollo humano del total de la población guatemalteca es de 0.54, pero el de las mujeres es tres veces menor (0.17). Además, en el campo político, las mujeres carecen de una representación significativa; por ejemplo, en la legislatura de 2008 de la totalidad de integrantes (158), solo 19 diputados eran indígenas y, de ellos, solamente cuatro eran mujeres; en la del 2012, solo hubo dos mujeres. A los bajos números, hay que agregar que las mujeres indígenas electas responden a los intereses de sus partidos políticos y no a las demandas de los sectores de los que provienen. Esta es una incongruencia de la mayoría de diputadas indígenas respecto de la desigualdad en la que viven la mayoría de sus congéneres, que se triplica en comparación con la que viven los hombres indígenas.

Como una evidencia de la marginación de los pueblos y las mujeres indígenas en las agendas oficiales, entre 2008 y 2012 se intentó configurar el Foro Indígena Parlamentario en el Congreso. Las organizaciones de mujeres y de pueblos indígenas le entregaron diez iniciativas de ley, mediante las cuales se buscaba el cumplimiento de los compromisos plasmados en el Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, AIDIPI. No se lograron resultados positivos a pesar del trabajo organizativo y técnico de las entidades proponentes.

En lo que respecta a las y los jóvenes, una cantidad elevada respecto de la población guatemalteca, los menores de 14 años son el 44.1 por ciento del total; y, los menores de 25 años, el 64.7 por ciento. De cada diez, seis viven en el campo, cinco son de origen Maya, tres no saben leer ni escribir, la mitad de los jóvenes son mujeres, cuatro se encuentran buscando trabajo y uno realiza estudios universitarios que no tiene garantía de culminar. En el área rural, los jóvenes son el 30.46 por ciento de la población económicamente activa, PEA y en el área urbana son el 26.79 por ciento. Las mujeres jóvenes tienen una tasa de participación en la PEA de 32.72 por ciento y los hombres un 28.16 por ciento.

La juventud indígena se encuentra vulnerable ante la violencia. Las mujeres jóvenes están expuestas al riesgo de ser violentadas sexualmente, convertirse en víctimas de la trata de personas o ser presa de las enfermedades de transmisión sexual, las drogas y la discriminación laboral. Además, las y los jóvenes indígenas están propensos a la pérdida de la identidad étnica, sometidos al consumismo y enajenación en el marco del neoliberalismo y la deshumanización.

20 Aunque algunas de ellas se resisten a usar los pocos medios disponibles dado que carecen de pertinencia cultural (el personal no habla sus idiomas y no entienden los síntomas de las pacientes, no son atendidas como seres humanos, como mujeres que sienten).

En el 2007 Guatemala firmó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas que reconoce derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, incluido su derecho a la libre determinación. También es parte del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Sin embargo, los diferentes gobiernos que se han sucedido después de la firma de los Acuerdos de Paz (diciembre de 1996), han tomado decisiones inconsultas que impactaron la vida comunal. Entre 1996 y el 2000 se dieron la reforma eléctrica que hizo casi inaccesible este servicio a las comunidades; el otorgamiento de licencias de exploración y explotación de recursos naturales, entre ellas los metales.²¹

En épocas más recientes (2008-2012), sin que hubiese una ruptura con la línea de actuaciones descrita, el dotar de un “rostro indígena” al gobierno no tuvo un correlato con los derechos de los pueblos originarios al dirigirse los esfuerzos al impulso de programas clientelares de cohesión social. Además, se intentó reglamentar el ejercicio de la consulta y las comunidades enfrentaron desalojos, agresiones físicas, represión e imposición de proyectos inconsultos en los últimos territorios que habitan, agudizándose la criminalización y persecución contra líderes indígenas.

En 2010 el relator especial para pueblos indígenas de las Naciones Unidas, James Anaya, visitó algunas comunidades afectadas por la incursión de empresas mineras instaladas inconsultamente y observó su organización, movilización y resistencia en defensa del territorio. Los casos de San Juan Sacatepéquez, departamento de Guatemala, y de Sipakapa y San Miguel Ixtahuacán, del departamento de San Marcos, fueron recogidos en su informe.

Además, en 2010, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU señalaron el irrespeto a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en particular a la consulta, y exigieron la suspensión de las operaciones mineras de la mina Marlin; además, retomaron los casos consignados por Anaya en su informe. Estas resoluciones se sumaron al amparo que otorgó la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (2009) a los pobladores de San Juan Sacatepéquez en torno a su derecho a la consulta.

Entre 2012 y 2016 se redujo la participación indígena en la institucionalidad pública y se debilitaron instancias como la Comisión Presidencial contra la Discriminación y el Racismo y la Defensoría de la Mujer Indígena por la débil asignación presupuestaria, entre otros factores.

²¹ Esto fue favorecido por la aprobación de la Ley de Minería. En ese período, fueron rebajadas las regalías que percibía el Estado del 6 por ciento al 1 por ciento.

Esto se produjo en un contexto de casi paralización del cumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos de la población en general y, particularmente, los de los pueblos indígenas, estos en el marco de un discurso nacionalista conservador (“en Guatemala solo hay guatemaltecos”) y la criminalización de los y las líderes.

Por otra parte, ante la presión indígena y campesina se impulsaron acciones para favorecer a algunas organizaciones indígenas con las que pactaron medidas como reducciones de la deuda agraria, repartición de fertilizantes, construcción de aulas escolares y de viviendas. Esto, sumado a la falta de aprobación de la Ley de Desarrollo Rural Integral, vino a dividir y fragmentar las luchas por las demandas colectivas, debilitando al movimiento social indígena. El fracaso de la reforma fiscal que dejó sin recursos al Estado, afectó la economía de los sectores medios y pobres, entre los que sobresalen los pueblos indígenas.

Entre las acciones oficiales que han desatado la conflictividad, todas ellas relacionadas con el incumplimiento de la obligación estatal de consultar²², se señalan las siguientes:

- El otorgamiento, sin consulta previa libre e informada, de licencias de exploración y explotación minera y de otros recursos del subsuelo a empresas nacionales y transnacionales;
- la impunidad de la masacre de Totonicapán en octubre de 2012²³;
- una propuesta de reforma constitucional que reducía los derechos indígenas;
- la militarización de las carreteras, municipios y colonias urbanas pobres y marginales;
- los estados de sitio en Santa Cruz Barillas, Huehuetenango, y San Rafael las Flores, Jalapa,
- la criminalización de líderes indígenas²⁴; y,
- campañas mediáticas amenazantes en contra de defensores de derechos humanos, cuyos promotores permanecen impunes.

En estos momentos (agosto de 2015) la inconformidad está presente en la mayoría de territorios indígenas del país, un estado de conflictividad en el que se resaltan el renacimiento identitario del pueblo xinka²⁵ y la existencia de un liderazgo indígena local y nacional fuerte que busca defender los derechos humanos.

22 El incumplimiento de la obligación de consultar, ha llevado a las comunidades a realizar setenta consultas cuyos resultados tampoco son reconocidos.

23 La masacre de Totonicapán ocurrió el 4 de octubre de 2012 cuando murieron ocho hombres y fueron lesionadas por armas de fuego alrededor de 30 personas del pueblo K'iche. Su protesta en contra de decisiones gubernamentales inconsultas, que les afectaban en el ejercicio de sus derechos colectivos e individuales, fue reprimida por efectivos del ejército.

24 La autora ilustra este aspecto con el caso de Lolita Chávez, lideresa integrante del Consejo de Pueblos K'iche', que, en 2013, acumuló 23 demandas en su contra.

25 Este se ha dado alrededor de la defensa de sus territorios en Santa María Xalapán, Mataquescuintla y San Rafael las Flores, Jalapa, entre otras comunidades, debido al otorgamiento de licencias inconsultas para proyectos de diverso tipo.

Sin embargo, este liderazgo desarticulado aún que no está preparado para coordinar acciones -con respeto y de manera incluyente-, negociarlas y conjugar acciones para la formulación de las complejas demandas en favor de la defensa de tierras y territorios, el derecho a la vida comunitaria y el ejercicio del derecho a la consulta por las diferentes vías legales y pacíficas que permite el sistema.

En estos momentos, el reto para los pueblos indígenas es ir tejiendo una red capaz de construir alianzas estratégicas entre las diferentes comunidades y pueblos indígenas del país. Estos esfuerzos deben estar basados en el respeto entre pueblos, mujeres y hombres, rurales y urbanos, profesionales y campesinos, para generar la complementariedad necesaria para hacer realidad sus derechos, entre ellos, el derecho a la consulta previa, libre e informada como un recurso para la plena vigencia de los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales que garantizan la vida y continuidad de los pueblos indígenas.

CAPÍTULO II

LA SITUACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA EN MESOAMÉRICA

El primero de los *Encuentros sobre la Aplicación del Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada contenido en el Convenio 169 y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, tuvo lugar los días 19 y 20 de agosto de 2015 en San José, Costa Rica, con la asistencia de participantes de los países centroamericanos y México, que abordaron el estado del derecho a la consulta en esta región.

En breve, las personas delegadas expresaron su incertidumbre frente al rumbo de la consulta y el consentimiento previo libre e informado. Manifestaron que en este momento solo es reconocido el derecho por vía judicial o de hecho. Frente a los grandes megaproyectos, los Estados omiten la realización de su obligación de consulta con base en el llamado “interés general”.

Fueron revisados algunos de los casos más relevantes como los del pueblo garífuna de Honduras y el papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el canal interoceánico de Nicaragua, la hidroeléctrica Diquís en Costa Rica, los megaproyectos de Panamá, el derecho al territorio en Guatemala -reconocido en los Acuerdos de Paz de diciembre de 1996- y las tensiones sociales en México relativas a la consulta. En el caso mexicano, pese a la reciente reforma constitucional, con la inclusión de los derechos de los pueblos indígenas, el Estado federal los desconoce en sus prácticas institucionales y políticas. Solo se consultan los temas de interés directo de las comunidades y no de los grandes proyectos que las afectan.

De lo planteado en el *Encuentro* no se infieren buenas prácticas por parte de los Estados y empresas en materia de consulta previa y de consentimiento previo libre e informado. Por el contrario, lo que se identifica es una práctica común de ignorar esta obligación en aras del llamado interés general y el progreso como acicates para el desarrollo.

En este apartado se condensan las exposiciones de las personas representantes de los pueblos indígenas de los países mesoamericanos.

El caso de Nicaragua

La costa Caribe o Mosquitia, es un territorio indígena cuya frontera empezaba en Honduras y finalizaba en Panamá, que se fue reduciendo con el avance de la colonización. Indígenas y creoles afrodescendientes comparten el territorio que hoy denominan regiones autónomas, cuyo cambio de nombre obedece según las expositoras a una forma de *invisibilizarlos y perder la memoria histórica*.

De acuerdo con lo dicho, la población misquita, cimarrones, llegó a estas tierras desde Providencia. Buscaban la libertad que tenían en África cuando su barco encalló en los cayos misquitos. La población zamba misquita guerrera, hoy negra creole, comparte el territorio con la población mestiza costeña procedente del occidente, centro y norte de Nicaragua. Esto es así desde 1860 a raíz de la anexión de la Mosquitia a Nicaragua mediante el Tratado de Managua.¹

Desde el punto de vista de los derechos de los pueblos indígenas, la región es una nación dentro del Estado nicaragüense. En 1980 se creó la reserva de la Mosquitia, que se convirtió luego en el departamento de Zelaya, donde se asentó la contrarrevolución cuando sus habitantes se levantaron en armas para reivindicar sus derechos ancestrales.²

La lucha por estos territorios adquirió otra dimensión con el caso Awas Tingni que fue examinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este tiene sus antecedentes en 1917, cuando se inició la titulación de 33 comunidades. Sin embargo, políticos de la época recogieron los títulos ancestrales y los quemaron. Por eso, existe hoy un traslape de comunidades, bloques comunitarios, amojonamiento y linderos (imaginarios); muchos son títulos viciados, inválidos, con lo cual se están provocando graves problemas.³

La consulta es una obligación gubernamental desde la aprobación de la Ley de Autonomía⁴ y la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Esta obligación internacional fue omitida con la emisión de las Leyes 800 y 840 para facilitar la construcción del Gran Canal Interoceánico⁵, para lo que se llegaría incluso a reformar la Constitución Política. Con estas decisiones -que se tomaron sin consulta previa, libre e informada- se afecta a miles de personas, entre ellas comunidades étnicas e indígenas como la Rama y Creole (seis comunidades rama y tres afrodescendientes). En contra, se plantearon 32 recursos de inconstitucionalidad, los cuales fueron declarados sin lugar, salvo uno porque no se sabe la ruta del canal y por tanto no saben dónde hacer la consulta.

1 Esta región era un protectorado no una colonia; el tratado se celebró entre Inglaterra y Nicaragua.

2 Según la expositora, esta lucha no lo fue tanto contra el régimen sandinista.

3 El 52% del territorio nacional es región autónoma.

4 El art. 12 de esta ley establece y expropia bienes privados, comunales o de regiones autónomas; y el art. 5 da el consentimiento de utilización de recursos.

5 Años 2012 y 2013

Después del agotamiento de las instancias internas, fue llevado el caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que lo incluyó en el informe de su período de sesiones 150 de esta forma:

De otro lado, la CIDH recibió información preocupante sobre la situación de los pueblos indígenas en Nicaragua, caracterizada por la falta de implementación del saneamiento de sus territorios ancestrales; la afectación del derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado en la concesión de obras y proyectos sobre sus territorios; la ausencia de modificaciones a la Ley Electoral 331 para ser acorde con su derecho a la participación política; y la falta de implementación de normas de seguridad y supervisión de las condiciones laborales de los buzos miskito que ha conllevado a frecuentes incidentes, muertes y personas desaparecidas en el mar. Es de particular preocupación la información sobre la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, dado que, a pesar de contar con la sentencia de la Corte Interamericana emitida hace más de doce años, se informó a la CIDH que el 91% de su territorio estaría invadido por terceros, estaría gravemente contaminado y se habrían presentado hechos de violencia. Igualmente es preocupante que representantes de los territorios Rama y Kriol informaran sobre la implementación inconsulta del proyecto Gran Canal Interoceánico, que afectaría cerca del 40% de sus territorios.⁶

En su sesión 154, el 16 marzo de 2015 la Comisión escuchó los alegatos de violación a los derechos humanos y colectivos de los pueblos indígenas⁷. Entre los desaciertos, se cuenta la secretividad en la que se mantiene el estudio de impacto ambiental. En todas estas decisiones no se han considerado las afectaciones que sufrirán 2800 personas del pueblo Rama, con lo cual se extinguirán su lengua y su cultura.

Todo ello deja ver una compleja realidad donde la consulta previa, libre e informada cede ante otros intereses.

6 Informe sobre el 150 Período de Sesiones de la CIDH del 13 de mayo de 2014, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/035A.asp>

7 Para una descripción del asunto, ver el comunicado “Organizaciones denunciaron a la CIDH violaciones a los derechos de los pueblos indígenas de Nicaragua” en <https://www.cejil.org/es/organizaciones-denunciaron-cidh-violaciones-derechos-pueblos-indigenas-nicaragua#sthash.gXKLLKua7.dpuf>. El video de la audiencia está en <https://youtu.be/oOxVVwrKnBc>

El caso de Costa Rica

En Costa Rica hay 24 territorios indígenas (327 516 hectáreas) habitados por ocho pueblos⁸ con sus culturas propias, cuyas vidas podrían mejorar gracias a las leyes existentes, muy avanzadas pero, en opinión del expositor, de las menos aplicadas en la región.

En su criterio existen tres momentos históricos que marcan la vida de los pueblos indígenas del país:

1. La de los asentamientos del norte y sur; algunos de ellos nunca fueron colonizados como es el caso de los establecidos en Talamanca.
2. La neocolonización mediante políticas públicas educativas homogenizadoras, que eliminaron los idiomas propios. La educación formal y la religión rompieron el tejido social y abatieron rasgos importantes de su cultura (1910 en adelante).
3. La construcción de la carretera Interamericana, que expuso a los pueblos indígenas a la depredación e invasión de sus territorios. Por otra parte, muchas tierras quedaron en manos de grandes terratenientes no indígenas.

En términos generales se impuso un modelo de Estado homogenizante para suprimir sus formas de vivir.

En relación con la consulta,

Para los pueblos indígenas, su vida es una historia de omisiones, de discriminaciones, en relación con la consulta. Por ejemplo, a pesar de que el Código de Minería y las salvaguardas del Banco Mundial prohíben la minería en territorios indígenas, el gobierno continúa con proyectos que omiten su existencia como sujetos de derechos.

Los cuatro problemas principales de los pueblos indígenas son:

1. El despojo de tierras por la falta de voluntad política para cumplir los convenios internacionales. El acceso a la justicia para recuperar la tierra se da por medio de los procesos agrarios que duran hasta 15 años, impidiendo que se resuelvan prontamente con medidas internas de las comunidades pese a tener un título colectivo. No hay garantía de derechos territoriales porque no hay política en este tema.
2. Los recursos naturales son amenazados constantemente.
3. La vulneración del derecho a la consulta (discriminación por sociedad hegemónica).

⁸ De acuerdo con datos oficiales, 104 000 indígenas constituyen el 2.4% de la población nacional. La cultura cabécar es la más grande, le siguen la bribri, gnöbe, brunca, teribe, huetar, maleku, chorotega. El expositor señala que 26 070 personas indígenas no viven en el territorio para efectos de consulta.

4. El sistema hegemónico desconoció las formas de organización tradicional y autoridades ancestrales.

Los siguientes, son algunos ejemplos de decisiones inconsultas:

- El Ministerio de la Vivienda (MIVAH) aprobó política nacional de ordenamiento territorial 2012-20040;
- el Ministerio de Educación Pública (MEP) impulsó la educación intercultural;
- la Asamblea Legislativa aprobó una ley de derechos culturales;
- el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) construye los proyectos hidroeléctricos Reventazón (impactó dos comunidades Tayn y Nairí Awayrí) y Diquís; y,
- el proyecto REDD MAS⁹, que sigue sin consultarse.

James Anaya, el relator de pueblos indígenas de la ONU, visitó el país y emitió un informe final en cuyo texto incluyó seis medidas concretas para abordar la consulta en el caso del proyecto hidroeléctrico del Diquís¹⁰, en el territorio del pueblo térraba¹¹.

1. El objetivo de la consulta es el consentimiento libre, previo e informado
2. Deben aplicarse medidas para establecer un ambiente de confianza.
3. La participación y representación de los pueblos indígenas es central.
4. Debe existir una definición del proceso de la consulta (metodología).
5. Existen asimetrías de poder entre el Estado y los pueblos indígenas que deben equilibrarse.
6. Propuso un equipo de expertos independientes que faciliten el proceso.

La consulta en relación con el proyecto mencionado, sigue sin realizarse. El expositor pregunta por qué no se ha hecho.

Por ello los pueblos indígenas proponen los siguientes lineamientos:

1. Debe crearse un diálogo para la búsqueda de entendimientos con contribuciones de instituciones como el IIDH, porque, Uno habla del otro sin conocimiento: diecinueve ministerios, treinta instituciones públicas, veintinueve autónomas, cada uno la interpreta como quiere.

9 REDD+ significa “la reducción de emisiones causadas por la deforestación y la degradación forestal, el manejo sostenible de los bosques, la conservación de los inventarios de carbono forestal y el incremento de dichos inventarios”. <http://www.bankinformationcenter.org/es/feature/redd-en-costa-rica/>

10 “Este proyecto, promovido por el grupo empresarial estatal, Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), tiene como objetivo la construcción de una presa hidroeléctrica y otras instalaciones sobre el río Grande de Térraba, en la región suroeste del país, para la generación de electricidad a grande escala. El ICE promueve este proyecto como parte de su “Plan de Expansión de Generación Eléctrica”, y el proyecto fue a su vez declarado como proyecto de “interés público” en 2008.” (Informe de James Anaya).

11 Ver La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica. Julio de 2011, en <http://unsr.jamesanaya.org/special-reports/la-situacion-de-los-pueblos-indigenas-afectados-por-el-proyecto-hidroelectrico-el-diquis-en-costa-rica-2011>

Por otra parte,

¿Cómo encuentro armonía entre lo que dice la OIT y las visiones indígenas si los pueblos indígenas del mundo la conocieron recientemente?

Si me consultan y si no, ¿me interesa?

2. Debe haber una institución especializada porque no existe una instancia interlocutora con el Estado. En Colombia existe el Ministerio del Interior. Asimismo, hay que definir la institucionalidad local.

Nadie me representa entonces todos los indígenas unidos para hablar con ellos. La organización indígena no es hegemónica, no imponen a nadie.

3. Debe crearse y aplicarse un protocolo de estándares mínimos de la consulta.

Es necesario que el Poder Ejecutivo realice una acción como un decreto que no pase por la Asamblea Legislativa

Finalmente, el expositor expresó que,

Ojalá la ONU, el IIDH, la Defensoría puedan concretar estos ideales y tener una recepción comprometida de parte del gobierno.¹²

12 Mackay, Fergus ; Morales, Alancay. Violaciones de los derechos territoriales de los pueblos indígenas: El ejemplo de Costa Rica. Londres, Forest Peoples Programme, 2014, disponible en <http://www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2014/02/violationsterritorialrightscostaricaspanishfeb2014.pdf>

El caso de El Salvador

*La cultura de El Salvador es horrible, racista.
Hemos enfrentado diariamente la discriminación y vivido las masacres de años
atrás.
Casi nos desaparecen si no es porque los abuelos respondieron y lucharon.
Para nosotros sigue la lucha...*

El expositor escucha con emoción lo que otros pueblos indígenas mesoamericanos narran, porque a pesar de la terrible violencia que padecen, cuentan con sus territorios. En El Salvador, por el contrario, los pueblos indígenas no tienen tierra. Desde la independencia política de España, fueron puestos siempre al margen. En 1881, por ejemplo, por medio de un decreto se declaró que sus tierras ejidales y comunales eran del Estado. Dice con tristeza que es un proceso de lucha permanente para incorporarse con plenos derechos a la sociedad salvadoreña, en el que muchos han dado sus vidas:

... como en 1833 cuando hubo otra gran masacre indígena porque el cacique Anastasio Aquino se negó a pagar los impuestos injustos; sin embargo, lograron comprar la voluntad de otros hermanos de José Feliciano Ama y le traicionaron. Le cortaron la cabeza y la pusieron en un palo.

Un siglo después ocurre otra masacre en occidente, otra muestra de la política de exterminio:

Treinta mil se dice que asesinaron, ellos saben que fueron muchos más, y todo porque en 1932 reclamaron el derecho a la tierra y un salario justo en las haciendas.

Cuenta que sus abuelos fueron asesinados en esa época. Y durante la guerra ocurrió otra masacre en la comunidad Las Hojas, 75 personas fueron asesinadas.

Perdieron vestidos e idiomas para sobrevivir. En 1932 solo porque hablaban su lengua o por vestir sus trajes, les daban el tiro de gracia. Yo anduve los 12 años de guerra, matándonos con estacas en el pecho. Dos veces me escape, y aquí estoy. Y cuando se dan los Acuerdos de Paz, tampoco fuimos tomados en cuenta, de nuevo [fuimos] discriminados.

Haciendo un balance de lo ocurrido, nos dice:

Antes de los 12 años de guerra no podíamos decir quiénes éramos, dónde estábamos y ni qué queríamos. Luego de la firma de la paz, nos organizamos para reclamar la existencia

de las comunidades indígenas¹³. Recuerdo que cuando un extraño iba a la comunidad, cerraban puertas y se escondían, por temor a lo vivido. Los partidos políticos de derecha nunca hicieron nada por los pueblos indígenas. Cuando en 2010 se logró el cambio con un gobierno de izquierda, Mauricio Funes fue el primer presidente que comenzó a abrir espacios reconociendo la existencia de los pueblos indígenas.¹⁴

Gracias a sus luchas lograron la reforma constitucional para que se les reconociera como pueblos indígenas. Sus esfuerzos continúan para lograr la ratificación del Convenio 169 de la OIT que muchos sectores se niegan a aceptar.

Entre otros de sus logros el Ministerio del Medio Ambiente estableció una mesa para los pueblos indígenas legalmente constituida donde participan trece organizaciones comunitarias, que él coordina:

Precisamente a partir del día de mañana se inician consultas sobre cambio climático. Ya no queremos ser objeto sino sujetos tomadores de decisiones. Queremos acompañamiento profesional, pero no que decidan por nosotros.

Finalmente, informó de que se está realizando un trabajo de consulta entre El Salvador y El Paraguay para un plan de acción con una comisión de nueve representantes de organizaciones; participan el gobierno, el sistema de Naciones Unidas y pueblos indígenas con talleres en todo el país. Por primera vez, el Coordinador residente de Naciones Unidas se reunió con ellos. Pidieron acompañamiento de equipo técnico y ponen sus esperanzas en este proceso de consulta inicial.

13 Hay diversas organizaciones, como el Consejo Coordinador Indígena Salvadoreño (CCNIS) y la Asociación Coordinadora de Comunidades Indígenas de El Salvador (ACCIES). Existe un movimiento de unidad de tres pueblos originarios chaparrastique: nahaut-pipil, kakawira y lencas.

14 Para la firma de la Declaración de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, en la Casa Presidencial, por primera vez un representante del Estado se comprometió a darles todo el apoyo. Sin embargo cuando pidieron perdón a los indígenas, no estaban representados todos los pueblos. Es una discriminación, dice Fidel.

EL caso de Honduras

*Los jueces no hablan del Convenio 169 de la OIT;
Es un Estado fallido, no existe;
por eso nos tuvimos que ir al plano internacional.*

El expositor relata que el pueblo garífuna se originó por la mezcla de indígenas con los sobrevivientes del naufragio de un barco en el que se rebelaron los esclavos que traía de África, hecho ocurrido en las riveras del Orinoco. En parte por eso,

[Si] rechazamos el término afrodescendientes, no es por el color negro. Toda la humanidad es afrodescendiente. Los garífunas somos indígenas y así nos reconocen.

