



FACULTAD DE DERECHO

**LA RESPUESTA DEL DERECHO
INTERNACIONAL PÚBLICO AL
DERECHO DE LOS PUEBLOS
INDÍGENAS AL MEDIO AMBIENTE**

El derecho a la consulta previa de los pueblos
indígenas en Sudamérica

Autor: Ángela Delgado Ruiz
5º, E-1 Internacional
Derecho Internacional Público

Tutor: Irene Claro Quintans

Mayo 2017

Resumen

El 6% de la población en América Latina es de población indígena, lo que muestra una gran representación indígena en esta zona del mundo. Recientemente el derecho internacional público ha desarrollado una gran normativa para proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas y la comunidad internacional cada vez muestra un mayor interés hacia estos colectivos.

El derecho a la consulta previa, libre e informada es un derecho esencial para garantizar la efectiva salvaguarda de sus derechos humanos y en especial la supervivencia de sus tierras sagradas y su cultura, que se ve continuamente amenazada por las explotaciones y actividades extractivas de sus tierras en manos de grandes corporaciones. Muchos de los casos de violación del derecho de consulta ha sido favorecido por la actuación del Estado, permitiendo actividades que tienen riesgo de poner en peligro a los pueblos indígenas, sin el previo procedimiento de consulta, libre e informado que se encuentra establecido en un gran número de declaraciones y convenciones internacionales.

En diversas ocasiones se ha forzado el traslado de los pueblos indígenas y han ocasionado un daño irreparable a las tierras.

En este trabajo se estudiará el alcance normativo regional e internacional, jurisprudencia aplicable, problemática y soluciones al derecho de consulta.

Palabras clave

Derechos Humanos, Derecho Internacional Público, Pueblos Indígenas, Derecho a la Consulta Previa

Abstract

Indigenous People represent a 6 % of the population in Latin America, which proves a high representation of indigenous people in this area of the world. Recently International Public Law has developed a strong legislative foundation to protect the Indigenous Peoples Human Rights and the international community has shown a greater interest to protect the rights of this groups.

The right to prior, free and informed consultation is an essential right for an effective safeguard to ensure the Indigenous Peoples Human Rights and in particular their land

and cultural survival, which are continually threatened by the exploitation and extractive activities of their land by corporations. In many of cases this activities are allowed by the States, who do not guarantee and control the obligation of a prior, free and informed consultation, and do not comply with the international conventions and agreements which they are part of. There are certain cases where Indigenous People have been forcibly relocated and irreparable damage has been caused to their lands, and the consequences have proved to be disastrous.

In this dissertation, we will examine the national and international legislative reach, relevant case law and the problems and solutions of the right of consultation.

Key words

Human Rights, International Public Law, Indigenous Peoples, Right of Prior Consultation

ANEXO III

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DEL TFG

Nombre y apellidos del alumno:

Ángela Delgado Ruiz

Curso y Especialidad: 5º E1 Internacional

Declaro, bajo mi responsabilidad, que el Trabajo de Fin de Grado presentado con el título LA RESPUESTA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO AL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS AL MEDIO AMBIENTE-El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Sudamérica

en la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas en el curso académico 2016-2017:

1º.- Es un trabajo de mi autoría, original, inédito y no ha sido presentado con anterioridad a otros efectos.

2º.- Cumple con todos los requerimientos generales anti-plagio aplicables para la elaboración de trabajos académicos en la Universidad Pontificia Comillas y se ajusta a las buenas prácticas existentes sobre el particular.