Informa de que el pueblo indígena garífuna de Honduras ha recurrido incesantemente al sistema interamericano. Después del golpe de Estado de 2009, todos los pueblos¹⁵ marcharon a la capital, Tegucigalpa para protestar por las violaciones al territorio del pueblo garífuna. Allí recientemente fue descubierta una nueva ciudad, de unos de 3000 años de antigüedad, y los hermanos de varios ex presidentes hondureños tienen concesiones inconsultas para turismo, al igual que otras empresas canadienses en Trujillo.

¿Consultas por megaproyectos como el del petróleo en el departamento de Gracias a Dios? El Estado da exploración y explotación de una vez a las empresas. Ninguna consulta para estos casos (...) también dentro de las comunidades hay malos hijos (...) la fiscalía especial de las etnias, poco o nada hace. El Estado nos invisibiliza. No le interesa que vivamos o sobrevivamos.

¿Qué efectos tiene esto en sus vidas?

Como indígenas tenemos derecho a la alimentación, sin embargo los que viven de la pesca fueron saqueados, los militares les quitan los cayucos para que murieran de hambre. Ellos son hombres de pesca y las mujeres de agricultura.

En La Ceiba enfrentan otro problema:

Las municipalidades urbanizan territorios indígenas y entonces [enfrentamos] el dilema: integrarse o no. En Tela, por una gran demanda internacional (22 casos) [se dio] la visita la Corte Interamericana de Derechos Humanos al territorio. Asimismo, las mujeres agrícolas campesinas luchan porque los territorios de ellas fueron cedidos a los

¹⁵ Lenca, maya-chortí, tolupán, pech, tawahka (sumo), miskitu y nahua, así como dos etnias afrodescendientes, los garífunas y la población negra anglo-hablante. Ver más en Pueblos indígenas en Honduras, de la Unidad Coordinadora Pueblos Indígenas en América Latina y el Caribe (KIVLAK/GIZ), disponible en <https://www.giz.de/fachexpertise/downloads/giz2010-es-laenderpapier-honduras.pdf>

empleados municipales. Y los jueces no hablan del Convenio 169 de la OIT, imagínese el Estado de Derecho [por]que no existe.

Todo esto, ocurre en un contexto nacional conflictivo:

Recientemente hubo 3000 muertos porque no había medicamentos para atender a la población en general [esto] provocó la marcha de los indignados, lo cual ha ido uniendo sectores. Pero en realidad, saquearon el país.

Respecto de las leyes dijo:

Existe una ley de pesca para barcos de alto calado, tres millas náuticas que son [nuestra área de recolección para la] alimentación. ¿Qué vamos a comer los indígenas? [Son barcos que usan] redes gigantes con cadenas, [que] recogen y matan los corales.

¿Y la consulta?

No hubo consulta para esta ley de pesca.

No hay forma de denunciar, no hay inspección de campo, no existe respeto a derecho alguno. Todos los ríos de Honduras se concesionaron en dos meses, así como la minería a cielo abierto.¹⁶

Finalmente, con fuerza y dolor concluye su exposición diciendo que

La educación para los indígenas es para deformarlos, para legitimar al nieto que fue a la escuela frente a la abuelita que no (...). Eso somos hoy.

¹⁶ Esto ocurrió durante el gobierno del presidente Roberto Michelletti, indica el expositor.

El caso de México¹⁷

La expositora explica que en los territorios indígenas mexicanos se configuran situaciones límite. Una de las más graves fue que:

Los reclamos en el centro del país [dieron lugar a] la detención de 32 indígenas de Colima, todo por reclamar derechos de su renta de tierras a una minera. Tanto los indígenas como el abogado ambientalista se encuentran hoy privados de libertad. Esto nos da muestras de una realidad [en la que] las protestas y reclamos legítimos tienen como consecuencias la criminalización, los homicidios y detención de mujeres indígenas. ¿Cómo enfrentar estos problemas? Los defensores de las comunidades terminan en la cárcel, en el panteón o en el exilio.

Informa de que en México no se reconoce la consulta libre, previa e informada y, a pesar de las denuncias, el ejército sigue presente en las comunidades indígenas.

Frente a esa problemática, el movimiento de mujeres indígenas exige la consulta en los casos de los proyectos que podrían afectar a sus comunidades, en su lucha contra los cultivos transgénicos y empresas como Monsanto. También se reclama la consulta a los gobiernos locales.

Pero lo que sucede es que los indígenas se dividen en estos procesos, se fragmentan (...). Por ejemplo, los lacandones, de quienes se dice que son conservadores, protectores de la selva, [están minados por] una gran fragmentación del tejido social a nivel interno. ¿Cómo socializar entre grupos tan diversos, donde solo hoy viven cuatro culturas indígenas?

Comenta que no existe una reglamentación del derecho a la consulta. ¿Conviene o no?

Pone de manifiesto una realidad compleja y discriminatoria en la región:

A los foros quienes van no son los indígenas o sus líderes, sino académicos, trabajadores (...).

Ante los reclamos de derechos,

Les dan tierras pero los dividen para que no sigan uniendo resistencias.

Y el Estado responde con

17 Más información en el reporte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la “Situación de los derechos humanos en México” publicado en 2015, en Washington. Está disponible en www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Una política o programa de combate a la pobreza en 2012 [que] no fue consultada, no se conocían las necesidades, y el fracaso es hoy evidente. Por eso es importante el apoyo de las ONG y los organismos internacionales, como la CIDH que, gracias a las movilizaciones y denuncias de los pueblos afectados,

En el 2014 la Comisión Interamericana [de Derechos Humanos] recomendó analizar el fenómeno de desplazamiento forzado a nivel interno producto de la violencia, el conflicto religioso, agrario.

CAPÍTULO III

LA SITUACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA EN LA REGIÓN ANDINA Y EL SUR

La Región Andina

El segundo de los *Encuentros sobre la Aplicación del Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada contenido en el Convenio 169 y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, tuvo lugar los días 19 y 20 de septiembre de 2015 en Lima, Perú, con la asistencia de participantes de Bolivia, Ecuador, Colombia, Perú y Venezuela, que abordaron el estado del derecho a la consulta en esta región.

La reunión se inició con el caso de Colombia, ampliamente referido en el Capítulo I, en relación con los principales avances jurisprudenciales de la Corte Constitucional, entre ellos las reglas a aplicar cuando el consentimiento de los pueblos es necesario. Este importante giro se originó en 2007, cuando la Asamblea General de la ONU adoptó la *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, en donde se establece que las consultas se celebrarán con estas comunidades “a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”. (C-461 de 2009¹)

A partir de las reflexiones propiciadas por el acervo jurisprudencial de la Corte IDH y de la Corte Constitucional colombiana², se hizo hincapié en la necesidad de evaluar integralmente los proyectos que estén por iniciarse, se encuentren en marcha o ya se hayan ejecutado sin consulta previa. El objetivo es identificar no solo los daños ambientales y los que se podrían ocasionar en el futuro, sino también la alteración de las formas de vida y la subsistencia de los pueblos afectados derivados de los proyectos, los que se deben suspender para evitar que sus consecuencias sean irreparables. Para afrontar los

1 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º, del Acto Legislativo número 01 de 2008, <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-461-10.htm>

2 La *Declaración* respalda el alcance del consentimiento cuando dispone que siempre habrá lugar a la reparación cuando sus territorios hayan sido “confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado”.

A pesar de que las declaraciones por sí mismas no son vinculantes, el derecho al consentimiento ha comenzado a ser exigido por diversas instancias judiciales. La Corte Constitucional colombiana retomó en 2009 la primera aplicación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) hizo del consentimiento libre, previo e informado. Afirmó que: [cuando] se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea. (Corte constitucional, Sentencia T-769 de 2009).

perjuicios se requerirán planes de reparación integral que tomen en cuenta los aspectos culturales para la mitigación, reparación, compensación, prevención y sanción que sean necesarias, en consulta con las comunidades afectadas.

Por otra parte, la experiencia de Perú en la reglamentación del derecho a la consulta no deja lecciones positivas para los países de la región. Lo expuesto por los y las participantes en este punto es muy enfático en el sentido de que no resolvió ninguno de los problemas de los pueblos y, por el contrario, “amarró” los grandes intereses de las multinacionales y del Estado excluyendo a los pueblos de participar en las decisiones. Pese a esto, se informó que en Colombia se insiste en reglamentarla aduciendo que este derecho se constituye en un obstáculo al desarrollo.

Las y los delegados de los pueblos indígenas de la Región Andina, coinciden que en ocasiones cuando se abordan estos asuntos en sede judicial, algunos jueces y juezas – como es el caso de la Corte Constitucional colombiana- asumen una postura garantista y de protección de sus derechos. Por lo anterior, concluyen que la vía del litigio estratégico y la lucha legal son caminos institucionales apropiados para el reconocimiento y ejercicio de la consulta y el consentimiento previo libre e informado.

El caso de Perú

La lucha debe ser legal y no solo frontal.

La delegación peruana informó que Perú es uno de los pocos países que tiene legislada y reglamentada internamente la consulta, pero ni la ley ni el reglamento son adecuados a la realidad de los pueblos indígenas, lo que ha provocado grandes conflictos internos.

Lo que está en juego,

Son temas ambientales que pasan por muchos pueblos y comunidades abusadas, a quienes se les ha impuesto principalmente proyectos mineros y petroleros.

En relación con este tipo de proyectos, su postura se basa en que,

No hay minería limpia, y por ende, se presume siempre el daño ambiental.

Por otra parte, resienten acciones como la cooptación de las organizaciones indígenas por parte de la institucionalidad, en las que muchas veces privan intereses políticos y partidarios.

Aducen que,

El Estado quiere desaparecer a las identidades indígenas.

Lo descrito ha hecho que muchas de las organizaciones indígenas opten por no trabajar con el Estado, lo cual las deja al margen de todo proceso real de incidencia.

Ante esto, su gran interrogante es ¿cómo dialogar con el gobierno?³

Eso no está claro, pero sí han aprendido que,

Cuando están organizadas el gobierno lo piensa mucho más, así cómo piensan el tema político, social y electoral.

Ante la ausencia de condiciones para un diálogo respetuoso entre las partes, los pueblos indígenas han organizado sus propias consultas vecinales mediante asambleas comunitarias y votaciones secretas, con lo cual han vetado el ingreso de algunas empresas extranjeras⁴ dedicadas a la explotación gasífera y minera.

Cuando se tiene información, seguridad, compromiso y valor por la lucha de los intereses colectivos, es posible evitar que se realicen proyectos contrarios a la vida y dignidad de los pueblos indígenas.

3 Algunas organizaciones participantes se consideran contestatarias al Estado. No siguen al gobierno. Dan respuestas y acompañan procesos de consulta en experiencias exigidas por el Estado.

4 Por ejemplo, ver El caso de la comunidad de cañaris y el derecho a la consulta previa, en <http://www.servindi.org/actualidad/81367>

Sin embargo, estas experiencias -que consideran exitosas- suscitan reacciones contrarias. Por ejemplo, relataron que la institucionalidad estatal realiza asambleas paralelas para avalar los planes, lo cual no siempre les es posible evitar; también han podido comprobar que las empresas regalan dinero a la dirigencia para dividirlos y debilitarlos.

En cuanto a sus propuestas, opinaron que

Debe evitarse que simples talleres de información sean asumidos como tales

Y, para contrarrestarlo,

Creemos comisiones comunales que acompañaron a las empresas a todas las reuniones

También propusieron la utilización de las herramientas digitales actuales como Whatsapp como una estrategia de comunicación entre el campo y la ciudad y plantearon que necesitan abogados (as) capaces de facilitarles la comprensión de los términos complejos, técnicos y académicos que se emplean para todo lo relacionado con la consulta

[Queremos] un modelo de vida basado en el buen vivir.

[Para conseguirlo] hay que dar una lucha integral, legal y no solamente frontal, sobre todo porque las protestas indígenas son reprimidas con gran violencia Frente a ello, [debemos] articularnos y unirnos para compartir lo que de a poco se ha ido inventando en el camino.

El caso de Ecuador

*500 comuneros dijimos no a la minería.
Nos dijeron mendigos en sacos de oro.
No a la minería sí a la agricultura.*

La delegación ecuatoriana habla de una dicotomía entre la teoría política nacional e internacional del Estado y la cotidianidad de los pueblos indígenas en sus luchas por los procesos de consulta. En sus propias palabras:

Es una teoría que no da respuestas desde sus propias perspectivas.

Esto se da, comentan, pese a que en la Constitución Política⁵ se les reconocen 21 derechos colectivos según el art.57, incluida la consulta, pero en la práctica es una teoría para que la faz internacional crea que se cumple, manifestaron las personas participantes.

Ecuador es un Estado plurinacional e intercultural, pero paradójicamente, como Estado no está a favor de los derechos indígenas.

Señalaron que en Ecuador se constata que, independientemente de la ideología o partido político en el gobierno, lo que impera es un modelo económico en el que los pueblos indígenas son irrespetados, inconsultos, encarcelados y violentados en sus derechos colectivos fundamentales. De allí que estos textos jurídicos carezcan de eficacia.

Esto ha provocado que cuando excepcionalmente se les convoca a consultas, se niegan a participar de manera que esta obligación estatal y derecho de los pueblos indígenas se ha convertido en una herramienta para legitimar las decisiones y actuaciones que afectan la cultura de sus habitantes, poniendo en riesgo su existencia como pueblos diferenciados. Por tal razón,

Hoy van a la resistencia, la voz de la protesta es la única lucha.

Así, en relación con la aprobación de la Ley de Recursos Hídricos y Aprovechamiento del Agua y a su reglamento, se preguntan,

¿Cómo reflejar nuestras formas de pensar? ⁶

En la práctica la consulta previa se ha politizado por las pugnas entre personas partidarias del gobierno que la realizan y quienes no los son. Muchas de ellas tienen

5 Ver Constitución del Ecuador - Asamblea Nacional, en www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf

6 La llamada “Ley de Aguas” fue impugnada en 2015 por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) debido a que “lesiona la gestión comunitaria del agua (...) por lo que genera regresividad de derechos para los pueblos indígenas (...), se prioriza el criterio de eficiencia y productividad por sobre el de derecho humano al agua y al de soberanía alimentaria (<http://elecuatoriano.net/2015/06/11/movimiento-indigena-de-ecuador-presena-demanda-de-inconstitucionalidad-a-la-ley-de-aguas/>)

Por otra parte, la consulta prelegislativa está prevista constitucionalmente, pero para ello se requieren las firmas de un 5% de las personas pertenecientes a los pueblos indígenas afectados, pero cuando las revisan se declara que son falsas, con lo que se manipulan los procesos.

intereses personales y no colectivos, lo cual es de gran preocupación. Por ello expresan que

Esperamos que la lucha haga cumplir sus propias luchas.

Aparentan realizarla entre ellos, pero en realidad son vistas por los indígenas, como amargas experiencias con el Estado.

En vista de que,

[Tanto] en la Amazonía como en la costa, no se consulta nada, luchamos porque la consulta sea tomada en cuenta en la Asamblea Nacional.

Es importante hacer ver que en estas luchas por la participación, por ser tomados en cuenta y ser escuchados, los han llevado a manifestarse en las calles, pero,

Las movilizaciones se han criminalizado poniendo en riesgo su integridad personal por ser “terroristas y sabotadores”.

El resultado de la única consulta efectivamente realizada -en relación con la minería- fue de una oposición rotunda al proyecto en vista de que, entre sus efectos, acabaría con la única fuente de agua potable de la región. Sin embargo, a pesar de la negativa y los esfuerzos de los comuneros/as, ninguno de sus criterios, preocupaciones ni sugerencias fueron realmente tomados en cuenta. La respuesta fue salir a manifestar a las calles, a enfrentar la represión y los intentos de suprimir el derecho a la protesta previsto constitucionalmente. La privación de libertad ha sido la tónica: 190 detenidos/as en la última marcha⁷.

Además de la criminalización, otras de las formas para tratar de controlar las protestas ha sido dividir a las familias dando puestos de trabajo a algunos de sus miembros. Además, se efectúan *contramarchas* y,

En las bases [se regalan] recursos y cosas de repartición como comida, ropa y ventiladores.

Además, manifiestan que,

(...) existe una discriminación contra las mujeres indígenas que no son tomadas en cuenta; [pero], realmente ¿se hacen consultas? ¿Quiénes participan?⁸

En la práctica puede ser que opinen, pero sus criterios no son tomados en cuenta, por eso,

Sentimos que nos ven como personas sin capacidad.

7 Los participantes proponen una hoja de ruta común en la región que permita combatir en forma unida el mismo problema que padecen. Dan cuenta que en total hay unas 300 personas procesadas por su participación en las protestas y ya suman setenta las fallecidas en los últimos años.

8 El pueblo quichua de la Amazonía (Montubio) no fue tomado en cuenta en la Ley de Aguas.

El caso de Bolivia

*Hoy se sienten muertos sin enfermedades. Hoy luchan por la vida.
Respetamos la vida haciendo nuestro trabajo bajo parámetros de una justicia
correcta.*

La verdad es que si miramos a la historia, siempre hemos resistido.

La representante del pueblo guaraní⁹ uno de los más importantes en la coordinación para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, se refirió a dos características que hacen diferente al Estado boliviano:

- Se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, y,
- Cuentan con la mejor Constitución Política¹⁰ de la región, con 411 artículos aprobados por los movimientos indígenas y campesinos (2009).

Es decir,

Comparativamente, antes solamente teníamos cuatro artículos que nos representaban; hoy tenemos 82 a nuestro favor.

Sin embargo, manifiestan,

Pero antes sobrevivimos y enfrentamos al Estado, ahora estamos retrocediendo, es una cosa paradójica.

Es así como narra que en la práctica prevalece la disociación entre una extraordinaria teoría, cuyo contenido jurídico es de los más avanzados en términos del respeto a los pueblos indígenas, y su realidad de lucha y resistencia en la que, con marchas pacíficas, reclaman la participación en la toma de decisiones que les afecten.¹¹

La verdad es que si miramos a la historia, siempre hemos resistido. A los guaraníes los intentan desaparecer. Somos los grandes guerreros que no doblegan rodillas ante el Estado; no pactan ni hacen alianza con el Estado.

9 El pueblo guaraní, uno de los 36 que habitan Bolivia, está compuesto por unas 135 000 personas repartidas en 87 comunidades. Solo en las tierras bajas hay 34 pueblos indígenas en Bolivia. Ver más en http://www.territorioindigenaygobernanza.com/bov_10.html y en http://www.amazonia.bo/indigena_completa.php?codigo_enviado=ZdL1w5VWyiwjEvG3NcHEu3zdK6XrmN2JqLKLz2SIWw=

10 Constitución Política del Estado, en www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración de Naciones Unidas son leyes del Estado boliviano, de acuerdo con el art. 15 constitucional.

11 La gran marcha del Tipnis es una de las más significativas.

El caso de Colombia

*En el Cauca dan las luchas desde el hecho en el Derecho.
El alcalde puede ser indígena, pero si la estructura de poder sigue siendo la misma
que los explotó y discriminó ayer, no hay nada que hacer allí.
Las bases, las raíces de nuestros ancestros, son inamovibles.*

Colombia posee una diversidad cultural extraordinaria, con 102 pueblos indígenas organizados en cabildos y resguardos, además de organizaciones indígenas regionales y nacionales, como la Organización Nacional indígena de Colombia (ONIC). Además, es el único país latinoamericano que ha desarrollado su derecho a la consulta previa, libre e informada por medio de la jurisprudencia constitucional, de forma amplia, profunda, integral y en forma sostenida a través del tiempo.

Sin embargo, si bien reconocen este acervo jurídico institucional, manifiestan que

La Constitución Política si la miran, es muy linda y bien escrita. Pero en la práctica, es muy complicado su desarrollo operativo. La Ley 21 es el Convenio 169 que es la concertación y que no se aplica por la institucionalidad.

Entonces,

En el Cauca dan las luchas desde el hecho en el derecho [exigen].

Porque,

Si la lucha no surge desde los indígenas, el Estado no lo hace, porque no los entiende; no los quiere entender, y entre ellos como indígenas van perdiendo su espiritualidad.

Preguntan por qué el llegar a ocupar la titularidad de algún cargo público por parte de una persona indígena, no garantiza nada, ya que al ser parte de las estructuras occidentales de poder, responden a intereses propios creados y preconcebidos como parte de la hegemonía del Estado. Señalan que:

El alcalde puede ser indígena, pero si la estructura de poder sigue siendo la misma que los explotó y discriminó ayer, no hay nada que hacer allí.

De manera que siguen

En esta lucha estratégica [en la que] ganamos escalones en instancias y estructuras.

Una de ellas, es el establecimiento de

[Una] mesa de concertación [para discutir y analizar propuestas] en temas como tierras, educación, salud, agua potable y justicia ordinaria y la propia.

Hoy una estrategia radical es no participar de la consulta previa: ¹²

No vengán a preguntar cómo quieren que muramos, sino cómo queremos vivir.

Otra postura es la que sostiene que, antes de dar las licencias ambientales, los pueblos indígenas participen con sus conocimientos ancestrales y sus cosmovisiones, para que hagan saber anticipadamente si las medidas propuestas son o no viables.

Hay que materializarlo [desde] las bases, las raíces de nuestros ancestros, [que] son inamovibles.

12 Uno de los casos más emblemáticos es el del pueblo u'wa y la entrada de una petrolera a su territorio. Ver Plan de salvaguarda pueblo u'wa –Casanare, presentado por el Cabildo Indígena de Chaparral y Barronegro del Pueblo U'wa de Tamara, Sácama y Hato Corozal, en http://siic.mininterior.gov.co/sites/default/files/p.s_uwa_casanare.pdf.

El caso de Venezuela

Venezuela es un país de luchas y riquezas culturales inconmensurables. La Amazonía venezolana, por ejemplo, es una de las regiones más ricas del mundo. Incesantemente amenazada, la búsqueda de grandes vetas de oro¹³ ha provocado la destrucción de la naturaleza y de las sociedades humanas diferenciadas que la han habitado desde hace miles de años¹⁴.

Todo esto sucede pese a que la Constitución Política desde 1999 protege los derechos de los pueblos indígenas. En su texto se superó la visión de tutela de la Constitución de 1991, en la que se les consideraba menores de edad. Asimismo, existen nuevas leyes relativas a la educación y sus idiomas propios pero con una muy pobre aplicación práctica.

Existen leyes buenas, escritas muy bien, pero sin cumplir.

Por otra parte, la escasa institucionalidad pública establecida para velar por sus derechos, le da paso a las viejas prácticas paternalistas que impiden la formulación de políticas públicas desde la visión de los pueblos indígenas.¹⁵

De allí que continúen esperando respuestas estatales efectivas que invaliden los prolongados silencios respecto de problemáticas como la demarcación de sus territorios –un compromiso legalmente establecido- y la educación intercultural.

Con iniciativas propias han sustituido la ausencia del Estado. Entre ellas, describieron los *nichos indígenas*, a los que asisten los niños y niñas varias horas por semana para escuchar los idiomas que se han ido perdiendo; y, los inventarios de sitios sagrados y símbolos de la naturaleza, para que sean referentes en la demarcación de sus territorios, porque,

Las estructuras occidentales de poder no les funcionan a los indígenas.

Y esto,

No es un asunto solo de poner personas.

Sin embargo, el funcionamiento de quince empresas de explotación de oro desestabilizan los esfuerzos comunales. Los pueblos indígenas son expulsados paulatinamente hacia lugares más lejanos, donde no hay atención a su salud ni los

13 Algunos de los militares destacados en la zona para controlar el problema, son quienes explotan los yacimientos de oro.

14 En la Amazonía viven unos 23 pueblos en 700 comunidades indígenas.

15 Hay dos instituciones: El Instituto Nacional de Pueblos Indígenas y el Ministerio del Poder Popular para los Pueblos Indígenas.

alimentos básicos, lo que compromete su salud y vida, en particular, las de sus niños y niñas.

Finalmente, respecto de la consulta, informaron que por unas concesiones mineras recientemente otorgadas a empresas extranjeras, se constató la inexistencia de procesos en nivel nacional pese a estar contemplado este derecho en diversidad de leyes y en la Constitución Política. Esto provocó que el propio Relator de Pueblos Indígenas, James Anaya, se pronunciara sobre esta situación (2009). Las marchas indígenas han sido la forma de manifestar su descontento por la falta de participación en las decisiones que afectan sus vidas.

Los países del Sur

El tercero de los *Encuentros sobre la Aplicación del Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada contenido en el Convenio 169 y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, tuvo lugar los días 17 y 18 de septiembre de 2015 en Asunción, Paraguay, con la asistencia de participantes de Argentina, Chile, Brasil y Paraguay¹⁶, que abordaron el estado del derecho a la consulta en esta región.

La delegación brasileña expresó su preocupación por la mutilación de sus territorios. En Chile no se reconocen el convenio 169 de la OIT en la práctica ni los derechos colectivos y territoriales del pueblo mapuche.

En Paraguay, el debate sobre la consulta es muy incipiente y los esfuerzos institucionales son muy básicos, pero responden a las demandas de justicia de los pueblos indígenas de este país.

En Argentina, la representación y la unidad son preocupaciones que se formularon por parte del participante de este país, aspecto que se destaca porque los niveles de organización son muy dispares en esta parte del continente.

Respecto de Chile, el relator especial de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas expresó que, pese a que en los últimos años hay avances en la situación económica y social de los pueblos indígenas, *aún persisten [...] severas brechas de desigualdad en el goce de los derechos económicos y de la salud y educación de [estos] pueblos*, así como *una marcada discriminación en los ingresos entre personas indígenas y no indígenas*. La Constitución Política chilena no reconoce ningún derecho a los pueblos indígenas ni el carácter multicultural del país; tampoco se cumplen las escasas leyes que los protegen¹⁷.