Madrid, a 16 de abril de 2017

Fdo.:



Ángela Delgado Ruiz

Índice

1. Introducción.....	7
2. Normativa internacional sobre el derecho a la consulta previa.....	8
2.1 Convenios nº 107 y 169	9
2.2 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	12
2.3 La figura del Relator Especial para las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas	14
3. Regulación regional del derecho a la consulta en América Latina.....	16
3.1 Organización de los Estados Americanos.....	17
3.2 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.....	18
3.3 La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)	19
3.3.1 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)	20
3.3.2 La Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	22
3.4 Caso de Perú	23
4. Jurisprudencia en los Estados latinoamericanos.....	27
4.1 Caso Pueblo Kichwa Sarayaku vs. Ecuador	28
5. Conflictos y desafíos de la implementación del derecho a la consulta previa	31
5.1 Problemática sobre el derecho al consentimiento previo, libre e informado.....	31
5.2 Propuesta de mejora de procedimiento	34
6. Conclusiones.....	36
7. Bibliografía.....	39

Listado de Abreviaturas

Art. - Artículo

CADH - Convención Americana de Derechos Humanos

CEACR - Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones

CIDH - Comisión Interamericana de Derechos Humanos

OEA - Organización de los Estados Americanos

OIT - Organización Internacional del Trabajo

ONU - Organización de las Naciones Unidas

1. Introducción

El tema escogido para la realización del Trabajo de Fin de Grado es el estudio del desarrollo y aplicación del derecho de consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas en América Latina.

El interés por el estudio del derecho de consulta es debido a la necesidad de protección de estos colectivos que tienen una gran presencia en América Latina donde existen más de 522 pueblos indígenas. En el censo elaborado entre 2000 y 2008 representaban 28.858.580 personas, siendo la población de América Latina 479.824.248 personas, por lo que la población indígena supone un 6,01 % de la población¹. Estas cifras demuestran la gran presencia indígena, por ello la necesidad de que exista una normativa que proteja a estos colectivos frente a las políticas y normativas que les pueda afectar negativamente. Durante los años, ha existido un gran avance y desarrollo normativo que ha permitido el reconocimiento de derechos de los pueblos, su conservación, protección y supervivencia.

El trabajo se encuentra estructurado en torno a dos bloques: un estudio normativo, tanto internacional como regional, y jurisprudencial del derecho de consulta, y un estudio de los desafíos de la aplicación del derecho de consulta y un planteamiento de posibles soluciones.

En este trabajo se ha estudiado los principales textos que establecen el derecho de consulta. Los Convenios 107 y 169 de la OIT, han establecido unas bases importantes sobre el derecho de consulta que posteriormente se han visto desarrolladas en otros textos internacionales. La Declaración de las Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas y la creación de la Figura del Relator Especial en el marco de las Naciones Unidas, pese a no ser vinculantes, han sido un gran avance para los colectivos de los pueblos indígenas y ha demostrado una gran sensibilización internacional por la protección de estos colectivos.

En América Latina, existe un gran desarrollo de los derechos humanos y en el caso de los pueblos indígenas, la creación de la Organización de los Estados Americanos y sus diferentes órganos han contribuido significativamente a la protección del derecho de

¹ Pedrol Medialdea, E. y Guzman Rodriguez, E. « UNICEF presenta el Atlas sociolingüístico de pueblos indígenas en América Latina » ?» UNICEF, 2 de marzo de 2011 (disponible en <https://old.unicef.es/sala-prensa/unicef-presenta-el-atlas-sociolingueistico-de-pueblos-indigenas-en-america-latina>, última consulta 11/04/2011)

consulta. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y su jurisprudencia ha establecido grandes precedentes para el derecho de consulta que se estudiarán en el trabajo.

Por último se expondrán las complejidades y dificultades de la aplicación del derecho de consulta y se propondrá una serie de mejoras para una mayor efectividad y aplicabilidad del derecho de consulta.

La metodología aplicable es el análisis directo de fuentes normativas y jurisprudenciales y un análisis de fuentes informativas de diversos documentos, revistas y notas de prensa.

2. Normativa internacional sobre el derecho a la consulta previa

Durante años, el Derecho Internacional hizo caso omiso a los derechos de los pueblos indígenas. Durante la época de la colonización, los pueblos indígenas no planteaban problemas al ser considerados inferiores y diferentes, por lo que carecían de los mismos derechos. La Declaración Universal de Derechos Humanos ² reabrió el debate sobre la igualdad de los seres humanos, y por ellos los pueblos indígenas ³. En la Declaración se establecen una serie de derechos humanos individuales, los pueblos indígenas son sujetos colectivos pero muchos derechos humanos individuales solo se logran hacer efectivos dentro de una colectividad ⁴.