En relación con la consulta, se observa una dificultad recurrente en estos países en materia de la interpretación y comprensión legislativa y jurisprudencial de lo que se entiende por afectación directa desde los propios pueblos. En general, lo atribuyeron al conservadurismo que mantienen al respecto tanto los/las juristas como la academia en esta parte del continente.

Una buena práctica que se destacó en el *Encuentro* es el papel de la Defensa Pública paraguaya.

Las personas participantes hicieron un llamado a los Estados para que cumplan con su obligación internacional para el ejercicio efectivo de los derechos colectivos y del derecho a la consulta mediante la creación de instituciones y la formación apropiada del funcionariado.

¹⁶ El caso de Paraguay se resume en el capítulo IV.

¹⁷ Por ejemplo, la Ley N° 20.249 o “Ley Lafkenche”, crea un espacio costero marino para los pueblos originarios con los objetivos de resguardarlas para su uso consuetudinario y mantener las tradiciones de las comunidades indígenas (artículo 3).

El caso de Argentina

En este país también se observa la falta de voluntad del Estado respecto del cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas:

(...) un país democrático que recurre a la policía cuando las mujeres luchan por sus territorios arrebatados.

Como indígenas sienten y saben que no pueden ocupar cargos públicos, ni siquiera acceder a instalaciones públicas; las reuniones se hacen en la calle.

Sus luchas si bien son difíciles no son imposibles.

Reclaman participar en la discusión de las leyes y políticas antes de promulgarse porque,

Somos dueños de nuestros derechos, no son del gobierno.

Pero por esos reclamos de derechos fundamentales,

Somos amenazados constantemente, hijos, esposas, “nos pescan”.

Finaliza esta mirada animando a todos a tener

Coraje, corazón valiente, como esas mujeres que dieron la vida por nuestros territorios ancestrales.

El caso de Brasil

El delegado brasileño se refiere a que la teoría de los convenios internacionales debe vivirse para preservar su existencia, vinculada a sus territorios:

¿Pueblos originarios de qué si ya no tenemos tierra?

Manifestó una gran preocupación por las acciones de una bancada del órgano legislativo federal cuyos integrantes cercenaron los llamados territorios *quilombolas* (comunidades negras),

[Los otros] necesitan ser dueños de la tierra, patentar, usufructuar, pero en la práctica no pueden usar su tierra ni sus frutos.

No comprende cómo su país ratificó el Convenio 169 de la OIT y no se escucha a la gente, no participa, no hay consulta.

Decenas de compañeros indígenas se encuentran privados de libertad por luchar por sus territorios contra la invasión de los estancieros en Mato Grosso. Esto se da pese a que es una obligación del Estado demarcar los territorios indígenas pero, si luchan por ello, los encarcelan.

Ante esto, su propuesta es unirse estratégicamente y compartir experiencias para lograr que se cumplan sus derechos.

Si corres te atrapa el bicho, si te quedas te come, pero si nos juntamos, el bicho se acaba, se va.

El caso de Chile

*Los que luchan toda la vida son los imprescindibles.
No podemos tener derecho al territorio sin agua.*

En este país ha habido una movilidad forzada desde siempre. Sus abuelos y las actuales generaciones han debido trasladarse fuera de sus tierras como resultado de las actividades mineras que se han desarrollado sin respetar sus territorios ni sus formas de vida.

Al emigrar forzosamente, perdieron sus sembradíos y los espacios vitales y comunes donde se unían a otras comunidades indígenas. El silencio y el temor hicieron presa de ellos/as. Fueron impuestos por la educación y la religión e interpretan lo sucedido como *la voluntad de Dios. Nos hicieron más sumisos.*

Históricamente han tenido miedo de los militares. Desde la llamada Guerra del Pacífico (1879-1883, cuando Chile se enfrentó contra Perú y Bolivia),

Obligaron a los padres a bajar la cabeza; [hoy tenemos] miedo a las fuerzas armadas (físico y psicológico).

Después la dictadura afectó más fuerte que la chilenización; existen hoy campos minados todavía en sus pueblos.

En los años 80 fue establecido el Código de Aguas, lo que permitió a empresas mineras la explotación de las aguas subterráneas, de modo que hoy están secos los lagos y ríos de los que se abastecía la población.

Con la Constitución de Pinochet nos separaron la tierra del agua; no es un conjunto. No se adquiere al mismo tiempo la tierra y el agua, sino solo el aprovechamiento.

Al terminar la Guerra del Pacífico,

[Nos dieron] dos alternativas: o irnos a reducciones o la muerte.

Nos fuimos a reducciones y otros lucharon. Masacraron y dispersaron a los indígenas quienes se fueron hacia Argentina por una cuestión de origen (...) somos pueblo de la tierra, gente de la tierra.

Los pueblos indígenas chilenos también fueron perdiendo sus territorios mediante la aplicación de diversas políticas asimilacionistas, dirigidas a homogenizar a la población *para que no haya más mapuches, sino chilenos* (1973). Después, en los años de la dictadura, se arrasó nuevamente a los indígenas.

Este proceso, que culmina con el neoliberalismo de los años 80 y su Constitución, termina de diezmar a los mapuches por la fuerza (...) Eso somos hoy, violentados, despojados de nuestros territorios¹⁸.

Finalizada la dictadura, en los años 90 se aprobó una ley indígena, pero por el miedo que persistía por la situación política vivida, se callaron el avasallamiento que estaban sufriendo en sus territorios. Sin embargo, se iniciaron conversaciones con las autoridades estatales y las empresas, aunque ha privado de su parte una desconfianza permanente porque

El Estado no cumple. Nosotros somos gente de palabra.

En la actualidad, prevalecen situaciones muy complejas en las que

Las reivindicaciones mapuches se encarcelan. El día del terremoto los carabineros en un territorio realizaron recuperaciones con disparos, [hubo] doce muertos, otros fueron encarcelados, otros tuvieron que vivir en la clandestinidad.

Además, se realizan juicios con testigos sin rostros los que los acusan de terroristas

Es el caso en que la fiscalía persigue y condena a Aniceto Norín¹⁹ por diez años [por] la ley anti-terrorista que se aplica solo a los mapuches.

En estas condiciones, resulta muy difícil concretar el derecho a la consulta previa, libre, e informada. Para conseguirlo, se requerirán cambios profundos que permitan crear condiciones para el diálogo, lo que pasa necesariamente por la devolución de muchos de sus territorios para establecer bases de confianza y buena fe.

[Pero] el problema es que el Estado no quiere conversar; [primero] los invaden y ahora deben dialogar.

No podemos tener derecho al territorio sin agua. No pueden reducirnos la consulta a un “escucha y considera”, como lo pretenden actualmente. Por eso nos autoconvocamos y desligamos del Estado, con incidencia nacional e internacional.

Han afrontado por medios legales la reglamentación del Convenio 169, que ha servido *para maquillar las consultas*. En este sentido, para hacer exigibles judicialmente sus derechos, han recurrido a los tratados internacionales sobre derechos humanos (en virtud del artículo 5 constitucional), así como a la invocación de derechos constitucionales, tales

18 El despojo ha sido histórico. El expositor explica que en 1641 el imperio español firmó un tratado reconociendo la derrota ante los mapuches, quienes liberaron sus territorios. En 1793, recuperaron el departamento de Negrete. Pero, en 1880, después de la Guerra del Pacífico, el ejército no se detuvo en Santiago sino que siguió hasta el centro del territorio mapuche.

19 Ver Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014 (fondo, reparaciones y costas), en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf

como la igualdad ante la ley, la libertad de culto, el derecho de propiedad y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Consideran que hoy la *afectación directa está en manos públicas*.

El decreto 40 y el decreto 66 (...) reglamentan la consulta previa (...) uno de los puntos sustantivos más controvertidos del nuevo reglamento es la definición de las medidas a ser consultadas, específicamente el concepto “afectación directa”.

Sobre la consulta, expresa que:

Cuándo se llama a consulta o no, es una trampa. Por eso crearon una doble consulta: una ante el Ministerio del Ambiente, para las inversiones e impactos ambientales, traspasando las consultas a otros reglamentos, vulnerando los derechos indígenas, que tienen que ver con minería, recursos y otros. Una palabra muy utilizada es “podría consultarse”; podría haber una botella con agua o no.

Finalmente, se refiere a un logro importante aunque aún no haya sido aplicado *por falta de voluntad política*: el reglamento de consulta que aprobó el Congreso con base en las leyes y derechos de los pueblos indígenas.

Por ello, hacemos incidencia política para existir como pueblos-nación.

CAPÍTULO IV

MUJERES INDÍGENAS Y CONSULTA PREVIA EN AMÉRICA LATINA

La visión de las mujeres indígenas en los procesos de consulta

De acuerdo con sus intervenciones en los *Encuentros sobre la Aplicación del Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada contenido en el Convenio 169 y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* –que se consignan en este capítulo en forma resumida-, las mujeres indígenas viven en un mundo violento por su condición de género y etnia. El machismo, la discriminación y las estructuras patriarcales, son barreras cotidianas que perjudican su lucha como lideresas comunitarias. Son escasas sus experiencias en las consultas, en las que si participan lo hacen solamente como observadoras, son los hombres los que dicen lo que hay que hacer. Al interior de sus comunidades han sido marginadas por las autoridades tradicionales, que les restringen el acceso a la información acerca de los programas o proyectos que les conciernen, con lo cual se las discrimina aún más y se debilitan sus esfuerzos¹.

Al respecto, según se informó, a ellas no se les permite participar en las consultas, nadie les pregunta cuál es su visión sobre las problemáticas de la tierra y el territorio, por ejemplo, y cuando organizan sus propios espacios o participan, son estigmatizadas como conflictivas.

El cambio climático, un problema central a nivel mundial, afecta en mayor medida a las mujeres indígenas, que son las cuidadoras del agua, los recursos, las sembradoras, las parteras, las médicas tradicionales, y las cocineras, entre muchos otros roles. Asimismo, las mujeres indígenas enfrentan más duramente los efectos de los megaproyectos (minería, hidrocarburos, hidroeléctricas), como la falta de agua, la extinción de plantas medicinales, los abortos y malformaciones, además de que deben cuidar a familiares que se enferman por sus impactos².

A pesar de la importancia de las mujeres en la vida social y la reproducción, no se las incluye en el debate por parte de las estructuras comunitarias internas de poder. Ello perpetúa las asimetrías (internas y externas), que causan más conflictividad social con el Estado y una mayor violación a los derechos humanos de los pueblos indígenas.

1 Bolivia, Ecuador, Panamá, Costa Rica.

2 México y Chile. En este último país, en los años 80, se aprobó el Código de Aguas, lo que permitió que las empresas mineras entraran en los territorios indígenas y sacaran aguas subterráneas por lo que posteriormente se secaron los lagos y ríos de los que se abastecía la población.

Por ello exigen presencia en los procesos de consulta para la reparación del daño. Resisten la violencia y defienden sus derechos y una de sus principales estrategias es la participación en los procesos de consulta. En ese sentido, en asuntos sensibles en los que se requieren su perspectiva y opinión, como la educación y la salud, se deberían abrir espacios diferenciados para su participación y hacer valer su mirada, tan necesaria desde su especificidad³.

Para paliar esta marginación, en ciertos momentos, aunque sus visiones no siempre son comprendidas ni aceptadas, las mujeres indígenas se unen a las luchas de las mujeres en general, visibilizando sus demandas y reivindicaciones históricas en espacios compartidos con otras identidades, buscando incidir en el mejoramiento de las condiciones de vida de sus pueblos.

3 Costa Rica, Bolivia, Ecuador, Venezuela.

El caso de Costa Rica

*¿Dónde está ese derecho que tanto nosotros hablamos y defendemos?
¿Dónde están las personas que deben hacerlo funcionar y accionar?
¿Por qué no hacen el trabajo que deben hacer?
Se me salen las lágrimas cuando hablan de encuentro de culturas;
para ellos es motivo de alegría y para nosotras una desgracia.
Los líderes no se forman, nacen por naturaleza.*

La expositora, perteneciente a los pueblos bribri y cabécar, llora de dolor por lo que han tenido que vivir otras compañeras indígenas en la región. Pregunta:

¿Cómo puede ser posible que si Costa Rica no ha vivido estos conflictos armados internos, donde las masacres han sido dirigidas específicamente hacia los pueblos indígenas, no se haya podido dar solución a las necesidades más apremiantes? Como mujeres unámonos a la causa. Pronunciémonos ante la ONU en solidaridad por las mujeres indígenas que sufren, para que se escuche la voz y el sentir desde aquí.

Su vida es la lucha permanente por los derechos, entre ellos las tierras.

Hoy hablamos de consulta; ¿qué consulta?; ¿de qué hablamos? Nosotras, las mujeres, tenemos una canasta y lo que esta copa tiene es agua. No queremos consulta. Siguen las imposiciones. Sí o no, las cosas van. Por eso no queremos consulta.

Nos recuerda lo que pasó con el Tratado de Libre Comercio (TLC), cuando ellas firmemente reiteraron:

No a la hidroeléctrica, no a los minerales que tenemos. ¿Por qué? Porque no voy a tocar el cuerpo de mi madre, es sagrado.

Pero ella dice que siguen pensando en sacar petróleo, los minerales, ¿para qué?

Comenta:

Veán el Proyecto Diquís. ¿Indígenas negociando qué? Históricamente han hecho a los indígenas ser trabajadores en sus propias tierras, mes a mes les pagaron con dólares, y en Talamanca ya dijimos que no. Pero existen 18 concesiones de transnacionales para entrar al territorio. ¿Qué quieren y por qué allí?

Por eso,

Hoy por hoy trabajamos las mujeres indígenas concientizando sobre la actividad colonizadora que hará que nuestros hijos sean empleados. Por el contrario, tienen que estudiar para ser empresarios, dueños de sí mismos, no de otro dueño. Pero el vil metal está en la mesa.

Los pueblos indígenas, las mujeres indígenas, son semilla:

Tenemos una ley sagrada. La gente semilla es muy especial. Tenemos un mandato de administrar este planeta. Por eso las compañeras sufren en Guatemala. Y estamos a un paso de sufrir esto en Costa Rica.

La historia demuestra silenciosamente que no debemos dormirnos. Los indígenas, gente semillas, no nos podemos confiar de nadie. Nadie nos respeta desde la colonización. Vivimos en un país tan pequeñito, tantas leyes muertas (...) y [aunque] el bosque lo cuidamos nosotras, el que negocia es el Estado (...) Nosotras ya estábamos aquí desde hace miles de años cuando el Estado nació. Traemos un mandato de Dios, no de hombres. No lo manejamos por escrito, sino oralmente y respetando la naturaleza.

¿Cuántas leyes existen para proteger el bosque? Vea la destrucción que tenemos. ¿Para qué leyes escritas? Siembran arbolitos en la televisión pero destruyen muchas hectáreas de bosque por día. ¿Para qué sirve entonces la consulta? Es solamente un requisito para seguir diciendo que los indígenas no queremos nada, pero no entienden. Los bosques son el pulmón del mundo entero; donde hay indígenas, hay naturaleza, y a pesar de esto no nos respetan.

¿Para qué una consulta si no queremos estas intromisiones?

Sobre el papel de la mujer, explica que:

¿Qué es para nosotras la madre tierra? Somos administradoras. Nuestro vivir diario Dios lo dejó para nosotras. En el campo Dios nos dio todo: el bosque es mi farmacia, mi ferretería, mi supermercado, todo. Pero vienen las instituciones del Estado y nos dicen cuál es el agua potable que debemos consumir y ¿cómo? Si la mejor la tenemos en el campo.

Cuando Dios iba crear este mundo, Sibö buscó a la mujer sabia para decirle “pensé esto, ¿cómo lo construyo?” La mujer le dijo: “déjemelo a mí, yo lo organizo.” La mujer lo organizó y construyó el planeta tierra.

Sin embargo,

Cuando hacen una consulta, las mujeres ven, los hombres piensan y dicen. Esto no es especificidad. Las consultas de algunos temas como la educación, tienen que hacerse en forma específica a las mujeres, porque ellas saben cómo deben abordar el tema, cómo quieren la formación de sus hijos.

Enfatiza que los pueblos indígenas no son pobres. Ella no se considera pobre, ni espiritual ni materialmente, tiene tierras, comida, techo: “Pero recuerden que hoy en las ciudades sin plantas no comen; ya destruyeron todo”.

Recuerda que a sus ocho años, cuando los granos de maíz de la mazorca tenían diferentes colores su abuela le decía que,

Son las semillas dispersas en diferentes lugares del mundo (somos por eso solidarias por lo que pasa en otros países con las hermanas indígenas). Pero, “mirá esta polilla, son los no indígenas que carcomen el corazón de la semilla del maíz. Fue soplada por el viento y se esparció y multiplicó, no así los indígenas”.

Finaliza su intervención diciendo que:

Nací para ser dirigente, y cuando veo la injusticia me duele y lloro, para qué entonces el derecho, la democracia y el respeto. Que indignación, esto me saca el indio. ¿Cómo hacer respetar las leyes si somos tan pasivos?

El caso de México

*Asistimos a las asambleas y calladitas más bonitas.
En las asambleas comunales donde se analizan los megaproyectos,
son hombres los que participan, el derecho.
Para qué consultarles entonces a las mujeres: no son “derecheras”.*

En su vida, la comentarista pasó por un redescubrimiento personal en el que primero tuvo que entenderse como mujer para poder dejar de ser *licenciado y agente del Estado en su carácter de fiscal*. Enfatiza que *con estos conceptos que nos hacen desiguales, es muy difícil entrar a la cultura. Tuve que desaprender la escuela de Derecho y tomar conciencia de mi ser.*

A los pueblos indígenas en México nos miran como entes, no gentes. Entes de interés social. Cosas que hay que gobernar. Dice el dicho popular: “solo les gobierna el ejército, los indígenas son violentos y se matan entre sí”.

Es ese el contexto violento que debe enfrentar la mujer indígena por su condición de género y de identidad, donde el machismo y la discriminación son barreras cotidianas que ponen en duda permanentemente su lucha como lideresas comunitarias. Así *se vuelven transgresoras* cuando a través del Derecho buscan ejercer sus derechos y organizan sus propios espacios o participan, entonces son estigmatizadas por conflictivas. Pero, *las mujeres no indígenas no son iguales porque las diferencias las hacen ricas y no menos [que otras]*.

Los cuestionamientos hacia la mujer indígena que habla, participa, decide, denuncia y cambia la realidad, son múltiples. Así, frecuentemente se les dice que:

Provocan problemas jurídicamente, que asustan a los hombres, que son muy violentas, que a las mujeres que no se casan y no tienen hijos, [que no se dedican] al trabajo doméstico y la reproducción, les falta humanidad.

En este sentido, la realidad sobrepasa a la imaginación. En la década de los 90, cuando estallaron los conflictos en Chiapas, las denominaron *terroristas chinas pues nuestras mujeres no eran así*.

Pero las afectaciones del megaproyecto (una mina, una represa) las hacen abortar o les producen malformaciones a los fetos y cuando sus familiares enferman, les tocar cuidarlos. Además,

En México se hicieron nuevos códigos penales y de salud que permitieron ejercer un mayor control de la natalidad a pobres e indígenas. Por supuesto nada de esto se consultó.⁴

⁴ Menciona el caso de Mamérita Mestanza, una mujer indígena que sufrió esterilización forzada y el ofendido era el marido, como reflejo de este pensamiento androcéntrico. Al respecto, ver Comisión Interamericana de Derechos

Sin embargo, cuando hay una consulta, “somos anexo, la parte que le toca al otro”, entonces, ¿a quién le preguntan por el daño y la reparación? No las dejan participar y, así, se pierde su visión fundamental de la tierra y territorio.⁵

Por eso,

Cuando se hace la consulta debe haber un espacio privilegiado para nosotras, no en cuarto aparte, sino que nos ocupen para todo.

La expositora explica la importancia de los territorios para los pueblos indígenas en general, pero en forma especial para las mujeres. Pone como ejemplo el caso de las desplazadas.

Las mujeres son parte de la tierra pero nunca poseedoras. La tierra para las mujeres tiene otro significado material y espiritual, por ejemplo cuando desalojan las mujeres de un territorio, ellas deciden qué se llevan.

En México, para que regresaran se les dieron tierras fuera de su lugar de origen, con lo cual se conforman otros tipos de violencia, porque:

Lamentablemente, regresaron pero no a su lugar originario, y es otra forma de matar la identidad que nace desde el vientre de las mujeres. El gobierno plantea la reparación del daño [pero] perdieron su identidad. ¿Cómo han hecho para reclamar esos derechos?

Otras mujeres indígenas corrieron peor suerte. Son las que no pudieron huir cuando invadieron sus tierras debido a sus responsabilidades hacia los niños y niñas, los animales, las cosechas; además, muchas estaban solas. Decidieron quedarse en los alrededores de los campamentos de los militares, a su servicio, generalmente lavando la ropa, pero,

En Chiapas estas mujeres hicieron un acto íntimo (...) que solo la esposa realiza, como lavar calzoncillos a veinte militares [entonces, a los ojos de la comunidad] se convierten en promiscuas y si reciben paga, son prostitutas, así las trataron mujeres y hombres indígenas⁶.

Continúa describiendo:

Y en estos procesos bélicos, las mujeres son un botín de guerra: para acabar la semilla, mataban a las mujeres embarazadas. No se habla todavía de los feminicidios en conflictos armados internos. Y ¿cómo indemnizar esto? ¿Cómo reparar el daño?

Humanos. Informe No. 71/03. Petición 12 191. Solución amistosa. María Mamérita Mestanza Chávez. Perú. 10 de octubre de 2003, en <https://www.cidh.oas.org/women/Peru.12191sp.htm>

5 Lo cual debe tomarse en consideración por antropólogos/as y equipos de trabajo institucionales.

6 Dice que las mujeres “somos las culpables desde Adán y Eva”.

Sobre el papel de las mujeres en la reproducción de la cultura, agrega que,

Los lugares sagrados son custodiados por mujeres: el río, el pozo, si se instala una represa la muerte es enorme. Es un etnocidio, les quita su identidad; dejan de ser indígenas. La semilla, la costumbre, son las mujeres, además de cuidar hijos, cuidan la cultura.

Para resguardar los manantiales de la zona maya, que son lugares sagrados, los marcan con tres cruces. Los puntos de cerro a cerro son sagrados. Son lugares de curación, por eso si toman estos recursos se afecta la salud también.

En una consulta, solamente ellas podrían decir esto:

En Chiapas el agua es una entidad divina y femenina. Por eso cuando se establecieron campamentos militares y fueron encontrados preservativos en sus lagos, ellas dijeron que el agua fue violada; los soldados profanaron el agua.

Por estas razones es que hay que consultar a las mujeres indígenas sus pensares, quererres, pareceres, penas y tristezas. Además,

Somos parte de la madre tierra y del buen vivir, pero los problemas jurídicos surgen porque no se preguntan si las mujeres tienen derecho a la consulta; somos estigmatizadas por los asesores del gobierno y las empresas que las convierten en sus prostitutas. ¿Cómo podrían reparar, cómo van a conciliar, si no se superan las asimetrías?

¿Qué pone triste tu corazón? Esa es la pregunta correcta para saber cuáles violencia sufres.

Pese a la importancia de la obligación de consultar por parte del Estado, cuando se construyó la carretera a Palenque, a unos 200 km. de San Cristóbal, que trajo consigo una enorme devastación de cerros y montañas, con miles de indígenas en el medio, los pueblos tuvieron que manifestarse en las calles para que se les tomara en cuenta y participar. El resultado fue la privación de libertad de hombres y mujeres indígenas.

Para comprender qué afectaciones pueden provocar las invasiones de no indígenas a sus territorios, principalmente de los militares, el impacto de los megaproyectos en los sitios sagrados en los que habita el agua -como manantiales, ríos y lagos- que a su vez impactan en la salud, y que las reparaciones asuman su visión holística, las mujeres indígenas *necesitamos participar en los procesos de consulta, en espacios separados, no anexos.*

Plantea una interrogante final: *¿Cómo traducir esto de la consulta, tan técnico, a los idiomas indígenas?*

El caso de Panamá

La lideresa del pueblo kuna expone el caso de un país en donde, sin que el Estado haya ratificado el Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas han logrado realizar procesos participativos de consulta en asambleas comunitarias con capacidad de vetar el proyecto que se pretenda realizar. Esto es posible, gracias al disfrute de la autonomía que gozan desde la creación de la ley comarcal. A pesar de ello no escapan, como todo grupo humano, a las fallas en algunos liderazgos que invisibilizan el papel de las mujeres e intereses personales se anteponen a los comunitarios.

Resalta la importancia de la interacción entre los pueblos indígenas y el Estado, para lo cual la capacidad de escucha es sumamente importante. Por ello,

Los procesos de consulta son vitales, pero hay una realidad comunal y otra de negociación. Existen medidas inconsultas a los pueblos indígenas, sobre todo de comunidades lejanas a quienes no se les consulta abiertamente desde su propio sentir, con su propio vocabulario. Debe involucrarse a toda la población indígena. Hoy tenemos crisis de pueblos indígenas ante el desarrollo de proyectos mineros, hidroeléctricos, con consecuencias de fuertes reacciones indígenas, y de las mujeres específicamente, quienes jugamos un papel primordial para el beneficio de nuestro pueblo⁷.

Sin embargo esto no es reconocido ampliamente por toda la población. Plantea que prácticamente declaran

Una emergencia para decir dónde están y cómo decir que quieren que les tomen en cuenta. Ellas tienen su propio autogobierno y reconocimiento al territorio en cinco comarcas, pero en la práctica, el gobierno se inmiscuye en los asuntos internos.