En 1957 fue aprobado el Convenio 107 ⁵, donde se establecía la problemática segregación de los pueblos indígenas y la necesidad de reconocer unos derechos mínimos que deberían ser respetados. En 1982 en el seno de las Naciones Unidas se creó un grupo de trabajo para proteger los derechos de los pueblos indígenas y así fomentar la protección de sus derechos más fundamentales. En 1989 la OIT aprobó el Convenio 169 ⁶ sobre pueblos indígenas donde se declaraba el derecho a la consulta

² Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217 A (III) de la Organización de las Naciones Unidas, París, Francia, 10 de diciembre de 1948

³Álvarez Molinero, N. «Pueblos Indígenas y derecho de autodeterminación. ¿Hacia un derecho internacional multicultural?» Cuaderno Deusto sobre Derechos Humanos, Bilbao, 2008, p.15

⁴ Amnistía Internacional « Derechos Individuales y Derechos Colectivos» (disponible en <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/dh-sujetos.html>, última consulta 31/01/2017)

⁵ Convenio nº107 sobre poblaciones indígenas y tribales, aprobado en la 40ª reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2 de junio de 1957

⁶ Convenio nº169 sobre poblaciones indígenas y tribales, aprobado en la 76ª reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 27 de junio de 1989

previa y más adelante en 2007 la Asamblea de Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas⁷.

En el marco del Derecho Internacional Público, el derecho a la consulta previa, libre e informada ha sufrido una evolución constante hasta incluirse y formar fuente relevante de organismos internacionales con alcance jurídico y en muchas ocasiones vinculante jurídicamente a los Estados. Los países de Sudamérica han desarrollado un fuerte sistema regional donde se han aprobado e implementado numerosas normativas que protege el derecho a la consulta.

Los Convenios nº 169 y posteriormente el Convenio nº107, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la figura del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas resalta el desarrollo que ha tenido la protección de los derechos humanos de estos pueblos en el derecho internacional.

2.1 Convenios nº 107 y 169

El 26 de junio 1957 se convocó en Suiza la Conferencia General de la Organización General del Trabajo, dando lugar a la aprobación del Convenio 107. En dicho Convenio, considerando la Declaración de Filadelfia⁸, donde se establecía la igualdad de todos los seres humanos, se planteaba la desprotección y la segregación que sufrían los pueblos indígenas fuera de las colectividades nacionales y la finalidad del Convenio de poder mejorar las condiciones de vida y de trabajo para su posterior integración en las colectividades⁹. Dicho Convenio continúa estando en vigor y ratificado por 27 Estados. Este Convenio se centra en instaurar una relación de respeto entre los Estados y los pueblos indígenas.¹⁰ Aún así, el Convenio no establece el reconocimiento de la necesidad de protección de su cultura, de su espiritualidad, de sus tierras, sino que sólo se centra en medidas para la integración de estos pueblos en la sociedad.

⁷ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada en la 61ª sesión de la Asamblea de las Naciones Unidas, Nueva York, 13 septiembre de 2007

⁸ Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional de Trabajo, aprobada en la 26ª reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Filadelfia, 10 de mayo de 1944

⁹ Convenio nº107 sobre poblaciones indígenas y tribales, aprobada en la 40ª reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2 junio de 1957

¹⁰ Gómes del Prado, J. «Pueblos Indígenas. Normas Internacionales y Marcos Nacionales» Cuaderno Deusto sobre Derechos Humanos, Bilbao, 2002, p.31-32

El Convenio 107 ha sido el primer intento de codificación de los derechos de los pueblos indígenas y de las obligaciones de los Estados respecto a estos pueblos¹¹. Por otro lado, continúa estando vigente en más de 20 Estados, y ha servido como base para el estudio y análisis del estado de los derechos de los pueblos indígenas y para la redacción de uno de los Convenios más importantes para la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas como es el Convenio n° 169¹².