La autonomía de la que hoy goza el pueblo kuna no es gratuita; la ley fundamental No. 16 de 1953⁸ fue obtenida con la sangre de sus abuelos masacrados en 1925. Desde entonces las decisiones se toman según narra la exponente:

Son 49 comunidades kunas que toman las decisiones del cacique, que es el palo central para ellas; su dirigencia.⁹ Dos veces al año se reúnen las autoridades de las 49 comunidades para aprobar o no un proyecto. Por consenso de todas las autoridades dicen sí, no los caciques que los representan en algún momento. El Congreso General Kuna es la máxima autoridad. Cuando hay un proyecto, el Ministro o el Presidente deben llegar allí. Los delegados de cada pueblo tienen voz y voto por medio de tres

7 Las reclamaciones de la comarca woonan, y ngöbe-buglé.

8 Ver Ley 16 del 19 de febrero de 1953, publicada en la Gaceta Oficial N° 12042 de 7 de abril de 1953. "Por la cual se organiza la Comarca de San Blas", en <http://gunayala.org.pa/ley%2016.htm>

9 Pero esto no es así para los ngöbe porque su forma de gobierno es una mesa electoral con la presencia del gobierno. Igual para los naso y emberá, cada uno con sus diferencias.

sesiones en que se aprueba o no un proyecto.¹⁰ Sin embargo, la lucha es constante porque no se les consulta. Es un enfrentamiento para la sobrevivencia. Esto porque al Estado no le importa el desalojo o el agua, sino los intereses económicos. Los indígenas ven las cosas diferentes. Hubo muertos, desaparecidos, violadas en el año 2012, hubo una masacre porque el valiente pueblo ngäbe durante veinte días cerró las calles por una transnacional, y esto lo logró una mujer indígena, la cacica Silvia.

Y ¿qué sucede hoy después de estos hechos violentos por el respeto a la autonomía y participación de los pueblos indígenas?

Lamentablemente después de negociar acuerdos, hoy están en la calle, mama tata, dividida la dirigencia. Dicen no a la hidroeléctrica de Barro Blanco con un 95% adelantado. ¿Cómo sin consulta y cómo decir no a esto?

Ante estos hechos la respuesta del Estado fue la represión,

El que cierra una calle será detenido.

Para ella, en estos procesos,

Es fundamental el sentir de las mujeres indígenas. Generalmente se da la consulta en los hombres. Hoy se está construyendo un plan de desarrollo desde cada pueblo indígena. Se está construyendo porque sobrevivimos por el legado de nuestros abuelos (as).

¹⁰ Recientemente querían pasar una línea de internet desde Colombia, pero dijeron que no. Hay presión por recursos naturales en el pueblo ngäbe.

El caso de Ecuador

*En las instituciones nos dicen amas de casa (...).
No podemos ser autoridad.
Hemos reclamado la equidad pero en los ministerios
no somos tomadas en cuenta,
solo para limpiar ventanas y calles.*

Como lideresas, las mujeres indígenas ecuatorianas han desarrollado estrategias de resistencia ante las distintas formas de violencia que las afectan, siendo la participación en los procesos de consulta uno de los principales mecanismos de defensa de sus derechos. Su lucha se ha tenido que iniciar al interior de sus comunidades porque

Hemos sido marginadas por las autoridades tradicionales, no ceden en las decisiones y nos dejan atrás y toman la batuta. Ni siquiera nos informan, es una gran discriminación interna de las comunidades. Como mujeres nos debilita fuertemente.

Respecto del cambio climático, que en el caso de los pueblos indígenas afecta en mayor medida a las mujeres, tampoco son consultadas ni tomadas en cuenta por las estructuras comunitarias de autoridad, cuando las propuestas alrededor de esta problemática se deben formular inicialmente en seno familiar:

El cambio climático les va a afectar a las abuelas, a ellas, en los productos, pero las decisiones son tomadas por varones sin diálogo con las mujeres. Para coordinar esto, debe iniciarse en la familia la comunicación para crear confianza entre el entorno familiar y la comunidad. Es un tema profundo. No llegan con información veraz. Ellas no quieren esto. Necesitan información real y [saber] hacia dónde quieren llegar.

Por otra parte, la situación actual ya no les permite avanzar como jóvenes:

Si el buen vivir es para sacar recursos naturales, no está bien. Si entran empresas nos cambian las costumbres y tradiciones, el idioma mismo.

Se preguntan entonces cómo podrían caminar hacia el futuro sin tener en cuenta sus visiones.

Por ello, reflexionan profundamente sobre el contexto interno de la vida comunitaria de millones de mujeres indígenas donde, a pesar de estar presentes como hilos conductores de la vida en todos los espacios del tejido social, no son tomadas en cuenta ni por los varones indígenas, ni por la institucionalidad (pequeña o grande, buena o mala) del país. Por ello, en los procesos de consulta, que son una obligación del Estado, siguen ausentes, se perpetúan las asimetrías internas y externas.

Desde el nacimiento somos discriminadas, desde la familia, “por naturaleza”. Cuando nace una mujer, es una tristeza para la familia, si es varón es una alegría; felicitación para el padre. La educación es dos o tres años, pero si es un hijo varón, termina la primaria. Peor cuando se trata de participación para ser autoridades.

Se preguntan ¿qué hacer frente a esta discriminación?

Con los cambios que se iniciaron en los años 80, que impactaron desde las bases comunitarias, empezaron a ser presidentas (secretaría de las mujeres), pero esto no ha sido gratuito. Han tenido que sufrir una gran presión por asumir puestos de dirigencia, en parte por las múltiples obligaciones que enfrentan en medio de una gran pobreza, a pesar de la riqueza que representa el petróleo.

Debido a la pobreza,

Las mujeres salieron entonces (emigraron) a la ciudades de Quito y Guayaquil, donde corren el riesgo de la pérdida de su identidad como las costumbres, la lengua y sus tradiciones, que son nuestra fortaleza.

En dos aspectos muy sensibles en la vida de los pueblos indígenas de cualquier país, la educación y la salud, se puede apreciar una muestra contundente de la importancia de consultar la visión de las mujeres indígenas:

Años atrás, tuvimos la educación intercultural bilingüe, que estuvo en las comunidades de base y en segundo grado en todas las provincias. Pero recientemente existen escuelas del milenio por medio de las cuales juntaron las escuelas pequeñas unidocentes. Toda la autonomía la perdimos. Y esto porque ofrecieron transporte, uniforme, vivienda, comida. Las aglutinaron pero las comunidades perdieron el liderazgo, el amor a las comunidades. ¿Quién les consultó a las mujeres indígenas para hacer esto?

En salud, hoy tienen hospitales, pero sin sus tradiciones, por qué no incluyen presupuestos para ayachas, mamas, no está considerada la medicina tradicional.

Pero cuando se les consulta en los escasos procesos donde sí son participes, hacen a un lado sus sentires y saberes. Por ejemplo, a pesar de haber dicho no a los proyectos de minería no fueron escuchadas.

¿Quién nos ha escuchado? ¿A través de quién se hace llegar ese no?

Por eso, consideran que,

El futuro será incierto, nuestra Pachamama se va a enfermar, el agua se va a secar. Va a costar más el agua que la leche. Vamos a estar mal entre nosotros. También han sido maltratadas, psicológica y físicamente:

En las instituciones nos dicen amas de casa, nomás. No se puede ser autoridad. Hemos reclamado la equidad de género. En los ministerios no somos tomadas en cuenta, solo para limpiar ventanas y calles. No ocupamos espacios grandes. Cuando hemos marchado en levantamientos para hacer valer nuestra voz, hemos sido maltratadas moral y físicamente; a mí me sacaron [los] dientes, me tiraron perros con caballos, la policía.

¿Pero quién dice algo para nosotras las mujeres?

Retorna a la reflexión inicial diciendo que,

Es muy difícil que nuestros compañeros nos entiendan. Es el machismo. La idea es que no pases del pueblo. “No te autorizo a salir”. Es raro que tengamos libertad para salir y dejar las familias.

Finalmente, se exponen los más destacados logros que invitan a un debate regional:

Detrás de una compañera mujer hay muchas cosas, como una institución. Deja la familia. Por naturaleza debería ser un debate muy profundo para animarnos entre nosotras. La dirigencia nacional y provincial lo ha logrado. Ahora se está eligiendo por elección popular mujeres concejales y viceprefecturas.

El papel de las mujeres indígenas ecuatorianas ha sido muy importante, tanto que en muchas zonas del país si no fuera por ellas no habría luchas, ya que por la migración forzada de los hombres, muchos de los compañeros se encuentran fuera del país. Estas situaciones deben servir también para el análisis y propuestas de visibilización de las mujeres en los procesos de consulta.

El caso de Bolivia

La invisibilización de las mujeres indígenas y las barreras a su participación son mayores que las que afectan a otros sectores sociales. La pobreza, el hambre y la miseria son una realidad constante en la vida cotidiana de los pueblos indígenas¹¹, a pesar de la gran riqueza que tiene el país. Esto no depende únicamente de los sectores no indígenas porque se sigue experimentando esta situación aún con un presidente indígena.

Les resulta contradictorio que, a pesar de los textos jurídicos -desde el constitucional hasta disposiciones ejecutivas que protegen los derechos de los pueblos indígenas- se mantengan en una lucha constante (incluso cuerpo a cuerpo) tanto en los espacios comunales como de cara a la institucionalidad del país.

En las marchas se ha canalizado la protesta de los pueblos al no ser consultados; la represión ha sido la respuesta y las mujeres indígenas, las más afectadas.¹² Los encarcelamientos y acusaciones penales son los recursos para silenciarlas.¹³

En el contexto nacional se ha generado conflictividad entre las políticas extractivas, la protección de áreas especiales y la vida milenaria de los pueblos indígenas. Estos salen afectados no solo por las decisiones inconsultas, sino que se limita su capacidad de interlocución por la duplicidad de organizaciones, el ofrecimiento de puestos de trabajo, la división de organizaciones tradicionales y la falta de escucha.

Estas consideraciones han sido compartidas a nivel internacional con entidades como Naciones Unidas. Por ejemplo, en la reunión del comité CEDAW, de 2015, se observaron con gran preocupación las situaciones descritas¹⁴.

Por ello

Nos deben garantizar la participación de la mujer, para no calentar el asiento ni levantar nada más las manos.

11 Según datos censales (2001) existen 36 pueblos indígenas para un 62% del total de la población del país.

12 En narración directa, como afectada, una de las participantes da cuenta del caso Chaparina. En septiembre de 2011, en el marco de una movilización de los pueblos indígenas en defensa del TIPNIS, la policía reprimió una caminata con resultados fatales. La Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB) y la Subcentral TIPNIS presentaron la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

13 Una de las participantes narró cómo durante una de estas marchas fue violentada, golpeada, metida en una bolsa y tirada a un botadero de basura, de donde escapó y logró sobrevivir.

14 Ver Informe sombra de las mujeres de naciones y pueblos indígenas de Bolivia, presentado al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer 61 período de sesiones por la Confederación Nacional de Mujeres Indígenas de Bolivia, el Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu y la Confederación Nacional de Pueblos Indígenas de Bolivia., en http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/BOL/INT_CEDAW_NGO_BOL_20845_S.pdf

El caso de Colombia

*Las mujeres somos fuertes, decididas, arriesgadas,
porque cuando defendemos la tierra,
los hijos, los hermanos, sacamos fuerza pase lo que pase; defendemos la vida:
y sin territorio no hay vida, no hay agua, acaba todo, es un principio.
La participación de las mujeres indígenas ha sido guerreada no regalada*

La naturaleza patriarcal o matriarcal de una comunidad indígena, como la Uwa, marca una diferencia fundamental en el desarrollo y participación en los procesos de consulta. En estos últimos casos según las palabras de la expositora,

La cultura es la punta de la cima que es una cacica. Su papel trasciende la organización política organizativa, porque tenemos contacto directo con nuestro padre creador. Por rituales se recibe esa iluminación para los procesos de resistencia. Es tan importante, que los hombres han tenido miedo, porque han sido pueblos machistas. Hay que reconocerlo: Las mujeres son fuertes, decididas, arriesgadas, porque cuando se defiende la tierra, los hijos, los hermanos, sacamos fuerza pase lo que pase, porque defendemos la vida. Sin territorio no hay vida, no hay agua, acaba todo, es un principio.

Una de sus mayores luchas, la resistencia contra las petroleras, ha sido liderado por primera vez por mujeres. Este rompimiento de paradigmas redimensiona todo su actuar. Cada pueblo debe escoger sus estrategias.

La visión de su lucha está llena de significados:

1. La participación de las mujeres indígenas *ha sido guerreada no regalada*.
2. Su participación efectiva en los procesos organizativos ha roto estructuras y paradigmas. construidos desde la exclusión de la mujer.
3. No quieren organizaciones solo de mujeres, quieren paridad, igualdad de derechos en la participación.
4. Desde una nueva mirada y una nueva organización, tienen la responsabilidad como líderes y mujeres indígenas de impulsar proyectos y mecanismos que garanticen su participación.
5. Necesitan fortalecer espacios nacionales, locales e internacionales para exponer sus experiencias y compartirlas.
6. Se debe sensibilizar a los varones indígenas acerca de esta realidad.
7. Las mujeres están capacitadas para asumir los puestos de control.
8. Valoran estos espacios, como el *Encuentro* organizado por el IIDH. Son importantes porque permiten la visibilización de las mujeres indígenas ante los diferentes mecanismos de derechos humanos.
9. Le solicitan especialmente al IIDH que impulse el abordaje de la consulta previa, libre e informada en espacios diferenciados para expresar sus sueños, sus quereres y saberes.

El caso de Perú

*Es tan difícil que en las consultas nos den la palabra,
hubo que estirar la mano muy alto para hacernos visibles.
¿Cómo articular las fuerzas de nuestras luchas, que es una sola,
la de justicia para nuestros pueblos, para cada una de nosotras?
Varones, no jueguen con nuestros sentimientos,
nosotras damos el alma y la vida, damos todo.*

La lucha de las mujeres por asegurar espacios de participación en los procesos de consulta es permanente. Esta recae con mayor fuerza sobre ellas debido a que muchos hombres han emigrado en busca de trabajo. Entonces, no solamente se han quedado a su cargo los hijos, la casa, los animales y los sembradíos, sino que también, conscientes de la necesidad de tener enlaces con el poder estatal, se enfrentan solas a actividades como la minería que afecta la totalidad del territorio, con consecuencias en el deterioro de la salud y la educación. Además se exponen a ver disminuidas su autoestima y dignidad cuando con la empresa llegan centenares de hombres que, en muchas ocasiones, violentan a sus hijas con impunidad.

Sin embargo, algunas comunidades visualizan estos espacios de diálogo con el Estado como una forma complaciente y peligrosa de permitir que ingresen empresas externas a los territorios y se lesionen intereses colectivos. Pero esto sucede, dice la expositora, porque no siempre se miran integralmente los efectos negativos de los proyectos extractivos.

Por ello, han insistido, en contra de muchos de sus compañeros y compañeras, en participar en los procesos de consulta para hacer valer sus criterios, como en el caso de la Ley Forestal que permitió a los pueblos andinos y amazónicos unirse en una propuesta conjunta alrededor de los sentires de las mujeres.

Pero se necesita convicción y respeto para dialogar. No nos arrodillamos nunca, no nos miren [como] pobrecitas. Así como las mujeres valoramos a los compañeros que también nos dan la fuerza, así mírennos de igual a igual, con corazón y respeto.

Son críticas tanto de la Ley de Consulta como de su Reglamento¹⁵. Estas disposiciones surgieron como respuesta a la violencia pero a la fecha no se aplican por las protestas suscitadas al no responder adecuadamente a las necesidades ni a las visiones integrales de los pueblos indígenas. A la fecha, solamente se registran doce experiencias de consulta en el país.

Le proponen al IIDH impulsar una alianza táctica latinoamericana con organizaciones indígenas para generar procesos de incidencia, compartir experiencias y conocer más sobre las disposiciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado sobre la materia.

15 Ver Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/277ED2C085B6361805257A5C00725796/\\$FILE/29785.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/277ED2C085B6361805257A5C00725796/$FILE/29785.pdf). El Reglamento está en <http://faolex.fao.org/docs/pdf/per128122.pdf>

El caso de Chile

Las mujeres indígenas dirigen gran parte de la lucha reivindicativa de los mapuches, por medio de la incidencia política y la participación en la elaboración de leyes, lo que se ha dado sobre todo a partir de experiencias negativas como la Ley de Pesca¹⁶ y su reglamento, que fueron promulgados sin consulta, a pesar de la ratificación del Convenio 169 de la OIT (2008-2009).

Su especial importancia para la vida indígena¹⁷, radica en que la pesca se liga directamente con el mar, la vida y la espiritualidad de manera que, sin sus visiones, los textos aprobados los obligan a realizar prácticas no tradicionales en contra de su propia identidad. Por ejemplo, deben pedir permiso y gestionar concesiones para realizar lo que han hecho por milenios en sus propios territorios. Estas situaciones son consideradas trampas del Estado, apreciaciones que dicen corroborar cuando en el reglamento de la mencionada ley se establece la consulta a posteriori.

Otra situación que ha causado aún más impacto en sus vidas es la concesión de los glaciares a intereses privados para la generación de electricidad, porque son lugares sagrados custodiados por ellas. Solamente les queda un lago administrado por comunidades mapuches, en la Octava Región, pero contradictoriamente fueron expropiados los territorios que están en sus alrededores.

Para las mujeres mapuches, la consulta debería garantizarles una participación diferenciada para tomar decisiones conjuntas con el Estado con el propósito de avanzar en la realización de sus derechos. Sin embargo, con la pretensión de reglamentarla, dicho proceso se reduciría a una mera información.

Estas luchas han impactado con mayor violencia a las mujeres quienes desde sus propios sentires dicen:

La historia de la violencia contra las mujeres mapuches por el Estado es larga, hemos sido agredidas por la policía y encarceladas. Existe una asilada política en Suiza que es mapuche; hay presos políticos en clandestinidad, y otros encarcelados por lo que la Corte Interamericana condenó a Chile.

Frente a estas situaciones -que afrontan 1 842 607 personas indígenas (11,11%) de nueve pueblos, de las que el 52% son mujeres- propugnan por la creación de la Defensoría de la Mujer Indígena, por lo que unen esfuerzos para su consecución. Recientemente ante las omisiones estatales, se autoconvocaron para realizar propuestas desde sus conocimientos, un esfuerzo que hizo surgir la Red de Mujeres Mapuches de Chile (2012).¹⁸

16 Según información de la participante, mediante unas investigaciones realizadas comprobaron que hubo pagos ilegítimos para la aprobación de este texto.

17 Menciona a los pueblos rapanui y kawéskar

18 Otra de las propuestas es crear un departamento indígena de la mujer dentro del Ministerio de la Mujer.

El caso de Paraguay

*El bien común es el escudo de los pueblos indígenas.
Si perdemos este saber, este amor, estaremos tristes y perdidos.
Por defender mi territorio me voy a la cárcel.
Los que me roban madera y agua, nunca van.
Los que hacen las leyes son los de afuera, y son los que no las cumplen.
Venimos del pasado, somos el presente, somos el futuro.*

La lucha contra empresas extranjeras, hacendados, cultivadores de soja, cultivos ilícitos, deforestación y estancias ganaderas, es uno de los principales derroteros de la lucha de las mujeres indígenas, quienes remarcan la omisión del Estado frente al despojo histórico de sus territorios ancestrales. Sus expresiones reflejan una gran tristeza (y simultáneamente una gran fortaleza) y añoranza por la pérdida de lo que sus abuelas desarrollaron en su vida tradicional: la alimentación, la justicia, sus viviendas, la seguridad, las relaciones interétnicas, su espiritualidad, la medicina tradicional e idiomas propios, todo lo cual les permitió la continuidad en el tiempo como culturas diferenciadas.

Nuestras abuelas decían que todo el monte era una frescura; cuando se enfermaban, venían y se trasladaban a otro ambiente, y se quedaban sin enfermedades. Hoy estamos encerrados y reducidos, en situación de pobreza. Hay que cambiar el rumbo de las cosas, estamos uniendo las manos como pueblos indígenas de América. Los otros tienen todas las herramientas jurídicas, nosotras tenemos también nuestras armas. Antes teníamos leyes ancestrales en cada pueblo; debemos volver a esos saberes como camino para ir juntos. Hoy estamos separados y aislados por lo que no nos vemos unos a otros.

Expresaron que se sienten violentadas por el empobrecimiento de las familias indígenas, que son divididas y trasladadas a los lugares más inhóspitos y alejados de sus lugares de origen por las grandes empresas que las convierten en sus empleadas.

¿Y las leyes? Siguen siendo hermosos textos jurídicos inaplicados y ajenos a la realidad de nuestras vidas cotidianas.

En ese contexto, las mujeres indígenas paraguayas mantienen vivas sus prácticas tradicionales al margen de las leyes y disposiciones que las discriminan e invisibilizan. Paradójicamente las médicas tradicionales y parteras comunales suplen la ausencia estatal de atención a la salud, mas sus prácticas no son reconocidas ni respetadas. Sin embargo, con orgullo y dignidad, acompañan los procesos hospitalarios de sus hermanos y hermanas indígenas.

¿Por qué no nos toman en cuenta para saber qué se podrían resolver mejor las cosas?

La realidad que viven pone en evidencia la necesidad de su participación en la toma de decisiones que les afectan, pero nunca son tomadas en cuenta. Sienten muchas veces que *las miran como si no existieran*.

Por ello, manifiestan que lucharán por ocupar espacios de mando para incidir en las políticas públicas, exigirán ser consultadas y no atropelladas, llegarán a ser diputadas por cupos y acciones afirmativas. No más cárcel por luchar por los derechos arrebatados ni intimidación por parte de fiscales y jueces que entran a la selva como si esos escasos territorios que les quedan no tuvieran dueñas.

Al recordar el exterminio de los pueblos indígenas en Uruguay reafirman que eso no lo permitirán jamás. La vida está en peligro señalan:

No solo la consulta está en peligro, sino la propia existencia de los pueblos indígenas. Las mujeres son la resistencia hiladora de la vida, por lo tanto tienen derecho a ser consultadas.

Al respecto, resaltan la importancia de su cultura porque,

Si la comunidad practica su espiritualidad, ahí sí son valoradas.

Y afirman que,

Si una carretera va a pasar por mi comunidad o cerca, los abuelos y abuelas deben opinar, porque puede ser que las plantas medicinales solo estén allí (...) La consulta previa, libre e informada, debe ser hecha antes de empezar el trabajo.

Informan que en los casos de los pueblos indígenas recién contactados, a los que el Estado se comprometió a devolverles las tierras pero no les ha consultado cómo hacerlo, dónde están, quiénes son y qué quieren, se presentaron 22 peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Estas acciones tienen sus antecedentes en los casos Yakye Axa¹⁹ y Xakmok kasek²⁰, que fueron examinados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finalizan diciendo que en el *Encuentro* han sentido una gran alegría por el respaldo y la presencia de instituciones como el Ministerio de la Defensa Pública, cuyo equipo de abogadas y antropólogos, ha visibilizado las especificidades de niños (as), adolescentes, familias y personas indígenas privadas de libertad. Estos espacios donde les asesoran en sus luchas equiparando posiciones o, al menos, disminuyendo las asimetrías que enfrentan ante la administración de justicia estatal, les dan esperanza.

19 Ver Corte IDH. Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. (Fondo, reparaciones y costas), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

20 Ver Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xakmok Kásek vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010. (Fondo, reparaciones y costas), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf

El caso de Brasil

*Mujer porqué tú andas sola, sin varón.
Todo lo que se toca y habla es sagrado.*

Las mujeres en Bahía son de tradición oral, pertenecen a un pueblo guerrero que representa al 1% de la población y reclaman el derecho a la demarcación de sus territorios, cada vez más expuestos al turismo y cargan con consecuencias nocivas, como los abusos que sufren en los caminos costeros del país.

En el imaginario colectivo *aún andamos desnudos y somos caníbales*, como algún día efectivamente lo fueron.

Hoy se les cuestiona por luchar solas ante las diversas instancias, sobre todo por la educación y la salud. El acceso a los puestos de poder comunales habían sido *cosa de hombres*, sin embargo eso está cambiando. Nádia, la primera cacica en un país con 420 municipios sin representación de mujeres indígenas, dice que las mujeres aún callan cuando hay varones presentes, pero son patronas que se están rompiendo, tanto a lo interno de sus comunidades como en las relaciones con la población externa.

Sin embargo, cuando le piden al Estado el cumplimiento de las disposiciones jurídicas del Convenio 169 de la OIT, especialmente ante la problemática de la violencia, todos guardan silencio. Por eso sus luchas necesitan del acompañamiento y de la apertura de espacios para poder manifestar sus sentires, sus saberes ancestrales y ser partícipes en las decisiones estatales que les afectan, pero eso aún, se está construyendo.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

*Nuestra “Casa Grande” (...) tiene como techo la consulta previa (...)
Nos quedaremos a este paso algún día sin que comer, sin casa y también sin techo.
(Autoridad indígena guaraní participante en el tercer Encuentro).*

1. Conclusiones y recomendaciones de las personas participantes

Las y los participantes, después de escuchar las exposiciones e intercambiar sus experiencias, vivencias y análisis alrededor del tema central de los *Encuentros sobre la Aplicación del Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada contenido en el Convenio 169 y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, adoptaron las siguientes conclusiones:

Sobre el contexto regional

- En todos los países se constata la ausencia histórica del Estado en la configuración y realización de los proyectos de vida de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes mediante el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en derechos humanos.
- Esta situación -denunciada como discriminadora- los ubica en los más bajos rangos de los índices de desarrollo humano, genera una mayor conflictividad social y reafirma las exclusiones históricas. Con esto, se perpetúa una especie de “autismo estatal”, violento y empobrecedor, que impide la formulación de políticas públicas con pertinencia cultural para cerca de cincuenta millones de personas en la región.
- Los gobiernos, cualquiera que sea su perspectiva política o ideológica, están centrados en la explotación de la naturaleza, el extractivismo y el desarrollismo sin tener en cuenta otras perspectivas del desarrollo¹.
- El Estado elude jurídica y políticamente el cumplimiento del Convenio 169, en particular, su obligación de consultar a los pueblos indígenas y comunidades negras sobre las decisiones que les afecten.
- La vida material y espiritual de los pueblos indígenas y las comunidades negras, su existencia cultural, son amenazadas por la minería, las empresas de hidrocarburos y las hidroeléctricas, entre otros proyectos empresariales o estatales que se realizan en sus

¹ Al respecto, señalaron que en el modelo de desarrollo “cueste lo que cueste” se conjugan los intereses estatales y empresariales con los grandes intereses financieros internacionales que están detrás de los megaproyectos de la región.

territorios de manera inconsulta. Esto da lugar a un choque de intereses en principio irreconciliables entre las partes.

- Se criminaliza a las defensoras y defensores de los derechos de los pueblos indígenas y comunidades negras por su defensa del territorio.
- Cuando se recurre a la justicia nacional, en términos generales, sus respuestas son muy escuetas e insatisfactorias, además de estar regidas tanto por el desconocimiento de los lineamientos jurídicos internacionales en la materia, como de la existencia, condiciones y derechos de los pueblos indígenas.
- Ello ha provocado la negación de hecho o de derecho del derecho a la consulta previa, libre e informada y, por ende, se observa la legitimación ilegal de las inconsultas acciones institucionales o de otra índole, lo que, a su vez, restringe derechos colectivos fundamentales relativos a la tierra y al territorio, la educación, la salud, el trabajo y la justicia, entre otros, que serían tutelados en gran medida por medio de la consulta libre, previa e informada.
- Por último, pero no menos importante, las barreras machistas, discriminatorias y excluyentes impiden la participación de las mujeres indígenas en los procesos de consulta, tanto en sus propias comunidades como en sus relaciones con la institucionalidad pública y las empresas.

Sobre la obligación del Estado y derecho de los pueblos indígenas y las comunidades negras (afrodescendientes) a la consulta previa, libre e informada.

- El Estado es poco proactivo en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales relativas al derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes. En tal sentido, no se le considera como garante de sus derechos.²
- En ocasiones, si el Estado cumple con su obligación de consultar a los pueblos indígenas y comunidades negras sobre las decisiones que les afecten, lo hace muy por debajo de los estándares internacionales en la materia.³
- La consulta sigue siendo vista como un mero procedimiento o un simple trámite más del proceso de adjudicación de concesiones y permisos para actividades empresariales o estatales en sus territorios.
- El proceso de la consulta es atravesado por la tensión permanente que provoca la utilización de la naturaleza o la realización de proyectos por parte del Estado o

2 Los derechos humanos son promesas sin cumplir. El Estado no es garante de sus derechos colectivos e incumple tanto el Convenio 169 como la Declaración de las Naciones Unidas. Se dijo que no solamente hay falta de voluntad política, sino también mala fe en lo relativo al cumplimiento de los compromisos internacionales en este campo.

3 En este sentido, señalaron que en ocasiones, se instrumentaliza la consulta en contra de los intereses de los pueblos indígenas y a favor del capital trasnacional.

empresas privadas en los territorios indígenas y de las comunidades negras como parte del modelo de desarrollo adoptado.

- En el proceso de consulta se manifiestan asimetrías estructurales que impiden su desarrollo en condiciones de igualdad y la institucionalidad no hace nada para equilibrar a las partes.
- Con algunas excepciones, en los países no existe una institucionalidad que asuma la responsabilidad de la consulta en el seno del Estado. Esta situación se da pese a existir asuntos para los cuales son indispensables sus criterios, como la salud, la educación, la justicia, el cambio climático y las reparaciones en las etapas postconflicto, entre otros asuntos.
- Algunos Estados sin tomar en cuenta lo establecido en los estándares internacionales, han planteado reglas, metodologías y cronogramas, sin la participación de los pueblos indígenas ni las comunidades afrodescendientes, lo cual genera el rechazo inmediato a la consulta. Esto crea gran confusión, tanto en las comunidades indígenas como a nivel público y empresarial, desgasta a las partes, acrecienta las asimetrías y soslaya las bases normativas y procedimentales indispensables para generar condiciones para el diálogo.

Recomendaciones

- El cumplimiento del Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas debe ser traducido en políticas públicas con pertinencia cultural que les aseguren escuelas y hospitales interculturales, territorios y naturaleza protegidos, trabajo digno, cosmovisiones e instituciones propias respetadas, entre otras medidas de realización de sus derechos.
- Instar a las instancias internacionales correspondientes para que hagan un llamamiento al Estado para el cumplimiento de las obligaciones relativas al derecho a la consulta previa, libre e informada y la protección de los derechos de los defensores y defensoras, ahora criminalizados.
- Por la vía judicial, solicitar una declaratoria de un estado de incumplimiento del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas que obligue a los gobiernos a garantizar los derechos colectivos reconocidos internacionalmente y en los ordenamientos constitucionales (bloque de constitucionalidad).
- Se requiere una evaluación de la aplicación de la consulta previa, libre e informada en cada Estado y en la región en su conjunto.
- Los Estados deben abstenerse de otorgar concesiones para la realización de proyectos de diversa índole en territorios indígenas o de comunidades si no realizan un previo, amplio y legítimo proceso de consulta a los pueblos afectados.

- Antes del otorgamiento de concesiones para la realización de proyectos de diversa índole en territorios indígenas o de comunidades (afrodescendientes) negras, es imperativa la realización de estudios de impacto social y ambiental por parte de entidades independientes, imparciales y técnicamente capacitadas, bajo la supervisión del Estado.
- Deben crearse condiciones para la búsqueda de entendimientos con la cooperación de instituciones y organismos internacionales.
- Debe establecerse una institución especializada para la interlocución con el Estado en los procesos de consulta. Asimismo, hay que definir la institucionalidad local en las comunidades.
- Debe crearse y aplicarse un protocolo de estándares mínimos de la consulta.
- Ante la demanda legítima de las mujeres indígenas que exigen participación en los procesos de consulta se deben abrir espacios específicos y diferenciados en los que se tomen en cuenta sus condiciones de doble discriminación, para su participación con el ejercicio pleno de sus derechos, en igualdad con los varones. Como parte fundamental del tejido social indígena, deben crearse condiciones para que las mujeres se manifiesten, en los que no solo se escuche su opinión, sino que se analice y se tome en cuenta dado que, sin su participación, los procesos de consulta carecen de integralidad y legitimidad.
- Se deben hacer informes paralelos a los institucionales para que los órganos internacionales de protección tengan acceso a fuentes alternativas de información.
- Las partes deben asumir que la consulta previa, libre e informada es una salvaguardia para garantizar la supervivencia étnica y material de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes. Esto en ocasiones podría requerir que no se otorguen concesiones para proyectos o medidas estatales o empresariales que puedan afectar la continuidad de una comunidad diferenciada del resto de la sociedad. Esto se visualiza en forma más dramática en comunidades no contactadas.⁴
- Sistematizar las estrategias y tácticas más destacadas de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes de la región en la defensa del territorio y en la aplicación de la consulta previa y difundir las lecciones aprendidas.
- Prohibir la realización de proyectos y otras actividades en los lugares sagrados de los territorios de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes⁵.

4 La posición más reciente es que antes de dar las licencias ambientales, los pueblos indígenas participen preventivamente con sus conocimientos ancestrales, y desde sus cosmovisiones hagan saber si las medidas propuestas son o no viables.

5 Se hizo un mapa de territorios sagrados con un consenso del 70%.

2. Conclusiones y recomendaciones del IIDH

El IIDH, como organizador de los *Encuentros sobre la Aplicación del Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada contenido en el Convenio 169 y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, que fueron parte de la investigación sobre el mencionado derecho, después de analizar la información recabada, arribó a las siguientes **conclusiones**:

- En términos generales es posible afirmar como principal conclusión, la que marca una gran línea investigativa, que los Estados no cumplen con la obligación de realizar consultas previas, libres ni informadas a los pueblos indígenas de la región.
- Se observan esfuerzos oficiales que interpretan adecuadamente el contenido y alcances de la consulta pero, al ser aislados, no logran crear condiciones para el diálogo entre la institucionalidad pública, las empresas y los pueblos indígenas. La excepción a esta regla es Colombia.
- El contenido del derecho a la consulta no está previsto taxativamente en las herramientas jurídicas internacionales que lo contienen. Esto obliga a recurrir a fuentes del derecho internacional, constituciones políticas, leyes y decretos nacionales, jurisprudencia local, así como a resoluciones de los órganos de los tratados y de los mecanismos de seguimiento y monitoreo del sistema universal (ONU) e interamericano (OEA).
- En relación con la experiencia de Colombia, el IIDH concluye lo siguiente:
 - o El desarrollo del contenido y alcance del derecho a la consulta previa, libre e informada se ha dado por la vía jurisprudencial (Corte Constitucional), a partir del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes en la Constitución y la incorporación de los tratados internacionales a su texto.⁶
 - o La jurisprudencia constitucional indica claramente a la institucionalidad del país cómo debe hacerse la consulta, a quién debe hacerse, quiénes son autoridades tradicionales y cómo debe dialogarse, todo ello en el marco del respeto y autodeterminación de los pueblos indígenas.
 - o El litigio estratégico como herramienta de realización del derecho a la consulta previa gracias en parte a abogados/as especialistas que han contado con el apoyo de la cooperación internacional y la Universidad Nacional, les ha permitido defender sus intereses colectivos a las organizaciones indígenas.
 - o El derecho a la consulta, cuya contraprestación es la obligación de realización por parte del Estado, es el ejercicio de la autonomía por parte de los pueblos indígenas

⁶ A este factor se suman la voluntad de cambio de magistrados constitucionales progresistas que comprendieron la importancia de escuchar a los pueblos indígenas en el contexto del conflicto armado interno; y, la puesta en práctica del litigio jurídico estratégico que permitió que se plantearan demandas de tutela por las medidas estatales inconsultas desde las visiones específicas de los pueblos indígenas. Como resultado de tales procesos efectuados a lo largo de las últimas décadas, se desarrolló y amplió el contenido del derecho a la consulta previa, libre e informada.

y las comunidades afrodescendientes, que en la práctica se encuentra frente a una serie de barreras u obstáculos que lo complejizan en su contenido, algunos correspondientes a rasgos culturales propios de los pueblos y comunidades, tales como:

- Las culturas e idiomas propios.
 - La desconfianza respecto de las intenciones y propuestas estatales históricamente incumplidas.
 - La oralidad tradicional en su vida social y política, lo que incluye la defensa de sus territorios (posesión inmemorial), versus las prácticas jurídicas de los Estados cuya estructura y lógica es escrita.
 - La complejidad propia del derecho a la consulta, que recurre a terminología técnica y jurídica confusa e intraducible.
 - El desconocimiento generalizado del contenido de esta obligación estatal entre las funcionarias y funcionarios públicos, los operadores/as jurídicos, la academia, las organizaciones de derechos humanos y los propios pueblos indígenas.
 - El conflicto armado interno que los ha puesto en una situación de alta vulnerabilidad y mayor conflictividad, en medio de las fuerzas enfrentadas, y ha traído consigo problemas como el reclutamiento forzoso de personas indígenas, incluyendo menores de edad.
- o La inexistencia del veto, que sigue siendo el escollo más sensible en la consulta previa en Colombia.⁷
 - o Una vez que se inicia un proceso de consulta, según los estándares internacionales, el proyecto o medida propuesta, se realiza. Lo que puede haber son modificaciones y, en casos excepcionales, cláusulas que pueden impedir su realización en los casos de pueblos que viven en aislamiento voluntario o comunidades en peligro de extinción. Por ello, participar o no es una estrategia de defensa.

Recomendaciones

El IIDH tomando en cuenta que la protección a la integridad cultural de los pueblos indígenas es uno de los más altos estándares exigidos en la realización de un proceso de consulta previa formula las siguientes recomendaciones:

⁷ Al respecto, Ariza dice que “a pesar de las miles de sentencias que han desarrollado paulatinamente las estrategias para oponerse -o no- a una medida o proyecto promovido por el Estado o una empresa, han sido participar, exigir medidas de mitigación o compensación y ser parte de los beneficios; o no participar, porque no se acepta nada del Estado. Los resultados de las consultas y las sentencias favorables a las comunidades indígenas, son oscilantes: a veces se gana, a veces se pierde.”

- Promover los derechos humanos de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes mediante procesos de difusión y capacitación que les hagan posible a los distintos actores no solamente ampliar sus conocimientos al respecto sino también sensibilizarse respecto de las particularidades y diferencias de estos conglomerados humanos, que deben ser considerados como parte de la complejidad de las relaciones establecidas entre el Estado, las empresas y los pueblos indígenas.
- Es un imperativo resguardar la existencia cultural de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes. Para ello, el Estado debe dirigir todos sus esfuerzos a la protección de la integridad cultural de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes mediante el cumplimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada.
- La consulta previa, libre e informada, un derecho de los pueblos indígenas y afrodescendientes, debe ser concebida también como una obligación del Estado y un procedimiento intercultural a realizarse con pleno respeto a dichos pueblos.
- Instar al Estado, por la vía institucional/legal nacional e internacional a cumplir sus deberes y obligaciones internacionales para la protección de los derechos de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes.
- Analizar la forma de establecer un mecanismo internacional consistente en una instancia independiente de personas expertas que no estén vinculadas con las empresas ni con el Estado, para el acompañamiento a los procesos de consulta previa en los diferentes Estados, que los monitoree de acuerdo con estándares e indicadores e informe sobre su desarrollo a los actores nacionales y a la comunidad internacional.
- Propugnar por la prevalencia y realización de un mínimo de derechos exigibles en los planos nacional e internacional en los procesos de consulta, a fin de garantizar que el cumplimiento de esta obligación estatal se fortalezca.
- Instar a las organizaciones propias de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes a que promuevan legislación secundaria, decretos y otros instrumentos legales que “blinden” tanto su derecho a la consulta previa, libre informada como sus derechos territoriales y colectivos.
 - o Incorporar intérpretes, mediaciones y peritajes culturales en los procesos de consulta con miras a y determinar la magnitud de los impactos sociales y culturales de los proyectos y a implementar la interculturalidad.⁸
- Instar y capacitar a los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes para que, desde su cosmovisión, formulen y ejecuten planes comunitarios y culturales de gestión ambiental para mitigar los impactos de los proyectos, los que podrían patentar.
- En los aspectos técnicos:

8 Estos son instrumentos fundamentales que se incorporan como pruebas en los procesos judiciales; sin embargo, su utilización aún es muy restringida y dispareja en su aplicación local, como se observa en Colombia, Perú, Guatemala, Ecuador y Costa Rica.

- o Es deseable formular indicadores que permitan verificar la legitimidad y validez de los procesos de consulta previa, libre e informada, además de obtener datos comparables que permitan monitorear los avances y retrocesos. En este ejercicio, se debe incorporar la participación de las mujeres como indicador de eficacia y promover su involucramiento efectivo en los procesos de consulta previa.
 - o Es pertinente hacer análisis de costo-beneficio de los procesos de consulta previa, libre e informada, que posibiliten establecer con veracidad y fiabilidad cuáles son los beneficios económicos obtenidos por las partes mediante estudios comparativos en la región.
 - o Se deben realizar visitas y audiencias para reportar internacionalmente lo que sucede.
 - o Elaborar memorias de los talleres y reuniones.
 - o Hay que traducir la información a los idiomas de los pueblos y comunidades involucradas.
 - o Impulsar estudios arqueológicos;
 - o Protocolizar los acuerdos, que deben tener un enfoque intercultural.⁹
- Es necesario difundir las buenas prácticas que se dieron a conocer en los *Encuentros sobre la Aplicación del Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada contenido en el Convenio 169 y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, entre ellas, las siguientes:
 - o La experiencia de la Corte Constitucional de Colombia en la implementación y desarrollo del derecho a la consulta libre, previa e informada. Entre ellas se destacan la incorporación de personas profesionales de la Antropología (y no solo juristas); la capacidad de este órgano de escuchar tanto a dichos profesionales, como a los sujetos del derecho a la consulta en audiencias públicas, en la que participan amplia y libremente; y, las visitas regulares a las comunidades indígenas en relación con el examen de casos específicos.
 - o El planteamiento de recursos y demandas en los ámbitos nacional e internacional por parte de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, que ha dado lugar a importantes desarrollos jurídicos del contenido de su derecho a la consulta previa, libre e informada. El resultado del recurso a las instancias internacionales de protección de los derechos humanos es el establecimiento de los estándares internacionales que le dan contenido y alcance a este derecho, los que deben adecuarse a cada contexto nacional.

⁹ El expositor recuerda que “En la sentencia T-129/11, relativa a la consulta previa y el consentimiento de comunidades étnicas se dieron tres hitos: El agotamiento de la consulta previa frente a las obras de infraestructura y explotación de recursos naturales en los territorios. La necesidad de asumir medidas relativas al saneamiento y/o ampliación de los territorios. El análisis de situación de desplazamiento.”

- o El desarrollo de otras estrategias de parte de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, tales como recurrir al acompañamiento de organismos internacionales, la academia, las oficinas del ombudsman y organizaciones de derechos humanos. En tal sentido, la presencia de veedores internacionales y nacionales, su asesoría y observación, permiten generar condiciones básicas e indispensables de confianza para la comunicación y el entendimiento mutuo. Estas permiten impulsar un diálogo respetuoso (intercultural) entre las partes.

II PARTE

ESTÁNDARES INTERNACIONALES

En esta parte se sistematizan los principales estándares internacionales en la materia a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador (sentencia de 27 de junio de 2012)*, uno de los más emblemáticos en el campo de los derechos de los pueblos indígenas. El fallo condensa los principios rectores del Derecho Internacional sobre pueblos indígenas, desarrollados a lo largo de la historia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Estos estándares internacionales son el resultado de la aplicación práctica en casos concretos de los principios mínimos que deben regir la materia a partir de lo que establecen el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas respecto de esta obligación de cumplimiento por parte de los Estados. A partir de esta especie de hoja de ruta, la relación de los Estados con los pueblos indígenas adquiere otras dimensiones.

Adicionalmente, el *Estudio de las audiencias temáticas sobre la Consulta ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*¹, elaborado por el IIDH, se incorpora en un anexo especializado. En este se sintetizan las principales intervenciones y demandas de los pueblos indígenas a lo largo de la última década.

Los estándares internacionales de la consulta libre, previa e informada en la sentencia Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador

El caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador* (sentencia de fondo y reparaciones, del 27 de junio de 2012), examinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) se refiere al otorgamiento por parte del Estado de un permiso a una empresa petrolera privada para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en su territorio en la década de los 90, sin consulta previa y, por lo tanto, sin su consentimiento.

La exploración petrolera se inició, inclusive con el uso de explosivos de alto poder, en varios puntos del territorio indígena, creando una situación de riesgo para la población que, en ocasiones, le habría impedido buscar medios de subsistencia y limitado sus derechos de circulación y expresión de su cultura. Además, el caso se refiere a la falta de protección judicial y de observancia de las garantías judiciales.

¹ Nick Middeldorp, IIDH, San José Costa Rica, Octubre 2015.

Merece destacarse que, por primera vez en la historia de la práctica judicial de la Corte IDH, se realizó una diligencia en el lugar de los hechos de un caso contencioso sometido a su jurisdicción. El 21 de abril de 2012, una delegación de jueces acompañada por integrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las víctimas y sus representantes y el Estado, visitó el territorio del pueblo Sarayaku y escuchó numerosas declaraciones jóvenes, mujeres, hombres, ancianos, niñas y niños de la comunidad, quienes compartieron sus experiencias, percepciones y expectativas acerca de sus modos de vida, cosmovisión y sus vivencias en relación con los hechos del caso. Además, las delegaciones emitieron sus criterios y, al sobrevolar el territorio, observaron los lugares en que ocurrieron los hechos. Finalmente, el Estado reconoció su responsabilidad por medio de su representante.

La sistematización de los estándares contenidos en la sentencia aludida, se ha dividido en siete áreas temáticas, a saber:

1. Derecho a la propiedad comunal
2. Salvaguardias para garantizar el derecho a la propiedad comunal
3. Obligación del estado de garantizar el derecho a la consulta
4. Organización estatal
 - 4.1 Acuerdos y fiscalización
 - 4.2 Medidas positivas esenciales y derecho a la cultura
5. Características esenciales de la aplicación del derecho a la consulta
6. Dimensiones del derecho a la consulta
 - I. La consulta debe ser realizada con carácter previo
 - II. La buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo
 - III. La consulta debe ser adecuada y accesible
 - IV Estudios de Impacto Ambiental
 - V. La consulta debe ser informada
7. Derecho a la consulta y a la propiedad comunal en relación con el derecho a la identidad cultural

La cita textual de los párrafos de la citada sentencia es antecedida por un cuadro con un resumen en el que se destacan los estándares relativos a cada tema.

Las citas al pie de página corresponden a la sentencia.

1. Derecho a la propiedad comunal

Se reconoce la propiedad colectiva de los pueblos indígenas pues esta se centra en un grupo, su comunidad, no en un individuo.

Se protege así una concepción de dominio y posesión que no son la forma clásica de propiedad (art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Los pueblos indígenas mantienen una vinculación estrecha entre territorio y recursos naturales que son utilizados para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo de su cosmovisión, a fin de mantener sus formas de vida tradicional, identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas que serán **respetadas, garantizadas y protegidas** por los Estados.

145. El artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos².

[...] Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad³. Estas nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana.

146. [...] Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados⁴.

2. Salvaguardias para garantizar el derecho a la propiedad comunal

Cuando los Estados imponen limitaciones a la propiedad sobre las tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas, se establecen las siguientes cinco restricciones para su admisibilidad:

² Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, párr. 148, y Caso Comunidad Indígena Xák-mok Kásek Vs. Paraguay, párr. 85. Además, Comisión Interamericana, Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 156.

³ Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Vs. Nicaragua, párr. 149 y Caso Comunidad Indígena Xák-mok Kásek Vs. Paraguay, párrs. 85 a 87.

⁴ Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 124, 135 y 137, y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, párrs. 118 y 121.

1. Deben estar establecidas por ley.
2. Ser necesarias
3. Proporcionales.
4. Con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.
5. Tratándose de recursos naturales dentro de sus territorios, el Estado debe además, verificar que dichas restricciones no impliquen una denegación de la subsistencia como pueblo.

Para tales efectos se establecen tres salvaguardias adicionales:

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

156. La Corte Interamericana ha señalado que cuando los Estados imponen limitaciones o restricciones al ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus tierras, territorios y recursos naturales deben respetar ciertas pautas. Así, “cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles”⁵, las cuales deben ser establecidas por ley, ser necesarias, proporcionales y con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática sin implicar una denegación de la subsistencia como pueblo⁶. Asimismo, el Tribunal ha precisado que tratándose de recursos naturales que se encuentran en el territorio de una comunidad indígena, además de los criterios mencionados, se exige al Estado que verifique que dichas restricciones no impliquen una denegación de la subsistencia del propio pueblo indígena⁷.

5 Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 144. Véase asimismo Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, párr. 128.

6 Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, párr. 128. En igual sentido, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, párrs. 144 y 145.

7 Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, párr. 129.

Obligación del Estado de cumplir con las tres salvaguardias adicionales:

157. Es por lo anterior que, en el caso *Saramaka vs. Surinam*, el Tribunal estableció que, para que la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios ancestrales no impliquen una denegación de la subsistencia del pueblo indígena como tal, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias: i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la Convención), según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones⁸.

3. Obligación del estado de garantizar el derecho a la consulta

La estrecha relación de los pueblos indígenas con su territorio tiene esencialmente un componente de identificación cultural basado en sus cosmovisiones. Siendo estos actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales, deben ser reconocidos y respetados en una sociedad democrática.

El reconocimiento del derecho a la consulta de los pueblos indígenas está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente en una sociedad pluralista, multicultural y democrática.

Por todo ello es que una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, particularmente su derecho a la propiedad comunal, es justamente su derecho a la consulta, reconocido por el Convenio 169 de la OIT entre otros instrumentos internacionales complementarios.⁹

159. La Corte observa, entonces, que la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos

⁸ Cfr Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares Fondo, Reparaciones y Costas y Gastos, párr. 129 y 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, párrs. 25 a 27.

⁹ Convenio 169 de la OIT (arts. 6 y 17) y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (arts. 19, 30.2, 32.2 y 38), entre otros instrumentos internacionales complementarios.

y respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural (*infra* párrs. 212 a 217), los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática¹⁰.

160. Es por todo lo anterior que una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios¹¹.

Los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, por lo que al interpretarlos no solo se toman en cuenta los que se relacionan con estos, sino el sistema dentro del que se inscriben. De la misma forma, puede aplicarse un instrumento que no provenga directamente del sistema regional de protección.

161. En otras oportunidades¹², este Tribunal ha señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la *Convención* de

¹⁰ En relación con esto, a modo de ejemplo, en su Sentencia C-169/01 la Corte Constitucional de Colombia afirmó: “Ya ha dicho la Corte que “el pluralismo establece las condiciones para que los contenidos axiológicos de la democracia constitucional tengan lugar y fundamento democrático. Dicho sintéticamente, la opción popular y libre por los mejores valores, está justificada formalmente por la posibilidad de escoger sin restricción otros valores, y materialmente por la realidad de una ética superior” (sentencia C-089/94, *ibídem*). En la misma oportunidad, se señaló que la democratización del Estado y de la sociedad que prescribe la Constitución, se encuentra ligada a un esfuerzo progresivo de construcción histórica, durante el cual es indispensable que la esfera de lo público, y con ella el sistema político, estén abiertos al reconocimiento constante de nuevos actores sociales. En consecuencia, sólo puede hablarse de una verdadera democracia, representativa y participativa, allí donde la composición formal y material del sistema guarda una correspondencia adecuada con las diversas fuerzas que conforman la sociedad, y les permite, a todas ellas, participar en la adopción de las decisiones que les conciernan. Ello es especialmente importante en un Estado Social de Derecho, que se caracteriza por presuponer la existencia de una profunda interrelación entre los espacios, tradicionalmente separados, del “Estado” y la “Sociedad Civil”, y que pretende superar la concepción tradicional de la democracia, vista simplemente como el gobierno formal de las mayorías, para acoplarse mejor a la realidad e incluir dentro del debate público, en tanto sujetos activos, a los distintos grupos sociales, minoritarios o en proceso de consolidación, fomentando así su participación en los procesos de toma de decisiones a todo nivel”.