En 1989 se dotó de una mayor importancia la necesidad de adecuar un Convenio Internacional a las necesidades y derechos de los pueblos indígenas, por lo que en el seno de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, se decidió adoptar diversas proposiciones sobre la revisión parcial del Convenio 107, tal y como se expresa en su Preámbulo ¹³.

En este Convenio existen alusiones al derecho a la consulta previa, libre e informada. Como es el caso de la redacción del artículo 2 del Convenio 169, cuyo objeto es la participación de los pueblos indígenas: “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”.

Y es bajo el artículo 6 del Convenio 169, donde los gobiernos “deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Pero no se establece dicho procedimiento, por lo que no se garantiza ningún tipo de estándares, y dejan a los países un gran margen de maniobra. La segunda parte del artículo expresa, que dicha consulta deberá efectuarse “de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo o consentimiento o lograr el consentimiento acerca de

¹¹ Informe de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación «Política de la FAO sobre pueblos indígenas y tribales» p 24 (disponible en <http://www.fao.org/docrep/013/i1857s/i1857s02.pdf>, última consulta 16/04/2017)

¹² Alva Arévalo, A. «El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el derecho internacional». Cuaderno Deusto sobre Derechos Humanos, Bilbao, 2014, p 32

¹³ Convenio n°169 sobre poblaciones indígenas y tribales, aprobado en la 76ª reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 27 de junio de 1989

las medidas propuestas”. No se expresa la posibilidad que no se pueda lograr las medidas propuestas, o la posibilidad de negación por parte de los pueblos indígenas¹⁴.

Por otro lado, es en el artículo 169 donde se expresa que los pueblos indígenas “no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan”, pero cuando este traslado sea necesario, se deberá efectuar “con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa”¹⁵, y cuando ese consentimiento no se pueda obtener, el traslado se efectuará bajo procedimientos adecuados que se establecen en sus legislaciones nacionales¹⁶. Se remite a las legislaciones nacionales para establecer el procedimiento, permitiendo una gran discreción a los Estados y falta de protección de unos estándares mínimos para establecer un procedimiento que se adecue a las necesidades de estos pueblos. Aun cuando no se pueda conseguir el consentimiento, el traslado puede producirse. En el caso del traslado, el Derecho Internacional Público, es concluyente y no admite el traslado de los pueblos indígenas sin su consentimiento previo, libre e informado¹⁷.

La repercusión de este Convenio ha sido muy amplia. Muchos países han albergado múltiples cambios legislativos con el fin de poder reconocer los derechos de los pueblos indígenas, como es el caso de Bolivia, cuya Constitución ratificada en 1967, no contemplaba los derechos de los pueblos indígenas¹⁸. Tras la ratificación y difusión del Convenio, hubo una reforma de la Constitución en 1995, donde se incluyeron en el artículo 171 los siguientes derechos:

Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen garantizando del uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas y costumbres e instituciones.

¹⁴ Desmet, E. «Conservación y Pueblos Indígenas: un análisis socio-jurídico». Cuaderno Deusto sobre Derechos Humanos, Bilbao, 2014, p 86

¹⁵ Convenio nº169 sobre poblaciones indígenas y tribales, aprobado en la 76ª reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 27 de junio de 1989

¹⁶ Desmet, E. «Conservación y Pueblos Indígenas: un análisis socio-jurídico». Cit. p. 61

¹⁷ CEDR «General Recommendation nº 23: Indigenous Peoples» Doc. ONU CEDR/C/51/MISC13/REV4

¹⁸ Villaroel Sandoval, C. «La Aplicación en Bolivia del Convenio 169 sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes de la OIT», p.196., disponible en <http://docplayer.es/21112808-La-aplicacion-en-bolivia-del-convenio-169-sobre-los-pueblos-indigenas-y-tribales-en-paises-independientes-de-la-oit.html>, última consulta 1/02/2017)

El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos.

Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.

Por otro lado, la Constitución Política del Estado de Bolivia del 7 de febrero de 2009, expresa en su artículo 218, la instauración de un defensor del pueblo, que velará por la “defensa, promoción y divulgación de los derechos humanos”. Se establece específicamente en la redacción del artículo la necesidad de esta protección hacia los pueblos indígenas: “La defensoría del Pueblo es una institución cuya existencia y naturaleza emerge de la voluntad de los bolivianos y bolivianas que, al decidir la implementación de una nueva Constitución, nos dieron el mandato de velar por la vigencia, promoción, difusión y cumplimiento de los derechos humanos, individuales y colectivos que se establecen en la Constitución, los que están reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos y los que son ejercidos por las naciones, pueblos indígenas originario campesinos, y el pueblo afro-descendiente”.¹⁹

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

A partir de la aprobación de los diversos Convenios de la OIT, la comunidad internacional se involucró en una mayor medida por los derechos de los pueblos indígenas. En 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Fue adoptada por 144 países a favor y 4 en contra, entre ellos Colombia. Aunque posteriormente se adhirió pero no aceptó el derecho a la consulta previa.

Esta Declaración no es vinculante para los Estados. En la Declaración se resalta el tortuoso pasado de los pueblos indígenas tras ser colonizados y desposeídos de sus tierras, y la urgente necesidad de protección y reconocimiento de sus derechos. Por ello la Declaración adquiere una gran fuerza moral. El hecho de ser considerado como *soft law* es beneficioso, ya que los Estados son más reacios a ratificar tratados que le

¹⁹ Defensoría del Pueblo, Estado Plurinacional de Bolivia «Principios Institucionales » (disponible en <http://www.defensoria.gob.bo/sp/quees.manifiesto.asp>, última consulta 26/01/2017)

impongan una serie de obligaciones. Por otro lado, el hecho de que no fuera un Tratado, dio pie a que otros sujetos, como los propios indígenas, pudiesen participar en la redacción de dicha Declaración. Al no necesitar el mismo consenso que se necesitaría para la aprobación de un Tratado, la Declaración pudo hacerse efectiva con mucha mayor rapidez, y efectos muy significativos en la creación de Derecho Internacional Consuetudinario²⁰. La Declaración ha tenido grandes consecuencias en la interpretación de las obligaciones de los Estados en relación a los derechos de los indígenas bajo el Derecho Internacional y ha servido para crear una gran doctrina jurídica²¹, y efectos muy significativos en la creación de Derecho Internacional Consuetudinario.

En el artículo 18 de la Declaración se establece el derecho de los pueblos indígenas “a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”. Se establece la necesidad de que los Estados celebren consultas y cooperen 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”²². La buena fe, también se contempla en el Convenio 169: “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”.²³ La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) describió lo que se exige bajo el principio de buena fe, “el deseo sincero de llegar a un acuerdo común”.²⁴

En referencia a la desposesión de las tierras²⁵ y al almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas²⁶, se establece

²⁰ Barelli, M. «The Role of Soft Law in International Legal Systems: The case of United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples». Cambridge Journal, vol. 58, 2009 (disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/2707909.pdf>; última consulta 1/02/2017)

²¹ Alva Arévalo, A. «El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el derecho internacional». Cit.p. 41

²² Art. 19. Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada en la 61ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 13 de septiembre del 2007

²³ Art.6. Convenio nº169 sobre poblaciones indígenas y tribales, aprobado en la 76ª reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 27 de junio de 1989

²⁴ CEACR, Observación Individual sobre el Convenio 169, Bolivia, 2005

²⁵ Art. 10. Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada en la 61ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 13 de septiembre del 2007

la obligatoriedad de un proceso de consulta, con el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, sin el cual no se podrá ejecutar el traslado o almacenamiento de materiales peligrosos.