¹¹ Cfr. Caso del Pueblo Saramaka, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 134. Asimismo, véase Convenio N° 169 de la OIT, artículos 6 y 17, y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 19, 30.2, 32.2 y 38.

¹² Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 15, párr. 114, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), Fondo, párr. 193 y Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No 110, párr. 165.

Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, esta Corte ha afirmado que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (artículo 31.2 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (artículo 31.3 de mismo instrumento)¹³. Igualmente, este Tribunal ha considerado que podría “abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano”¹⁴, aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección¹⁵. En este sentido, la Corte ha interpretado el artículo 21 de la Convención a la luz de la legislación interna referente a los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales en casos de Nicaragua¹⁶, Paraguay¹⁷ y Surinam¹⁸, por ejemplo, así como también teniendo en cuenta el Convenio N° 169 de la OIT¹⁹.

Estos estándares han sido incorporados por los Estados en su normativa interna y por los más altos tribunales de justicia, incluso en Estados que no han ratificado el Convenio 169 de la OIT, tanto a nivel regional como fuera de ella, convirtiendo a la obligación de consulta no solo en un derecho convencional sino también en un principio del Derecho Internacional.

13 Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, párr. 113; Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Fondo, párrs. 192 y 193, y Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 78.

14 “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 21; Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 44, y Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 22.

15 Cfr. Condición Jurídica y Derechos humanos del Niño, párr. 22. Ver asimismo El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, párr. 109, y “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrs. 14, 32 y 38. Además, “[n]o existe ninguna razón para excluir, previa y abstractamente, que pueda solicitarse de la Corte, y ésta emitir, una consulta sobre un tratado aplicable a un Estado americano en materia concerniente a la protección de los derechos humanos, por el solo hecho de que sean también partes de dicho tratado, Estados que no pertenecen al sistema interamericano, o de que no haya sido adoptado dentro del marco o bajo los auspicios de éste.” “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 48, y Condición Jurídica y Derechos humanos del Niño, párr. 22.

16 Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, párrs. 148 a 153.

17 Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 138 a 139; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, párrs. 122 a 123, y Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, párr. 143.

18 Cfr. Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 106 a 117, y Caso de la Comunidad Moiwana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 86.39 a 86.41.

19 Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 125 a 130; Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 93 y 94, y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, párrs. 117.

164. Diversos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, a través de su normatividad interna y por medio de sus más altos tribunales de justicia, han incorporado los estándares mencionados. De ese modo, la normatividad interna de varios Estados de la región; como por ejemplo en Argentina²⁰, Bolivia²¹, Chile²², Colombia²³, Estados Unidos²⁴, México²⁵,

- 20 La Constitución Nacional de la República Argentina del año 1994, en su artículo 75.17, reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, y declara que ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Además, la misma disposición asegura la participación de pueblos indígenas “en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten”.
- 21 En Bolivia, la Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009 reconoce el derecho de los pueblos indígenas 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” (art. 30.II.15). Además de las disposiciones constitucionales, la normatividad interna boliviana hace numerosas referencias al derecho a la consulta previa como por ejemplo la Ley No. 3058 de 19 mayo de 2005, el artículo 78 de la Ley No. 1333 del Medio Ambiente del 27 de abril de 1992, y el Decreto Supremo No. 29033 del 16 de febrero de 2007 mediante el cual se reglamentó el proceso de Consulta Previa, y en particular su artículo 4 que agrega los principios de integralidad y participación.
- 22 En Chile, el artículo 34 de la Ley Indígena No. 19.253 del año 1993 establece que los “servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley”.
- 23 La Constitución Política de Colombia establece en el párrafo del artículo 330 que “[l]a explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”. Además la normatividad colombiana se refiere en varias disposiciones a la consulta previa: Ley General Ambiental de Colombia, Ley No. 99 de 1993, cuyo artículo 76 regula los modos y procedimientos de participación de las Comunidades Indígenas y Negras en el marco ambiental; Decreto No. 1397 de 1996; Ley No. 70 de 1993, artículo 44; la Directiva Presidencial No. 01 de 2010; el Decreto No. 1320 de 1998, el Decreto Ley No. 200 del 3 de febrero de 2003, el Decreto No. 1220 del 21 de abril de 2005, el Decreto No. 4633 de 2011 y el Decreto No. 4633 del 9 de diciembre de 2011.
- 24 En Estados Unidos, el derecho a la consulta previa estuvo codificado en el Decreto de Noroeste aprobado por el Congreso en 1787. En dicha normatividad, el artículo III estableció que los territorios de las poblaciones indígenas nunca “podrán ser invadidas o perturbadas, al menos que sea en virtud de una declaración de guerra ordenada por el Congreso” (traducción de la Secretaría). Además, la obligación de llevar a cabo una consulta previa se encuentra establecida en la National Historic Preservation Act de 1966, 16 U.S.C. §§ 470(a)(d)(6)(B) & 470(h) (1992); el National Environmental Policy Act (NEPA); el Native American Graves Protection and Repatriation Act de 1990 §3(c); la EPA Policy for the Administration of Environmental Programs on Indians Reservations de 1984, y en la Ley de Libertad Religiosa de Indígenas Norteamericanos de 1978. Véase asimismo la Orden Ejecutiva 12875 (1993), en la cual se estipuló que el Gobierno Federal necesita consultar a las Comunidades Tribales sobre aspectos que les afecten de manera significativa; la Orden Ejecutiva 13007 (1996), en la cual se estipuló que las agencias federales deben permitir el acceso a lugares sagrados y evitar acciones que causen daños a la integridad de esos lugares, y la Orden Ejecutiva 13175 (2000), que estableció como política de Gobierno que se deben llevar a cabo consultas regulares con las comunidades antes de implementar políticas federales que las afecten.
- 25 La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que “[l]a Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos [...] IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen”. (Título Primero, Capítulo 1, artículo 2.B.IX). Véase asimismo, Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de 21 de mayo de 2003, Ley de Planeación de 13 de junio de 2003; Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas de 13 de marzo de 2003. Del mismo modo, varios Estados de México promulgaron normatividad que se refiere a la consulta previa: Ley de Consulta Indígena para el Estado y Municipios de San Luis Potosí de 8 de julio de 2010; Ley de Derechos, Cultura y Organización de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Campeche de 15 de junio de 2000; Ley General de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Durango de 22 de julio de 2007; Ley de Derechos y Cultura de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Querétaro de 24 de julio de 2009; Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Chiapas de 29 de julio de 1999; Reglamento de la Ley de Derechos, Cultura y Desarrollo de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Puebla de 22 de julio de 2011; Ley de Fomento y Desarrollo de los Derechos y Cultura de las Comunidades y Pueblos Indígenas del Estado de Morelos de 18 de enero de 2012; Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Nayarit de 18 de diciembre de 2004; Ley Reglamentaria del Artículo 9º de la Constitución Política del Estado, sobre los Derechos y la Cultura Indígena de 13 de septiembre de 2003, Constitución Política del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí de 11 de julio del 2003; Ley de Derechos y Culturas Indígenas para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave de 3 de noviembre de 2010; Ley sobre los Derechos y el Desarrollo de los Pueblos y las Comunidades Indígenas del Estado de Jalisco de

Nicaragua²⁶, Paraguay²⁷, Perú²⁸ y Venezuela²⁹, se refiere a la importancia de la consulta o de la propiedad comunitaria. Además, varios tribunales internos de Estados de la región que han ratificado el Convenio N° 169 de la OIT³⁰ se han referido al derecho a la consulta previa de conformidad con las disposiciones del mismo.

11 de enero de 2007; Ley General de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Durango de 22 de julio de 2007; Ley Numero 701 de Reconocimiento, Derechos y Cultura de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Guerrero de 8 de abril de 2011; Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Baja California de 26 de octubre de 2007; Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chihuahua, artículo 64; Constitución Política del Estado de Durango de 22 de febrero de 2004; Constitución Política del Libre y Soberano Estado de Jalisco de 29 de abril de 2004; Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de México de 10 de septiembre de 2002; Constitución política del estado libre y soberano de Puebla de 10 de diciembre de 2004 y Ley de Derechos, Cultura y Organización -Indígena del Estado de Quintana Roo de 20 de noviembre de 1996.

- 26 La Constitución Política de la República de Nicaragua dispone que “[l]as comunidades de la Costa Atlántica [...] tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones”. Además, agrega que “[e]l Estado reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales” (Título IV: Derechos, Deberes y Garantías del Pueblo Nicaragüense, Capítulo VI: Derechos de las Comunidades de la Costa Atlántica, artículo 89). Asimismo, “[e]l Estado garantiza a estas comunidades el disfrute de sus recursos naturales, la efectividad de sus formas de propiedad comunal y la libre elección de sus autoridades y diputados” (Título IX: División Política Administrativa, Capítulo II: Comunidades de la Costa Atlántica, artículo 180). . Además, la Ley del régimen de propiedad comunal de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de las regiones autónomas de la costa atlántica de Nicaragua y de los ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz estipula en su artículo 3 que la consulta consiste en la “entrega de la información técnica de la operación o el proyecto seguido del proceso de discusión y decisión sobre los mismos; durante los cuales las comunidades deberán contar con traductores los que traducirán en sus lenguas todo lo dicho durante este proceso y estar asistidas por técnicos en la materia”.
- 27 La Constitución Política de Paraguay de 1992 establece en su artículo 64 que los pueblos indígenas “tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida”.
- 28 La Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización internacional del Trabajo del año 2011 establece, entre otros, que el derecho a la consulta previa “[e]s el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo” y que “[t]ambién corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos” (artículo 2). Véase asimismo la Ley General del Ambiente, Ley No. 28611, artículo 72.2, y el Decreto Supremo N° 012-2008-EM, “Aprueban Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos” artículo II: Objeto y Naturaleza de la Participación.
- 29 La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 dispone en su Artículo 120 que “[e]l aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley”. Por su lado, el artículo 11 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de 8 de diciembre de 2005 estipula que “[t]oda actividad susceptible de afectar directa o indirectamente a los pueblos y comunidades indígenas, deberá ser consultada con los pueblos y comunidades indígenas involucrados. La consulta será de buena fe, tomando en cuenta los idiomas y la espiritualidad, respetando la organización propia, las autoridades legítimas y los sistemas de comunicación e información de los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas involucrados, conforme al procedimiento establecido en esta Ley. Toda actividad de aprovechamiento de recursos naturales y cualquier tipo de proyectos de desarrollo a ejecutarse en hábitat y tierras indígenas, estará sujeta al procedimiento de información y consulta previa, conforme a la presente Ley”.
- 30 Los siguientes países de la región han ratificado el Convenio N° 169 de la OIT: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela.

En ese sentido, altos tribunales de Argentina³¹, Belice³², Bolivia³³, Brasil³⁴, Chile³⁵,

- 31 La Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que la garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas “debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores”, y “[I]a relevancia y la delicadeza de los aludidos bienes deben guiar a los magistrados no sólo en el esclarecimiento y decisión de los puntos de derecho sustancial, sino también [...] de los vinculados con la “protección judicial” prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25), que exhibe jerarquía constitucional” (CSJN, “Comunidad Indígena Eben Ezer c/provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción s/ amparo” de 30 de septiembre de 2008, C. 2124. XLI, a la p. 4). Del mismo modo, el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén se ha pronunciado sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, señalando que la misma es, “en esencia, un derecho fundamental de carácter colectivo, por el que el Estado está obligado a instaurar procedimientos de buena fe destinados a recoger el parecer libre e informado de dichas comunidades, cuando se avizoren acciones gubernamentales, ya sean legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente, a fin de establecer los acuerdos o medidas que sean meritorios”. El mismo Tribunal agregó que el “reconocimiento [del derecho a la consulta previa] surge como resultado de la conciencia de la necesidad de abogar de manera especial por la salvaguardia de los intereses de las poblaciones humanas que, por factores ligados a su identidad cultural, se han visto relegadas de los procesos de decisión del poder público y del funcionamiento de las estructuras estatales en general. En ese orden de ideas, se erige como garantía de igualdad o mecanismo de equiparación, en cuanto a la aptitud real de dichas poblaciones de pronunciarse e influir sobre las disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida, a fin de situarla en el mismo plano que la que corresponde a cualquier grupo de ciudadanos” (TSJN, Acuerdo n° 6 en autos “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquen s/ acción de inconstitucionalidad” del 25 de octubre de 2010, Expte. No. 1090/04). Véase asimismo Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Argentina, Expte No. 102.631, sentencia del 18 de mayo de 2012.
- 32 La Corte Suprema de Belice señaló que “aunque Belice todavía no ha ratificado el Convenio No. 169 de la [OIT] [...], no hay duda de que el artículo 14 de ese instrumento contiene disposiciones sobre el derecho a la tierra de los pueblos indígenas que reflejan los principios de derecho internacional relativos a los pueblos indígenas”. Corte Suprema de Belice, Aurelio Cal por derecho propio y en nombre de la Comunidad Maya de Santa Cruz y otros Vs. Procurador General de Belice y otros, casos 171 y 172 de 2007. Sentencia de 18 de octubre de 2007.
- 33 El Tribunal Constitucional de Bolivia se pronunció en varias oportunidades sobre el derecho a la consulta previa. En particular, señaló que “el respeto por parte del Estado de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, en especial los relativos a sus tierras de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales que ésta alberga; efectivizan una garantía de protección de los pueblos indígenas por las especiales características de éstos, entre ellas, las condiciones económicas sociales que los distinguen del resto de la comunidad nacional, se rigen por sus propias costumbres o tradiciones, tienen conciencia de su pertenencia a dicha comunidad y merecen un reconocimiento formal como tal por parte de los órganos del Estado”. Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia 0045/2006, 2 de junio de 2006. II.5.3. Véase asimismo Expte. No. 2008-17547-36-RAC, sentencia de 25 de octubre de 2010, III.5: “La consulta, de acuerdo al art. 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT se extiende a los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas, al señalar que cuando la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo pertenezcan al Estado, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en esas tierras”.
- 34 El Quinto Juzgado Federal de Primera Instancia, Sección Judicial de Maranhão dispuso que “[e]l Estado no puede desconocer la protección constitucionalmente elegida como uno de los objetivos fundamentales de la República Federativa del Brasil”, es decir, “promover el bien de todos, sin preconceitos de origen, raza, sexo, edad o cualquier otra forma de discriminación” (Constitución Federal de 1988, art. 3º, IV), incluyendo así a las comunidades afrodescendientes tradicionales (comunidades remanentes de quilombos), máxime cuando, como lo destaca el representante del Ministerio Público, el Estado brasileño ha confirmado su intención de establecer políticas públicas dirigidas al combate contra la discriminación de los modos de vida tradicionales de los pueblos indígenas y tribales, al publicar el Decreto Legislativo n° 43/2000, ratificando el Convenio N° 169 de la OIT. Quinto Juzgado Federal de Primera Instancia, Sección Judicial de Maranhão (Justiça Federal de 1ª Instância, Seção Judiciária do Maranhão, 5ª Vara), Joisael Alves e outros Vs. Diretor Geral do Centro de Lançamento de Alcântara, Sentencia n° 027/2007/JCM/JF/MA, Proceso n° 2006.37.00.005222-7, sentencia de 13 de febrero de 2007.
- 35 La jurisprudencia de Chile se ha referido al derecho a la consulta previa, señalando que en un caso en donde una municipalidad procedió a intervenir en un Cerro para la explotación de árboles, sin consultar a las comunidades indígenas interesadas, se “ha[bía] vulnerado el derecho a la integridad síquica de los recurrentes, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural conduce a una sensación de falta de respeto a su identidad social, a sus costumbres y tradiciones, así como a la conservación de las características propias de su etnia, produciendo naturalmente desazón y gran preocupación”. Corte de Apelaciones de Concepción, Chile, 10 de agosto de 2010.

Colombia³⁶, Costa Rica³⁷, Ecuador³⁸, Guatemala³⁹, México⁴⁰, Perú⁴¹ o Venezuela⁴² han señalado la necesidad de respetar las normas de consulta previa y de dicho Convenio. Otros tribunales de países que no han ratificado el Convenio N° 169 de la OIT se han referido a la necesidad de llevar a cabo consultas previas con las comunidades indígenas, autóctonas o tribales, sobre cualquier medida administrativa

- 36 Sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada, la Corte Constitucional colombiana ha expresado que “es necesario que el Estado de forma articulada garantice e incentive la aplicación real y efectiva del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas, pues ante todo las herramientas que subyacen a la consulta, permiten conciliar posiciones y llegar a un punto intermedio de diálogo intercultural en el que los pueblos ejerzan su derecho a la autonomía con sus planes propios de vida frente a los modelos económicos basados en la economía de mercado o similares” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129/11, párr. 5.1). Además, el mismo Tribunal señaló que el deber de consulta a cargo del Estado es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura (Sentencia C 169/01, párr. 2.3).
- 37 La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica señaló que la “Constitución Política debe interpretarse y aplicarse de forma que permita y facilite la vida y desarrollo independientes de las minorías étnicas que habitan en Costa Rica, sin otros límites que los mismos derechos humanos imponen a la conducta de todos los hombres” (Considerando III). Sobre la consulta a Pueblos indígenas, estableció que “cualquier medida legislativa o administrativa que sea susceptible de afectar directamente a los pueblos interesados debe ser objeto de consulta con ellos” (Considerando IV, cursivas y negritas en el original). En ese sentido, recordó que por el rango normativo que le concede la Constitución Política en su artículo 7, el Convenio N° 169 de la OIT tiene autoridad superior a las leyes y por lo tanto, su protección recae dentro del ámbito de la jurisdicción constitucional (Considerando III). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 2011-1768 de 11 de febrero de 2011, Recurso de Amparo. Véase también, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia 2000-08019, 8 de septiembre de 2000.
- 38 La Corte Constitucional del Ecuador se ha referido a la consulta previa en su jurisprudencia, al señalar que “[l]a consulta pública es otro de los aspectos importantes vinculados al manejo ambiental, y es que la participación de la población debe expresarse en las diferentes etapas de este manejo, esto es, en la planificación, normativa, desarrollo de estudios de impacto ambiental, vigilancia y legitimidad procesal; debe estar habilitada para accionar diferentes demandas ante las instancias administrativas o judiciales” (Caso de los Pantanos Secos de Pastaza, No. 222-2004-RA, Sentencia de 9 de junio de 2004, Considerando Décimo Segundo). Por otro lado, señaló que “toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, a cuyo efecto la comunidad deberá estar debidamente informada, remitiendo a la ley para que garantice la participación de la comunidad” y que “la participación ciudadana en la gestión ambiental [...] se toma indispensables en tanto es precisamente la comunidad, la que afrontará las consecuencias de las actividades de diverso orden a realizarse en su entorno” (Caso del cine IMAX en la parroquia de Cumbayá, No. 679-2003-RA, Considerando Sexto).
- 39 La Corte de Constitucionalidad de Guatemala se refirió al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas subrayando que el mismo consiste esencialmente en “un derecho fundamental de carácter colectivo, por el que el Estado está obligado a instaurar procedimientos de buena fe destinados a recoger el parecer libre e informado de dichas comunidades, cuando se avizoren acciones gubernamentales, ya sean legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente, a fin de establecer los acuerdos o medidas que sean meritorios”. La Corte agregó que “[s]u reconocimiento surge como resultado de la conciencia de la necesidad de abogar de manera especial por la salvaguardia de los intereses de las poblaciones humanas que por factores ligados a su identidad cultural se han visto relegadas de los procesos de decisión del poder público y del funcionamiento de las estructuras estatales en general. En ese orden de ideas, se erige como garantía de igualdad o mecanismo de equiparación, en cuanto a la aptitud real de dichas poblaciones de pronunciarse e influir sobre las disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida, a fin de situarla en el mismo plano que la que corresponde a cualquier grupo de ciudadanos” (Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 21 de diciembre de 2009, Apelación de sentencia de Amparo, Expte. 3878-2007, apartado V).
- 40 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 781/2011. María Monarca Lázaro y otra. 14 de marzo de 2012. Por otro lado, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación mexicana invocó el Convenio N° 169 de la OIT para determinar que la ausencia de consulta a una comunidad indígena sobre la realización de elecciones se toma como indicio de falta de diligencia por parte de las autoridades, que determinó, en el caso concreto, entre otros factores, la decisión del Tribunal en el sentido de considerar indebidamente motivado el acto de postergación de las elecciones según el derecho consuetudinario indígena. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Joel Cruz Chávez y otros Vs. Quincuagésima Novena Legislatura del Estado de Oaxaca y otras, SUP-JDC-11/2007, sentencia de 6 de junio de 2007.
- 41 La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano se ha referido al derecho a la consulta previa en varios de sus fallos. En particular, el Tribunal ha señalado que en casos de explotación de recursos naturales “se tendrá que proceder a consultar a las comunidades nativas que puedan perjudicarse con tales actividades” y que “no solo serán consultados aquellos pueblos indígenas en cuyo territorio se llevarán a cabo las actividades, sino por ejemplo, también los pueblos indígenas inmediatamente adyacentes a dicho lugar y que sean susceptibles de ser afectados”. Además, la misma sentencia señaló que “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” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Expte. No. 0022-2009-PI/TC, párrs. 23 y 41). Además, la Corte estableció que el derecho a la identidad étnica comprende “[e]l derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Expte. No. 03343-2007-PA/TC, párr. 30).
- 42 Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia. Expte. No. 2005-5648, del 6 de diciembre de 2005.

o legislativa que los afecte directamente así como sobre la explotación de recursos naturales en su territorio. De ese modo, se observan desarrollos jurisprudenciales similares por parte de altas cortes de países de la región como Canadá⁴³ o Estados Unidos de América⁴⁴, o de fuera de la región como Nueva Zelanda⁴⁵. Es decir, la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional.

En este sentido la Corte señala:

Existe un reconocimiento a la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados, respetando la particularidad de cada pueblo para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con el Estado, actores sociales o políticos y terceros.

165. Es decir, está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados.

43 Con respecto a los derechos territoriales de las poblaciones indígenas, la Corte Suprema de Canadá manifestó que “[e]l honor de la Corona requiere que estos derechos sean determinados, reconocidos y respetados. Esto último requiere que la Corona actúe de forma honorable y participe en procesos de negociación. Durante ese proceso, el honor de la Corona puede requerir una consulta, y cuando se indique, considerar los intereses de la población indígena” (Haida Vs. British Columbia (Minister of Forests) [2004] 3 S.C.R. 511, párr. 25). En lo que respecta a la obligación de consultar, la Corte estableció la naturaleza y el alcance del deber de consultar podrá variar según las circunstancias y que en todos de los casos la obligación de consultar debe ser ejercida de buena fe y con la intención de considerar los intereses de la población indígena cuyos territorios están en juego. También determinó que la misma consulta nacia toda vez que el Estado se propone establecer restricciones a la propiedad indígena (Haida Vs. British Columbia, párr. 35). Además, la obligación de llevar a cabo una consulta implica un proceso de escucha, con una mente abierta, sobre lo que el grupo indígena tiene que decir y estar preparado para cambiar la propuesta original. Del mismo modo, la Corte Suprema de Canadá determinó que la obligación de consultar previamente era un deber del Estado que se incrementaba proporcionalmente a la gravedad de la afectación del derecho del cual se trate (Haida Vs. British Columbia, párrs. 39 y 68). Por último, el alto Tribunal también determinó que la propuesta de intervención en territorio indígena por parte del Estado no requiere de un impacto inmediato sobre los territorios o recursos de la las Comunidades indígenas para que nazca la obligación de consultar, es suficiente con que la actividad el Estado tenga potencialmente un impacto negativo sobre los derechos territoriales de la Comunidad indígena (Rio Tinto Alcan Inc. Vs. Carrier Sekani Tribal Council [2010] 2 S.C.R 650, párrs. 31 y ss).

44 En un caso de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos de 1986, la Corte sostuvo que el concepto de consulta requiere una discusión previa con un ejecutivo o líderes de la comunidad o con quienes tienen la autoridad inequívoca a representar la tribu a la agencia. (Hoopa Valley Tribe Vs. Christie, 812 F.2d 1097 (1986)). En otro caso de 1979, la Corte estableció que la falta de consulta previa no puede ser subsanada por una reunión posterior a la decisión (Oglala Sioux Tribe of Indians Vs. Andrus, 603 F.2d 707 (1979)). Asimismo, véase Lower Brule Sioux Tribe Vs. Deer, 911 F.Supp. 395 (D.S.D. 1995); Klamath Tribes Vs. U.S., 1996 WL 924509; Confederated Tribes and Bands of the Yakama Nation Vsv. U.S. Department of Agriculture, 2010 WL 3434091, y Quechan Tribe vS. Department of Interior, 755 F.Supp.2d 1104.

45 New Zealand Maori Council Vs. Attorney General [1987] 1 NZLR 641; Gill Vs. Rotorua District Council [1993] 2 NZRMA 604, Haddon Vs. Auckland Regional Council [1993] A77/93, y Aqua King Limited Vs. Marlborough District Council [1995] WI9/95.

4. Organización estatal

La obligación estatal de consultar a los pueblos indígenas está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención. Esto implica la obligación de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental, y en general todas las estructuras por medio de las cuales se ejerce el poder público, de forma tal que se asegure jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos.

Es así como los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, para generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procesos de consulta a través de sus instituciones representativas.

166. La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos⁴⁶. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia⁴⁷. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.

46 Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166, y Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 47.

47 En ese sentido, el artículo 6.1 del Convenio N° 169 de la OIT, dispone que “[a]l aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente [y] b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, [...] a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan”. Del mismo modo, el artículo 36.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas establece que “los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de este derecho”. Por otro lado el artículo 38 del mismo instrumento dispone que “[l]os Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la [...] Declaración”.

4.1 Acuerdos y fiscalización

El Estado debe garantizar los derechos e consulta y participación en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar un territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo, estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta.

Esto con la finalidad de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones conforme los estándares internacionales.

El Estado debe fiscalizar y controlar que los derechos de los pueblos indígenas no sean obviados en otras actividades o acuerdos que haga con terceros o privados, o en el marco de decisiones del poder público que afectaría sus derechos e intereses.

Por eso también corresponde al Estado la tarea de fiscalización y control en su aplicación y cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva de ese derecho por medio de los órganos judiciales.

167. Puesto que el Estado debe garantizar estos derechos de consulta y participación en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo, estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes. En esta línea, el Estado debe asegurar que los derechos de los pueblos indígenas no sean obviados en cualquier otra actividad o acuerdos que haga con terceros privados o en el marco de decisiones del poder público que afectarían sus derechos e intereses. Por ello, en su caso, corresponde también al Estado llevar a cabo tareas de fiscalización y de control en su aplicación y desplegar, cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva de ese derecho por medio de los órganos judiciales correspondientes⁴⁸.

4.2 Medidas positivas especiales y derecho a la cultura

Los Estados están obligados a adoptar medidas especiales para garantizar a los pueblos indígenas el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente. Por ello las disposiciones sobre el derecho a la propiedad colectiva deben interpretarse en conjunto con otros derechos reconocidos por el Estado en sus leyes internas o en otras internacionales relevantes.

No es posible negar (bajo la normativa internacional) a los pueblos indígenas el gozo de su propia cultura que consiste en su modo de vida fuertemente asociado a su territorio y al uso de sus recursos naturales.

⁴⁸ Cfr. Artículos 6, 15, 17.2, 22.3, 27.3, y 28 del Convenio N° 169 de la OIT y artículos 15.2, 17.2, 19, 30.2, 32.2, 36.2 y 38 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas.

La debida protección de la propiedad comunal indígena, en los términos del artículo 21 de la Convención en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, impone a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente. De tal manera, conforme al artículo 29.b) de la Convención, las disposiciones del artículo 21 de este instrumento deben interpretarse en conjunto con otros derechos reconocidos por el Estado en sus leyes internas o en otras normas internacionales relevantes⁴⁹. Bajo la normativa internacional, no es posible negar a las comunidades y pueblos indígenas a gozar de su propia cultura, que consiste en un modo de vida fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales⁵⁰.

176. Dado que el Convenio N° 169 de la OIT aplica en relación con los impactos y decisiones posteriores originados en proyectos petroleros, aún cuando éstos hubieran sido contratados con anterioridad a la entrada en vigor del mismo⁵¹, es indudable que al menos desde mayo de 1999⁵² el Estado tenía la obligación de garantizar el derecho a la consulta previa al Pueblo Sarayaku, en relación con su derecho a la propiedad comunal e identidad cultural, para asegurar que los actos de ejecución de la referida concesión no comprometieran su territorio ancestral o su supervivencia y subsistencia como pueblo indígena.

49 Por ejemplo, el Ecuador había ratificado tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, bajo el artículo 1 común de dichos Pactos, los pueblos indígenas pueden “proveer[r] a su desarrollo económico, social y cultural” y pueden “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” para que no se les prive de “sus propios medios de subsistencia”. En similar sentido, ver Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 93 a 95. Véase asimismo Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr. 37, y El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, párrs. 113-115 (sosteniendo una interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos que tenga en consideración el desarrollo progresivo del corpus juris internacional de los derechos humanos en el tiempo y en su estado actual).

50 Cfr. Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 91, 92, 94 y 95. Véase asimismo Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, párr. 149

51 El Comité de Expertos de la OIT afirmó en el contexto de la actividad petrolera en el Ecuador que, si bien las disposiciones del Convenio no pueden ser aplicadas retroactivamente, “el Convenio tiene aplicación en la actualidad [en el Ecuador] en lo concerniente a las actividades que se llevan a cabo desde el 15 de mayo de 1999”. Según el Comité, “la obligación de consultar con los pueblos interesados no es aplicable sólo a la celebración de contratos sino que surge de manera general en el contexto de la aplicación de las disposiciones del Convenio”. El Comité, por tanto, solicitó al Ecuador que, a partir de dicha fecha, “aplique plenamente” el Convenio, recomendando que “establezca consultas previas en los casos de exploración y explotación de hidrocarburos que pudiesen afectar a comunidades indígenas y tribales, y que asegure la participación de los pueblos interesados en las diferentes etapas del proceso, así como en los estudios de impacto ambiental y los planes de gestión ambiental” (OIT, “Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio [169] [...], párr. 28, expediente de Prueba, tomo 10, folios 6013-6014, 6019, párrs. 28, 30 y 45.a).

52 Sin perjuicio de que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el Ecuador estaba obligado a actuar de buena fe y conforme al objeto y fin del Convenio. El artículo 18 de dicha Convención establece: “Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor. Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustran el objeto y el fin de un tratado a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado: o b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retrarde indebidamente”.

5. Características esenciales de la aplicación del derecho a la consulta

Con la finalidad de garantizar la participación efectiva de los integrantes de los pueblos indígenas en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado está obligado a:

1. Consultar activamente y de manera informada a la comunidad.
2. Según sus costumbres y tradiciones en el marco de una comunicación constante entre las partes.
3. Realizarse de buena fe.
4. A través de procedimientos culturalmente adecuados.
5. Deben tener como fin llegar a un acuerdo.
6. Debe realizarse desde las primeras etapas (del plan de desarrollo o inversión).
7. Asegurar el conocimiento a la comunidad o pueblo de los posibles beneficios y riesgos para evaluar si se acepta o no el plan de desarrollo o de inversión propuesto.
8. A tomar en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones.

Aplicación del derecho a la consulta del Pueblo Sarayaku en este caso

177. La Corte ha establecido que para garantizar la participación efectiva de los integrantes de un pueblo o comunidad indígena en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes. Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo o la comunidad, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. Asimismo, el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto. Por último, la consulta debe tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones⁵³. El incumplimiento de esta obligación, o la realización de la consulta sin observar sus características esenciales, comprometen la responsabilidad internacional de los Estados.

⁵³ Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, párr. 134.

6. Dimensiones del derecho a la consulta

El Estado está obligado a garantizar que:

- I. La consulta debe ser realizada con carácter previo.
- II. La buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo.
- III. La consulta adecuada y accesible.
- IV. Estudio de impacto ambiental.
- V. La consulta debe ser informada.

I. La consulta debe ser realizada con carácter previo

La consulta debe hacerse desde las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión (el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una respuesta adecuada al Estado). No debe posponerse hasta el momento en el que se necesite obtener la aprobación de la comunidad.

La consulta previa implica que esta debe llevarse antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar las comunidades, incluyendo medidas legislativas, y que las comunidades sean involucradas lo antes posible en el proceso.

Tratándose de medidas legislativas los pueblos indígenas deben ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, sin restringirse meramente a propuestas.

180. En lo que se refiere al momento en que debe efectuarse la consulta, el artículo 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT señala que “los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”. Sobre el particular, este Tribunal ha observado que se debe consultar, de conformidad con las propias tradiciones del pueblo indígena, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado⁵⁴.

⁵⁴ Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, párr. 134. Del mismo modo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas estipula, en el artículo 32.2, que “[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas [...] antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”. Véase también el peritaje rendido por Rodolfo Stavenhagen, de 24 de junio de 2011 (expediente de los Affidávits de los Representantes de las Presuntas Víctimas, tomo 19, folio 10130).

181. Al respecto, el Comité de Expertos de la OIT ha establecido, al examinar una reclamación en que se alegaba el incumplimiento por Colombia del Convenio N° 169 de la OIT, que el requisito de consulta previa implica que ésta debe llevarse a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades, incluyendo medidas legislativas y que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso⁵⁵. Cuando se trate de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas⁵⁶.

[...]

184. En este sentido, no ha sido controvertido que el Estado no realizó alguna forma de consulta con Sarayaku, en ninguna de las fases de ejecución de los actos de exploración petrolera y a través de sus propias instituciones y órganos de representación. En particular, el Pueblo no fue consultado antes de que se construyeran helipuertos, se cavaran trochas, se sembraran explosivos o se destruyeran zonas de alto valor para su cultura y cosmovisión.

II. La buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo

Las consultas deberán ser llevadas a cabo de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (art.6.2 Convenio 169 de la OIT).

La consulta no puede agotarse en un mero trámite formal, sino concebirse como un verdadero instrumento de participación.

Debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas.

La buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o agentes o terceros.

La buena fe es incompatible con prácticas como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos o negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales.

La consulta es responsabilidad del Estado no pudiendo delegarse en empresas privadas o terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta.

La buena fe debe manifestarse en un diálogo genuino como parte de un proceso de participación con miras a alcanzar un acuerdo.

⁵⁵ Cfr. 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 (N° 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 90. Asimismo, OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), Observación Individual sobre el Convenio N° 169 de la OIT, Argentina, 2005, párr. 8. Asimismo, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párrs. 18 y 19.

⁵⁶ Cfr. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párr. 20.

185. De acuerdo con las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT, las consultas deberán ser “llevadas a cabo [...] de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”⁵⁷.

186. Además, la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”⁵⁸, “que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas”⁵⁹. En ese sentido, es inherente a toda consulta con comunidades indígenas, el establecimiento de “un clima de confianza mutua”⁶⁰ y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales. Del mismo modo, la normatividad⁶¹

57 Convenio No. 169 de la OIT, art. 6.2. En el mismo sentido véase Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, párr. 134. Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas dispone que “[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten” (art. 19 y 32.2).

58 “Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF)”, 2006, GB.295/17; GB.304/14/7, párr. 42.

59 OIT, CEACR: Observación Individual sobre el Convenio núm. 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Bolivia, 2005. Véase asimismo Naciones Unidas, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas, E/C.19/2005/3, 17 de febrero de 2005. En este Informe, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas estableció que la consulta informada “debería implicar que se proporcione información que abarque (por lo menos) los siguientes aspectos: a. La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto; b. La razón o razones o el objeto u objetos del proyecto y/o actividad; c. La duración de lo que antecede; d. Los lugares de las zonas que se verán afectados; e. Una evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución. f. El personal que probablemente intervendrá en la ejecución del proyecto propuesto (incluidos los pueblos indígenas, el personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas); g. Procedimientos que puede entrañar el proyecto” (párr. 46). Véase asimismo el Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párrs. 21 y 23.

60 Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), GB.294/17/1; GB.299/6/1 (2007), párr. 53. Véase asimismo, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párrs. 23-25, 49-50.

61 Cfr. Constitución Política de Bolivia, artículo 30.II: “En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: [...] 15. 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”. Perú: Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, de 6 de septiembre de 2011, artículo 4. “[l]as entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo”. Del mismo modo, en Venezuela: la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de 8 de diciembre de 2005, dispone en su artículo 11 que “[l]a consulta será de buena fe, tomando en cuenta los idiomas y la espiritualidad, respetando la organización propia, las autoridades legítimas y los sistemas de comunicación e información de los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas involucrados, conforme al procedimiento establecido en esta Ley [...]”.

y la jurisprudencia nacional de Estados de la región⁶² se han referido a este requisito de buena fe.

187. Es necesario enfatizar que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado⁶³, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta⁶⁴.

[...]

199. Es decir, el Estado no sólo delegó en parte, inadecuadamente, en una empresa privada su obligación de consulta, en incumplimiento del referido principio de buena fe y de su obligación de garantizar el derecho del Pueblo Sarayaku a la participación, sino que desfavoreció un clima de respeto entre las comunidades indígenas de la zona, al favorecer la ejecución de un contrato de exploración petrolera.

200. La Corte reitera que la búsqueda de un “entendimiento” con el Pueblo Sarayaku llevado a cabo por la misma empresa CGC, no puede ser entendida como una consulta de buena fe en la medida que no consistió en un diálogo genuino como parte de un proceso de participación con miras a alcanzar un acuerdo.

62 La Corte Constitucional de Colombia estableció que es “necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129/11, 8.1.iv. Asimismo, Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 21 de diciembre de 2009, Apelación de sentencia de Amparo, Expte. 3878-2007, IV, V). Además, la misma Corte señaló que la realización de la consulta de buena fe “implica que ésta no se debe abordar como un mero procedimiento formal a cumplir, ni como un trámite, sino como un proceso de raigambre constitucional, con un contenido sustantivo que le es propio y orientado a preservar los derechos fundamentales de los pueblos afectados” (Sentencia C-461/08, 6.3.4.). Del mismo modo, el Tribunal Constitucional del Perú señaló que “el principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta [...] [y que] [c]on él se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta” (Expte. No. 0022-2009-PI/TC, párr. 27). La Corte Constitucional del Ecuador señaló que los “parámetros específicos desarrollados por la OIT que deberían tomarse en cuenta son: [...] e. La obligación de actuar de BUENA FE por parte de todos los involucrados. La consulta debe constituirse en un verdadero “mecanismo de participación”, cuyo objeto sea la búsqueda del consenso entre los participantes, [y] f. El deber de difusión pública del proceso y la utilización de un tiempo razonable para cada una de las fases del proceso, condición que ayuda a la transparencia y a la generación de confianza entre las partes” (Sentencia No 001-10-SIN-CC, Casos No 0008-09-IN Y 0011-09-IN, Sentencia de 18 de marzo del 2010, página 53).

63 Cfr. Convenio N° 169 de la OIT, artículo 6; Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 19; Caso del Pueblo Indígena de Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, párrs. 102, 129 y 131. Véase asimismo, Declaración rendida ante fedatario público por el Prof. Rodolfo Stavenhagen, de 24 de junio de 2011 (expediente de los Affidávits de los Representantes de las Presuntas Víctimas, tomo 19, folio 10131).

64 Cfr. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, de 15 de julio de 2009, párrs. 53 a 55.

III. La consulta debe ser adecuada y accesible

Las consultas deben realizarse a los pueblos indígenas a través de procedimientos culturalmente adecuados; es decir, en conformidad con sus propias tradiciones.

El Convenio 169 de la OIT establece: los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados a través de sus instituciones representativas, así como tomar medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles si fuere necesario intérpretes y otros medios eficaces.

Procedimientos apropiados (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT): debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta y que por lo tanto no hay un modelo de procedimiento apropiado, el cual debe tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como contextualmente de la naturaleza de las medidas consultadas. Así debe incluir criterios sistemáticos y preestablecidos, distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos de estos pueblos.

La adecuación implica también que la consulta tiene una dimensión temporal, que depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión.

201. Este Tribunal estableció en otros casos que las consultas a Pueblos indígenas deben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, en conformidad con sus propias tradiciones⁶⁵. Por su lado, el Convenio N° 169 de la OIT dispone que “los gobiernos deberán [...] consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas”⁶⁶, así como tomar “medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”, teniendo en cuenta su diversidad lingüística, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena⁶⁷.

202. Del mismo modo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT señaló que la expresión “procedimientos apropiados” debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta y que por tanto no hay un único modelo de procedimiento apropiado, el cual debería “tener en cuenta las

65 Cfr., mutatis mutandi, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 130.

66 Convenio No. 169 de la OIT, artículo 6.1.a. En ese mismo sentido, el artículo 30.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala que “los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares”.

67 Cfr. Convenio No. 169 de la OIT, artículo 12. Por su lado, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece en su artículo 36.2 que los Estados, “en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de este derecho”.

circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como [contextualmente de] la naturaleza de las medidas consultadas”⁶⁸. Así, tales procesos deben incluir, según criterios sistemáticos y preestablecidos, distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos⁶⁹. La adecuación también implica que la consulta tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión⁷⁰. En ese mismo sentido, la jurisprudencia⁷¹ y la legislación interna de varios Estados se refieren a la necesidad

68 OIT, Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF), GB.295/17; GB.304/14/7 (2006), párr. 42. El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas agregó que “las normas internacionales no imponen criterios preestablecidos para la creación de órganos y mecanismos para llevar a cabo el requisito de la consulta, que deben responder a las características propias y sistemas constitucionales de cada país. Sin embargo, sí puede entenderse que el establecimiento gradual de dichos órganos y mecanismos es una de las obligaciones que derivan de la ratificación del Convenio N° 169 y de otras normas internacionales, tomando en cuenta los requisitos mínimos de buena fe, adecuación y representatividad discutidos anteriormente. En los casos en los que esos mecanismos no existan formalmente, deberán adoptarse provisionalmente mecanismos transitorios o ad hoc con miras al ejercicio efectivo de la consulta indígena” (al párr. 37). Además, Relator Especial manifestó que el “carácter adecuado o no de la consulta a los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas, no responde a una fórmula unívoca, sino que depende en gran medida del ámbito o alcance de la medida específica que es objeto de consulta y de la finalidad de la misma”. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párr. 28.

69 Cfr. Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, de 1989, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), GB.283/17/1 (2001), párr. 109. Del mismo modo, el Relator de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas manifestó que “[a] la luz de estos criterios mínimos de representatividad, podría señalarse que éstos: i) dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas; ii) deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; iii) debe incluir distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos; y iv) conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género”. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párr. 31.

70 Cfr. 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 (N° 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 79. Véase asimismo Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párr. 33. Asimismo, “se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales... si estos no se tienen en cuenta, será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación”.

71 La Corte de Constitucionalidad de Guatemala observó que la consulta previa implica que debe ser “acorde a las características propias de cada nación, una dinámica de información, participación y diálogo con miembros de sus comunidades dotados de auténtica representatividad, dirigida a la consecución de acuerdos sobre las medidas que se proyecta realizar” (21 de diciembre de 2009, Apelación de sentencia de Amparo, Expte. 3878-2007, V.). La Corte Constitucional de Colombia dispuso que “la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales [...] se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social” y que de ese modo “la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados”, [...] sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades” (Sentencia SU-039/97). Véase asimismo, Corte Constitucional del Ecuador, Caso de la Organización de Nacionalidades Huaorani, CONAIE Vs AGIP OIL ECUADOR B.V. (0054-2003-RA), Sentencia de 3 de julio de 2003 y Sentencia No 001-10-SIN-CC, Casos No 0008-09-IN Y 0011-09-IN, Sentencia de 18 de marzo del 2010, página 53: “Los parámetros específicos desarrollados por la OIT que deberían tomarse en cuenta son: a. El carácter flexible del procedimiento de consulta de acuerdo con el derecho interno de cada Estado y las tradiciones, usos y costumbres de los pueblos consultados [...] d. El reconocimiento de que la consulta no se agota con la mera información o difusión pública de la medida, de acuerdo con las recomendaciones de la OIT, la consulta debe ser un proceso sistemático de negociación que implique un genuino dialogo con los representantes legítimos de las partes, [...] i. El respeto a la estructura social y a los sistemas de Autoridad y Representación de los

de llevar a cabo una consulta adecuada⁷².

IV. Estudios de impacto ambiental

Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades o desarrollo previstos puedan tener sobre estos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas (art. 7.3 del Convenio 169 de la OIT).

La realización de dichos estudios constituye una de las salvaguardias para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo.

El Estado debe garantizar que ninguna concesión sea emitida hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen el estudio previo de impacto social y ambiental.

Los estudios de impacto ambiental sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo no es solo tener una medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas,

pueblos consultados. El procedimiento de consulta debe respetar siempre los procesos internos así como los usos y costumbres para la toma de decisiones de los diferentes pueblos consultados [...].”

72 Cfr. Ley de Consulta previa de 6 septiembre de 2011 de Perú: Artículo 4.2: “Interculturalidad. El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas”; Artículo 4.4: “Flexibilidad. La consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar, así como tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados”, Artículo 4.5: “El proceso de consulta se lleva a cabo considerando plazos razonables que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta”; la Constitución Política de Bolivia de 2009, artículo 304: “Las autonomías indígena originario campesinas podrán ejercer las siguientes competencias exclusivas [...] 21: Participar, desarrollar y ejecutar los mecanismos de consulta previa, libre e informada relativos a la aplicación de medidas legislativas, ejecutivas y administrativas que los afecten”. Véase asimismo Ecuador: Ley de participación ciudadana, Registro oficial No 175 (suplemento), 20 de abril de 2010, artículo 81, y Ley de Minería, registro oficial suplemento 517.29 de enero de 2009, artículo 90: “Los procesos de participación ciudadana o consulta deberán considerar un procedimiento especial obligatorio a las comunidades, pueblos y nacionalidades, partiendo del principio de legitimidad y representatividad, a través de sus instituciones para aquellos casos en que la exploración por la explotación minera se lleve a cabo en sus tierras y territorios ancestrales y cuando dichas labores puedan afectar sus intereses”. Del mismo modo, Colombia: Constitución Política, “Parágrafo: [...] En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”. En ese mismo sentido, en Venezuela, la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de 8 de diciembre de 2005, dispone en su artículo 13 que “[t]oda actividad o proyecto que se pretenda desarrollar o ejecutar dentro del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas deberá presentarse mediante un proyecto a los Pueblos o comunidades indígenas involucrados, para que reunidos en asamblea decidan en qué medida sus intereses puedan ser perjudicados y los mecanismos necesarios que deben adoptarse para garantizar su protección. La decisión se tomará conforme a sus usos y costumbres [...]”. En Nicaragua, la ley 445 de 23 de enero de 2003 establece en su artículo 3 que “[...] Consulta [es] la expresión y entrega de la información técnica de la operación o el proyecto seguido del proceso de discusión y decisión sobre los mismos; durante los cuales las comunidades deberán contar con traductores los que traducirán en sus lenguas todo lo dicho durante este proceso y estar asistidas por técnicos en la materia [...]”.

sino asegurar también que los pueblos indígenas tengan conocimientos de los posibles riesgos, incluyendo los riesgos ambientales y de salubridad, para que puedan evaluar si aceptan o no el plan de desarrollo o inversión propuesto, con conocimiento y de forma voluntaria.

Además la Corte ha establecido que los estudios de impacto ambiental deben realizarse conforme estándares internacionales y buenas prácticas al respecto; respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas; y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de sus objetivos es que dichos estudios garanticen el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio.

El estudio de impacto ambiental debiera tratar el impacto acumulado que han provocado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos.

204. En relación con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto ambiental, el artículo 7.3 del Convenio N° 169 de la OIT dispone que “[I]os gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”.

205. La realización de tales estudios constituye una de las salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo (*supra* párr.157). En ese sentido, el Tribunal ha establecido que el Estado debía garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental⁷³. Además la Corte determinó que los Estudios de Impacto Ambiental “sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de [los mismos] no es [únicamente] tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también [...] asegurar que los miembros del pueblo [...] tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad”, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, “con conocimiento y de forma voluntaria”⁷⁴.

⁷³ Cfr., *mutatis mutandi*, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 130.

⁷⁴ Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Interpretación de la Sentencia, párr. 40.

206. Por otro lado, la Corte ha establecido que los Estudios de Impacto Ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto⁷⁵; respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas; y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio⁷⁶. Por lo tanto, la obligación del Estado de supervisar los Estudios de Impacto Ambiental coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones. Además, el Tribunal agregó que uno de los puntos sobre el cual debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos⁷⁷.

207. En el presente caso, la Corte observa que el plan de impacto ambiental: a) fue realizado sin la participación del Pueblo Sarayaku; b) fue realizado por una entidad privada subcontratada por la empresa petrolera, sin que conste que el mismo fue sometido a un control estricto posterior por parte de órganos estatales de fiscalización, y c) no tomó en cuenta la incidencia social, espiritual y cultural que las actividades de desarrollo previstas podían tener sobre el Pueblo Sarayaku. Por tanto, el Tribunal concluye que el plan de impacto ambiental no se llevó a cabo de conformidad con lo dispuesto en su jurisprudencia ni con los estándares internacionales en la materia.

V. La consulta debe ser informada

Que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuestos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad.

La consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes.

208. Según fue señalado, la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes. La jurisprudencia de tribunales

⁷⁵ Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Interpretación de la Sentencia, nota al pie número 23.

⁷⁶ Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Interpretación de la Sentencia, párr. 41.

⁷⁷ Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Interpretación de la Sentencia, párr. 41.

nacionales⁷⁸ y la legislación interna⁷⁹ se han referido a este elemento de la consulta.

7. Derecho a la consulta y a la propiedad comunal en relación con el derecho a la identidad cultural

El goce y ejercicio efectivos del derecho a la propiedad comunal sobre la tierra, garantiza que sus miembros conserven su patrimonio. Por eso el desconocimiento que los Estados puedan hacer de los territorios indígenas, afecta otros derechos básicos como la identidad cultural y su supervivencia.

Los Estados deben respetar esa especial relación para garantizar su supervivencia social, cultural y económica.

Asimismo se ha reconocido la estrecha vinculación del territorio con las tradiciones, costumbres, lenguas, artes, rituales, conocimientos y otros aspectos de identidad. Así en función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, recreado constantemente por sus miembros.

⁷⁸ La Corte Constitucional de Colombia señaló que la consulta previa debe estar encaminada a que “la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución”, a que “sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares” y a “[q]ue se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo” (Sentencia SU-039/97). Véase asimismo, sentencia C-030/08. Véase también, Corte Constitucional del Ecuador señaló al respecto que Corte Constitucional del Ecuador, Caso Intag (459-2003-RA), Caso Nangaritza (0334-2003-RA) y Caso Yuma (0544-06-RA).

⁷⁹ Perú: Ley del derecho a la Consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocidos en el Convenio No. 169 de la OIT, artículo 4.f: “Ausencia de coacción o condicionamiento. La participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno”; Artículo 4.7: “Información oportuna. Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación”. Bolivia: Decreto Supremo No. 29033, 16 de febrero de 2007: “El proceso de consulta y participación deberá enmarcarse en este principio de veracidad en concordancia con las normas legales vigentes, especialmente en las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT, que establecen que la consulta debe realizarse de buena fe y por tanto, toda la información que sean parte y resultado del proceso de consulta y participación deberán ajustarse a la verdad”. Ecuador: Ley Gestión Ambiental, Registro oficial suplemento 418 10 de septiembre de 2004, artículo 29: “Toda persona natural o jurídica tiene derecho a ser informada oportuna y suficientemente sobre cualquier actividad de las instituciones del Estado que conforme al Reglamento de esta Ley, pueda producir impactos ambientales”. En ese mismo sentido, en Venezuela, la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de 8 de diciembre de 2005 dispone en su artículo 14 que “[l]os proyectos serán presentados con no menos de noventa días de anticipación a su consideración por parte de los pueblos y comunidades indígenas respectivos, reunidos en asamblea. Éstos deberán contener toda la información necesaria sobre la naturaleza, objetivos y alcance de los mismos, así como los beneficios que percibirán los pueblos y comunidades indígenas involucrados y los posibles daños ambientales, sociales, culturales o de cualquier índole y sus condiciones de reparación, a los fines de que puedan ser evaluados y analizados previamente por el pueblo o la comunidad respectiva [...]”. Asimismo, véase el artículo 3 de la ley 445 de 23 de enero de 2003 de Nicaragua. Véase del mismo modo, Colombia, Decreto 1397 de 1996, artículos 8 y 16.

212. En relación con lo anterior, la Corte ha reconocido que “[a] desconocerse el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría[n] estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”⁸⁰. Puesto que el goce y ejercicio efectivos del derecho a la propiedad comunal sobre “la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio”⁸¹, los Estados deben respetar esa especial relación para garantizar su supervivencia social, cultural y económica⁸². Asimismo, se ha reconocido la estrecha vinculación del territorio con las tradiciones, costumbres, lenguas, artes, rituales, conocimientos y otros aspectos de la identidad de los pueblos indígenas, señalando que “[e]n función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas”⁸³.

[...]

217. La Corte considera que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática⁸⁴. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización. En el mismo sentido, el Convenio N° 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los Pueblos indígenas a “asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”⁸⁵.

[...]

80 Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 147. Véase asimismo, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. A/HRC/6/15, de 15 de noviembre de 2007, párr. 43.

81 Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 146

82 Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 91.

83 Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 154.

84 La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, ampliamente aceptada al haber sido adoptada en el órgano respectivo con la firma de 143 Estados (incluido Ecuador), contempla el derecho de estos Pueblos a determinar libremente su condición política, a perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural, a participar en la adopción de las decisiones que les afecten, y a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado (Artículos 3, 4, 5, 18, 19, 20, 23, 32, 33 y 34). En el caso particular del Ecuador, ese reconocimiento es tan claro que hoy en día su propia Constitución de 2008 reconoce el derecho a la autodeterminación de diversas formas, entre otras, al declarar que las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen derecho a “mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social, por el cual la Constitución garantiza el respeto y la promoción de las costumbres e identidad de los pueblos indígenas en todos los órdenes de la vida” y, en el caso de los “pueblos en aislamiento voluntario”, el Estado “deberá adoptar medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos”.

85 Convenio N° 169 de la OIT. Considerando quinto.

219. Dada la importancia que tienen los sitios de valor simbólico para la identidad cultural del Pueblo Sarayaku y su cosmovisión, como sujeto colectivo, varios de los testimonios y peritajes producidos durante el proceso indican el fuerte lazo que existen entre los elementos de la naturaleza y de la cultura, por un lado, y las dimensiones del ser de cada integrante del Pueblo, por otro. Lo anterior denota también las profundas afectaciones a las relaciones sociales y espirituales que los integrantes de la comunidad pueden tener con los diferentes elementos de la naturaleza que los rodea cuando son destruidos o menoscabados.

220. La Corte considera que la falta de consulta al Pueblo Sarayaku afectó su identidad cultural, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implica una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos.

[...] Conclusión

231. En anteriores oportunidades, en casos relativos a comunidades o pueblos indígenas y tribales el Tribunal ha declarado violaciones en perjuicio de los integrantes o miembros de las comunidades y pueblos indígenas o tribales⁸⁶. Sin embargo, la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros⁸⁷. Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva, la Corte señala que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la presente Sentencia deben entenderse desde dicha perspectiva colectiva.

⁸⁶ Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua; Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas; Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay; Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, y Caso Xkamok Kasek Vs. Paraguay.

⁸⁷ Así, por ejemplo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 establece, en su artículo 1, que: “Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos”. El artículo 3.1 del Convenio No. 169 de la OIT dispone que: “Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos”. En igual sentido, el Comité del PIDESC, en su Observación General No. 17 de noviembre de 2005, señaló expresamente que el derecho a beneficiarse de los intereses morales y materiales que correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas también asiste a los pueblos indígenas en su calidad de sujetos colectivos y no únicamente a sus miembros como sujetos individuales de derechos (párrs. 7, 8 y 32). Posteriormente, en su Observación General No. 21 de 2009 el Comité interpretó que la expresión “toda persona” contenida en el artículo 15.1.a) del Pacto “se refiere tanto al sujeto individual como al sujeto colectivo. En otras palabras, una persona puede ejercer los derechos culturales: a) individualmente; b) en asociación con otras; o c) dentro de una comunidad o un grupo” (párr.8). Además, otros instrumentos de protección regional como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1986 han establecido la protección especial de ciertos derechos de los pueblos tribales en función del ejercicio de derechos colectivos. Ver, inter alia, los artículos de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: artículo 20 que protege el derecho a la existencia y autodeterminación de los pueblos; artículo 21 que protege el derecho sobre los recursos naturales y la propiedad sobre sus tierras, artículo 22 que garantiza el derecho al desarrollo.

El Estado, al no consultar al Pueblo Sarayaku sobre la ejecución del proyecto que impactaría directamente en su territorio, incumplió sus obligaciones, conforme a los principios del derecho internacional y su propio derecho interno, de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que Sarayaku participara a través de sus propias instituciones y mecanismos y de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que incidían o podían incidir en su territorio, vida e identidad cultural y social, afectando sus derechos a la propiedad comunal y a la identidad cultural. En consecuencia, la Corte considera que el Estado es responsable por la violación del derecho a la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku, reconocido en el artículo 21 de la Convención, en relación con el derecho a la identidad cultural, en los términos de los artículos 1.1 y 2 de aquel tratado.

PUNTOS RESOLUTIVOS

Por tanto,

LA CORTE

DECLARA:

Por unanimidad, que:

1. Dado el amplio reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado, que la Corte ha valorado positivamente, la excepción preliminar interpuesta carece de objeto y no corresponde analizarla, en los términos del párrafo 30 de la presente Sentencia.
2. El Estado es responsable por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 145 a 227, 231 y 232 de la presente Sentencia.
3. El Estado es responsable por haber puesto gravemente en riesgo los derechos a la vida e integridad personal, reconocidos en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana, en relación con la obligación de garantizar el derecho a la propiedad comunal, en los términos de los artículos 1.1 y 21 del mismo tratado, en perjuicio de los miembros del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 244 a 249 y 265 a 271 de la presente Sentencia.
4. El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 272 a 278 de la presente Sentencia.
5. No corresponde analizar los hechos del presente caso a la luz de los artículos 7, 13, 22, 23 y 26 de la Convención Americana, ni del artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, por las razones señaladas en los párrafos 228 a 230 y 252 a 254 de esta Sentencia.

Y DISPONE:

Por unanimidad, que:

1. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.
2. El Estado debe neutralizar, desactivar y, en su caso, retirar la pentolita en superficie y enterrada en el territorio del Pueblo Sarayaku, con base en un proceso de consulta con el Pueblo, en los plazos y de conformidad con los medios y modalidades señalados en los párrafos 293 a 295 de esta Sentencia.
3. El Estado debe consultar al Pueblo Sarayaku de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia, en el eventual caso que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto de extracción

de recursos naturales en su territorio, o plan de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones a su territorio, en los términos de los párrafos 299 y 300 de esta Sentencia.

4. El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades, en los términos del párrafo 301 de esta Sentencia.
5. El Estado debe implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos obligatorios que contemplen módulos sobre los estándares nacionales e internacionales en derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas, dirigidos a funcionarios militares, policiales y judiciales, así como a otros cuyas funciones involucren relacionamiento con pueblos indígenas, en los términos del párrafo 302 de esta Sentencia.
6. El Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso, de conformidad con lo establecido en el párrafo 305 de la presente Sentencia.
7. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en los párrafos 307 y 308 de la presente Sentencia.
8. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 317, 323 y 331 de la presente Sentencia, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos de los referidos párrafos y de los párrafos 335 a 339 de la presente Sentencia, así como reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas la cantidad establecida en el párrafo 334 de la misma.
9. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma, sin perjuicio de lo dispuesto en el punto dispositivo segundo, en relación con los párrafos 293 a 295, de la presente Sentencia.
10. Las medidas provisionales ordenadas en el presente caso han quedado sin efecto, en los términos del párrafo 340 de la Sentencia.
11. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el 27 de junio de 2012.

Tabla de ratificaciones del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales

PAISES SIGNATARIOS	RATIFICACION	ESTATUS
Antigua y Barbuda	-	-
Argentina	3/7/2000	En vigor
Bahamas	-	-
Barbados	-	-
Belice	-	-
Bolivia	11/12/91	En vigor
Brasil	25/7/2002	En vigor
Chile	15/9/2008	En vigor
Colombia	7/8/1991	En vigor
Costa Rica	2/4/1993	En vigor
Dominica	25/6/2002	En vigor
Ecuador	15/5/1998	En vigor
El Salvador	-	-
Granada	-	-
Guatemala	5/6/1996	En vigor
Guyana	-	-
Haití	-	-
Honduras	28/3/1995	En vigor
Jamaica	-	-
México	5/9/1990	En vigor
Nicaragua	25/8/2010	En vigor
Panamá	-	-
Paraguay	10/8/1993	En vigor
Perú	2/2/1994	En vigor
Republica Dominicana	-	-
Saint Kitts & Nevis	-	-
Santa Lucía	-	-
San Vicente y las Granadinas	-	-
Suriname	-	-
Trinidad y Tobago	-	-
Uruguay	-	-
Venezuela	22/5/2002	En vigor

Elaboración del IIDH, con la colaboración de Emanuel Montero, con base en las tablas de ratificaciones de la OIT, en <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11001:0::NO::>

Bibliografía citada

- Anaya, James. **La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica, [en línea]**. Ginebra, Naciones Unidas, 2011, [citado 14/3/2016], formato pdf. Disponible en internet: <http://unsr.jamesanaya.org/special-reports/la-situacion-de-los-pueblos-indigenas-afectados-por-el-proyecto-hidroelectrico-el-diquis-en-costa-rica-2011>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Informe No. 71/03. Petición 12 191. Solución amistosa. María Mamérita Mestanza Chávez. Perú, [en línea]**. Washington, D.C., CIDH, 10 de octubre de 2003, [citado 17/3/2016], formato pdf. Disponible en internet: <https://www.cidh.oas.org/women/Peru.12191sp.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Situación de los derechos humanos en México, [en línea]**. CIDH, Washington, D.C., 2015, [citado 14/3/2016], formato pdf. Disponible en internet: www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf
- Confederación Nacional de Mujeres Indígenas de Bolivia ; Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu ; Confederación Nacional de Pueblos Indígenas de Bolivia. **Informe sombra de las mujeres de naciones y pueblos indígenas de Bolivia presentado al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer 61 período de sesiones, [en línea]**. La Paz, CNAMIB ; CONAMAQ ; CIDOB [citado 16/3/2016], formato pdf. Disponible en internet: http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/BOL/INT_CEDAW_NGO_BOL_20845_S.pdf
- Corte IDH. **Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, reparaciones y costas), [en línea]**. San José, Corte IDH, 2010, [citado 16/3/2016], formato pdf. Disponible en internet: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf
- Corte IDH. **Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014 (fondo, reparaciones y costas), [en línea]**. San José, Corte IDH, 2014, [citado 17/3/2016], formato pdf. Disponible en internet: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf
- Mackay, Fergus ; Morales, Alancay. **Violaciones de los derechos territoriales de los pueblos indígenas: El ejemplo de Costa Rica, [en línea]**. Londres, Forest Peoples Programme, 2014, [citado 14/3/2015], formato pdf. Disponible

en internet: <http://www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2014/02/violationsterritorialrightscostaricaspanishfeb2014.pdf>

Unidad Coordinadora Pueblos Indígenas en América Latina y el Caribe. **Pueblos indígenas en Honduras, [en línea]**. [S.l.], KIVLAK/GIZ, 2010, [citado 14/3/2015], formato pdf. Disponible en internet: <https://www.giz.de/fachexpertise/downloads/giz2010-es-laenderpapier-honduras.pdf>

Instrumentos internacionales

Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>

Corte Interamericana de Derechos Humanos

<http://corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>

Legislación

Panamá. **Ley 16 del 19 de febrero de 1953, publicada en la Gaceta Oficial N° 12042 de 7 de abril de 1953. “Por la cual se organiza la Comarca de San Blas”, [en línea]**. Panamá, 1953, [citado 14/3/2016], formato pdf. Disponible en internet: <http://gunayala.org.pa/ley%2016.htm>

Perú. Congreso de la República. **Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, [en línea]**. *En*: El Peruano. Lima, El Congreso, 7 de septiembre de 2011, [citado 14/3/2016], formato pdf. Disponible en internet:

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/277ED2C085B6361805257A5C00725796/\\$FILE/29785.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/277ED2C085B6361805257A5C00725796/$FILE/29785.pdf)

Perú. **Reglamento de la Ley 29785 Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, [en línea].** Lima, [s.f.], [citado 14/3/2015], formato pdf. Disponible en internet: <http://faolex.fao.org/docs/pdf/per128122.pdf>

Consulta y Participación de los Pueblos Indígenas

Aula Interamericana IIDH
19 y 20 de agosto 2015

Lista de participantes

Nombre	País	Organización	Teléfono	Correo electrónico
Andres Fuentes	Costa Rica	D.P	83112812	afuentesg@poder-judicial.go.cr
Carlos Eduardo Cruz Melendez				carlos.cruz.melendez@una.cr
Christy Vargas	Costa Rica	Defensa Pública	27858105	cvargas@poder-judicial.go.cr
Cynthia Abarca Gómez	Costa Rica	Tribunal Contencioso Administrativo	83630378	cabarcag@poder-judicial.go.cr
Damaris Vasquez	Costa Rica	Jueza		dvargas@poder-judicial.go.cr
Enrique Hernandez Alvarado	Costa Rica	Defensa Publica	2751-01-43//8844-16-99	ehernandezalv@poder-judicial.go.cr
Guillermo Elizondo Ortiz	Costa Rica	líder del Centro Cultural Bribripa, Salitre	89-40-15-81	bribrika@hotmail.com
Isabel Rivera,	Costa Rica	Asociación Mano de Tigre, Térraba	8979 5718	Isabel.rivera17@gmail.com
Jean Carlos Cespedes	Costa Rica	Juez Agrario	83109177	cespedesmora@gmail.com
Jesús A. Quiris	Costa Rica	Defensa Publica		jquiros@gmail.com
Jorge Lesa	Costa Rica	Tribunal Contenciosos		jorgeelp@hotmail.com
Jose Paulius Hernandez	Costa Rica	Poder Judicial		jpaulhg@gmail.com
José Ramirez	Costa Rica	Defensa Publica		
Joselyn Pizarro Picado	Costa Rica	Defensa Publica		jpizarro@poder-judicial.go.cr
Justa Romero	Costa Rica	Lideresa de Talamanca	8550-7628 8382-5974	justalamanca@gmail.com
Karina Rodriguez M.	Costa Rica	Sub. Poder Judicial	6135-0786	karo0707@gmail.com
L. Douglas	Costa Rica	Defensa Pública	8840-2029	ldouglas@poder-judicial.go.cr
Laddy Gonzalez Salazar	Costa Rica	Defensa Pública	88266340	lagosalazar08@gmail.com
Lidia Ruíz	Costa Rica	Foro de Mujeres, Abrojo Montezuma	8730-1289	carolinamqc@gmail.com
Ligia Jimenez	Costa Rica	Defensa Pública	83178282	
Lilliam Brenes Vargas	Costa Rica	Depto. Trabajo Social y Psicología	8840-9610	lbrenesva@poder-judicial.go.cr
Luisa Bejarano	Costa Rica		8539-1125	
Manuel Rojas Lopez	Costa Rica	Tribunal	87059244	FISCALIA6@HOTMAIL.COM
Maria Eugenia Calderon	Costa Rica	Poder Judicial	27850340	mcalderona@poder-judicial.go.cr
Maricela Fernández	Costa Rica	Asociación de Desarrollo (ADI) de Talamanca		aditica@hotmail.com

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Mario Serrano Zamora	Costa Rica	D.P.	8856461	mserranoz@poder-judicial.go.cr
Maureen Castillo V.	Costa Rica	Defensa Publica	1-682-472	mcastillov@poderjudicial.go.cr
Mauricio Pereira Quiros	Costa Rica	Defensa Pública	85160172	mpereiraq@yahoo.com
Michel Cornejo	Costa Rica	D.P	89974097	macd23@gmail.com
Mónica González	Costa Rica	Federación de Estudiantes, Boruca	8614-5580	mgonces@gmail.com
Natalia Araya Alpizar	Costa Rica	Defensa Publica	8309-0033	natyaraya13@hotmail.com
Pablo Sibar	Costa Rica	Dirigente, Térraba	8329-0842	psibar@gmail.com
Rafael Delgado Zuñiga	Costa Rica	Asociación de Desarrollo (ADI) Cabagra	8770-8420	adicabagra@gmail.com
Roxana M. Fonseca	Costa Rica	Depto. Trabajo Social y Psicología	2953722	rmesenf@poder-judicial.go.cr
Rubilia Stuart Leiva	Costa Rica	Foro de Mujeres Indígenas, Keköldi	8732-7166	adikekoldi@gmail.com
Victor Reyes	Costa Rica	Poder Judicial	88559862	vicreyesbri@gmail.com
Virgilio Santos	Costa Rica		8367-6226	santovirgilio395@gmail.com
Yendry Brenes Vega	Costa Rica	Poder Judicial	88765717	ybrenesv@hotmail.com
Fidel Flores	El Salvador		79789198	
Lucrecia Molina	Guatemala	IIDH	22340404	lmolina@iidh.ed.cr
Pedro Ixcchiu	Guatemala	Organismo Judicial	5741-4733	pedroixchiu@hotmail.comlmolina@iidh.ed.cr
Mick Middledorp	Holanda	IIDH		
Félix Omar Valentín	Honduras	OFRANIEH	33359327	OFRANIEH@yahoo.com
Altagracia Martínez	México	Universidad Nacional de Costa Rica	5554983931	altragraciamartinez@yahoo.com.mx
María dela Flor Gómez Cruz	México	Universidad Nacional de Costa Rica	72431079	gomezcmf@hotmail.com
Matha Figueroa Mier	México	COLEM	529671191487	marthafigueroamier@yahoo.com.mx
Becky McCray	Nicaragua	Territorio indígena Kriol	82026667	beckymccray6@gmail.com
Dolene Miller	Nicaragua	Gobierno Comunal Kriol	84983156	dolenemiller@yahoo.com
Sonia Henriquez	Panamá	CONAMUIP	507 68767165	sgernado@gmail.com

Consulta y Participación de los Pueblos Indígenas

Aula Interamericana IIDH

14 y 15 de setiembre

Lista de participantes

Nombre	País	Organización	Teléfono	Correo electrónico
Celso Padilla	Bolivia	CCNAGUA	69180444	celsopadillaon@yahoo.com
Edwin Prada V.	Bolivia	Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ)	5173573331	edwincito810@gmail.com
Miriam Pariamo	Bolivia	CHILAP, CNMIB, CIOB	67840418	miriampariamo@hotmail.com
Nelly Romero L. (lideresa guaraní)	Bolivia	CIOB-COICA	73980975	nellyromero80@hotmail.com
Aura B. T.	Colombia	ASOUWA	320842789	subaukara115@yahoo.com
Alcides Musse Mumucue	Colombia	ERIC-ONIC	3207508068	nasamusse@gmail.com
Efren Arevalo	Ecuador	Confederación de Pueblos de la Nacionalidad Kichwa del Ecuador (ECUARUNARI)	981892008/(593-2) 2580700	efarevalo71@gmail.com// agenciaplurinacional@ yahoo.com Secretariaecuarunari@gmail. com WEB: http://www.ecuarunari.org/ ecuachaski@gmail.com
Ernesto Jami	Ecuador	CONQIE	983030341	ernestoj1105@hotmail.com
Pedro Fernandez	Ecuador	ECUASUNARI	968540612	fernandezjp12@hotmail.com
Rosa Rochina Bayoes	Ecuador	FEUARUNARI	992140633	leomami66@yahoo.es
Magdiel Carrion P.	Perú	Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería (CONACAMI)	9690(051)56519/ +51 1 7175505/ 51-969056520	magdiel.carrion@gmail.com
Antolín Huascar	Perú	Confederación Nacional Agraria (CNA)	0051 1 428-3805	ahuascar@cna.org.pe , cna@cna.org.pe
Caetano Perez, Cacique general	Perú	Organización Kuyujani	0424-9058265	kuyujani2010@gmail.com
Gladis Vila Pihue	Perú	Organización Nacional de Mujeres Indígenas del Perú (ONAMIAP)	0051-1 4335714	Onamiap@gmail.com, prensaonamiap@gmail.com, retamawayta@gmail.com
Henderson Rengifo	Perú	Asociación Interétnica de la Selva Peruana (AIDSESP)	Institucional: 0051 2655011	aidesep@aidesep.net.pe
Jorge Agurto	Perú	SERVINDI	991899962	servindi@gmail.com secretariaservindi@gmail. com jorgeagurto@gmail.com
Jorge Prado	Perú	Confederación Campesina del Perú (CCP)	51-992422811 o 51-975597005	jradosccp@gmail.com
Juan Vilela	Perú	Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería (CONACAMI)	985939818	JUANVILELAC@HOTMAIL.COM

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Lourdes Huanca	Perú	Federación de Mujeres Campesinas, Artesanas, Indígenas, Nativas y Asalariadas del Perú (FEMUCARINAP)	Teléfono: 0051 1 4241611	info@femucarinap.org / femucarinap@yahoo.es
Maria Lohman	Perú	Somos Sur		maria@somosur.net
María Pía Molero Mesia	Perú			mariapiamolero@gmail.com
Oseas Barbarán, directivo mayor	Perú	Confederación de Nacionalidades Amazónicas (CONAP)	+51 (1) 261 4579	Conap@conap.org.pe
Ruth Buendía Mestoquiari		CARE – Central Asháninka del Rio Ene	53 064 545670	ashaninkarioene@yahoo.es
Wilder Sanchez	Perú	Confederación	983671576	ronderobcd@yahoo.es
Wilder Vilca	Perú		999008456	WILDER.VILCA@GMAIL.COM
Yenni Ugarte Zubileta (Secretario)	Perú	Confederación Campesina del Perú (CCP)	0051 1 425 – 1655	ccp@speedy.com.pe
			Central: 0051 1 471-7118	Comunicación e incidencia: comunicaciones@aidesep.org.pe
Lourdes Huanca	Perú			lourdeshuanca@yahoo.es
Juan Noguera	Venezuela	ASOVILUZ	0058-248-5210576	juannoguera@yahoo.com
Noeli Pocaterra	Venezuela	Consejo Nacional Indio de Venezuela (CONIVE). Corroborar continuidad de la organización.	0058 4166146690	noeli_pueblosindigenas@yahoo.com noeli@noelipocaterra.org
Virgilio Sarmiento	Venezuela	ASOVILUZ	0426-9572825	virgilioyekwamacacuri3@gmail.com

IIDH

Consulta y Participación de los Pueblos Indígenas

Nombre	País	Organización	Teléfono	Correo electrónico
Rafael Justo	Argentina	Confederación de Comunidades Mapuche de Neuquen		confederacionmapuce@yahoo.com.ar
NADIA BATISTA DA SILVA - AKAUÁ TUPINAMBÁ	Brasil	TERRITÓRIO INDÍGENA TUPINAMBÁ DE OLIVENÇA	73-91958711	nadiakauatupinamba@gmail.com
RAMON SOUZA SANTOS	Brasil	TERRITÓRIO INDÍGENA TUPINAMBÁ DE OLIVENÇA	013485855-79	
Diva Millapan	Chile			
Juan Valeria Quilapan	Chile			
Sandra Huentemilla	Chile			
Elma Ramos Paria	Paraguay			
Alba A. Duarte del Portillo	Paraguay			
Alma Franco	Paraguay			
Andres Ozuna	Paraguay			
Andres Ramirez	Paraguay			
Angel Maximo Vera Portillo	Paraguay, Colonia Fortuna			
Angel Vera Sales	Paraguay, Colonia Fortuna			
Blancalita Martinez	Paraguay	Defensora Publica Villattayes		
Cristino Sosa	Paraguay			
Cristobal Ortiz	Paraguay			
Joaquin Bogarin	Paraguay			
Luz	Paraguay			
Luz Molina	Paraguay			
Ma. Betania Lichi	Paraguay			
Margarita Mbywangy	Paraguay, Colonia Kuatuy			
Maria Jacinta Pereira	Paraguay			
Maria Luisa Duarte	Paraguay			

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Mariela Cantuman	Paraguay, ASU			
Nelson Romero	Paraguay	Defensor de San Lorenzo		
Nilda C. Recalde	Paraguay	Defensora Villarrica		
Oscar R. C	Paraguay	Defensor Concepción		
Rafael Dominguez	Paraguay			
Rosmy Caceres	Paraguay			
Rut D.Contreras Martinez	Paraguay			
Sara Alezcano Torres	Paraguay			
Taguide Picanesai	Paraguay (Comunidad Chaidi)			
Teodolina Romero	Paraguay			