Sobre el derecho a la tierra se establece el derecho a la reparación, entendido como el derecho a “una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado”.²⁷ En el Convenio 169, solo se preveía reparación cuando se debían trasladar a los pueblos indígenas de las tierras que ocupaban²⁸, pero en la Declaración se amplía los casos de reparación, no solo cuando se obliga al traslado pero cuando se han ocupado, utilizado, dañado sus tierras y no se ha consultado de manera libre, previa e informada. Se obliga a ejecutar el derecho de consulta cuando exista el traslado de los pueblos indígenas de sus tierras, y de no hacerlo se deberá reparar a estos pueblos mediante una indemnización.

En la Declaración de las Naciones Unidas, se hace especial referencia en la necesidad de salvaguardar el derecho de la consulta previa, libre e informada, de manera que se respete la decisión de los pueblos indígenas, y tengan la oportunidad de poder participar en la toma de decisiones estatales que puedan afectar a su cultura, espiritualidad y sus tierras.

2.3 La figura del Relator Especial para las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas

Para asegurarse la efectiva protección de los derechos de los pueblos indígenas consagrados en varias Convenciones y Declaraciones internacionales, la Comisión de Derechos Humanos decidió nombrar en 2001 a un Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos de los diferentes pueblos indígenas alrededor del mundo. Sus funciones son:

Presenta informes anuales sobre asuntos específicos o situaciones de especial importancia relativas a la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas

²⁶ Art 29.2. Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada en la 61ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 13 de septiembre del 2007

²⁷ Art. 28. Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada en la 61ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 13 de septiembre del 2007

²⁸ Desmet, E.. «Conservación y Pueblos Indígenas: un análisis socio-jurídico». Cuaderno Deusto sobre Derechos Humanos, Bilbao, 2014, p. 98

Realiza visitas a países ;

Comunica información recibida sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas en países específicos ;

Lleva a cabo actividades en países en seguimiento de las recomendaciones recogidas en sus informes de visita a países.²⁹

A fecha de hoy, han existido tres relatores especiales que se han pronunciado en varias ocasiones sobre el derecho de consulta de los pueblos indígenas, pese a no ser vinculantes estos informes, poseen un gran valor político y sirven como mecanismo de presión hacia los Estados incumplidores.

En el 2003, siendo relator especial el mexicano Rodolfo Stavenhagen, se discutía sobre el proyecto de la Declaración de los Pueblos Indígenas. El Relator Especial manifestó en un informe que “en relación con los grandes proyectos de desarrollo, el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas”.³⁰

James Anaya, quien fue el segundo relator especial, tras su visita a Perú y tras entrevistarse con los pueblos indígenas concluyó que “ las comunidades indígenas con las cuales me reuní me informaron que no han sido consultadas con el fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado en relación con las actividades mineras, situación que ha llevado en los últimos años a la oposición a estos proyectos entre varios sectores indígenas, así como en conflictos y protestas que han llegado en algunos casos a la violencia” y “es necesario asegurar que los pueblos indígenas sean consultados con el fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado en relación con los proyectos mineros existentes y futuros”³¹, recordando que Perú es uno de los países que tienen implementado en su normativa nacional el derecho de consulta.

La actual relatora especial ha expresado su preocupación de la necesidad del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. En su texto “Comentarios de la Relatora

²⁹ <http://www.ohchr.org/SP/Issues/IPeoples/SRIIndigenousPeoples/Pages/SRIPeoplesIndex.aspx> (última consulta 27/01/2017)

³⁰ Rodríguez Gravito, C. / Morris, M. «Justicia Global: La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional», Universidad de los Andes, vol.2, 2010 p. 28, (disponible en http://www.odracial.org/files/r2_actividades_recursos/266.pdf ; última consulta 01/02/2017)

³¹ Anaya, J., «Declaración del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, al concluir su visita al Perú» 2013, (disponible en <http://unsr.jamesanaya.org/statements/declaracion-del-relator-especial-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-al-concluir-su-visita-al-peru>; última consulta 01/02/2017)

Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el Anteproyecto de Ley Marco de consulta libre, previa e informada a los pueblos indígenas y afrohondureños” en el cual, tras un análisis de las iniciativas desarrolladas por el Gobierno de Honduras hacia la regulación del derecho de consulta, expresó que “el Anteproyecto no refleja el objetivo expreso de la consulta previa según los estándares internacionales aplicables, el cual es el acuerdo o consentimiento libre, previo e informado”³² y estudia la problemática y las inadecuaciones del Anteproyecto con la normativa internacional, ya que por ejemplo en el caso de la Ley Marco sobre Consulta Previa de Gobierno de Honduras, el tiempo y espacio del procedimiento establecido impedía a que los pueblos indígenas tuviesen conocimiento “sobre el alcance y posibles impactos de la medida propuesta de manera previa a su aprobación por el Estado y que, más allá de simplemente poder expresar acuerdos o desacuerdos, los pueblos indígenas puedan verdaderamente incidir e influir en la toma de decisiones que repercuten sobre sus vidas, derechos e intereses y a plantear sus propias propuestas”.³³

Estos informes, comentarios o recomendaciones no obligan a los Estados, pero si suponen un gran avance en cuanto a proporcionar una mayor información a los pueblos indígenas sobre sus derechos y la adecuación de la normativa nacional con los diferentes Convenios y Declaraciones de ámbito internacional que sus Estados han firmado o suscrito. Son muy interesantes ya que las ideas están desarrolladas por un experto independiente que aporta gran valor de información y transparencia a los pueblos indígenas interesados en conocer la situación de sus derechos desde un punto de vista internacional y comparativo con otros Estados.

3. Regulación regional del derecho a la consulta en América Latina

Los países de América Latina se constituyeron en la Organización Internacional de los Estados Americanos que ha permitido un gran avance para el desarrollo de una serie de Cartas, Convenciones y Declaraciones que han aportado una mayor protección y

³² Tauli Corpuz, V. «Comentarios de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el Anteproyecto de Ley Marco de consulta libre, previa e informada a los pueblos indígenas y afrohondureños» 22 de diciembre de 2016, p.18 (disponible en <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/special/2016-honduras-unsr-comentarios-anteproyecto-ley-consulta-sp.pdf>; última consulta 01/02/2017)

³³ Tauli Corpuz, V. «Comentarios de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el Anteproyecto de Ley Marco de consulta libre, previa e informada a los pueblos indígenas y afrohondureños» Cit.p. 16.

garantía de los derechos de los pueblos indígenas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha permitido tener una clara interpretación de toda la normativa y sirve como mecanismo judicial al que acudir ante a violación de los derechos de los pueblos indígenas. Incluso hay países que han aprobado leyes con el objetivo de la protección de los pueblos indígenas en sus ordenamientos jurídicos internos.

3.1 Organización de los Estados Americanos.

La Carta de la Organización de los Estado Americanos suscrita en 1948, basada en la cooperación y respeto de los pueblos americanos ³⁴, fundó la Organización de los Estados Americanos ³⁵. Se estableció como organismo regional para el intercambio cultural y la promoción de diálogo entre los Estados Americanos.

Se establece en el artículo 2 de la Carta los objetivos de la Organización de los Estados Americanos:

- a) Afianzar la paz y la seguridad del Continente;
- b) Promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención;
- c) Prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de controversias que surjan entre los Estados miembros;
- d) Organizar la acción solidaria de éstos en caso de agresión;
- e) Procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos;
- f) Promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural;
- g) Erradicar la pobreza crítica, que constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático de los pueblos del hemisferio, y
- h) Alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros.

³⁴ Preámbulo de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 30 de abril de 1948

³⁵ Art. 1. Carta de la Organización de los Estados Americanos, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 30 de abril de 1948

La Organización de los Estados Americanos se crea con el objetivo claro de promover la protección de los derechos humanos, de la cooperación para el desarrollo económico, social y cultural y establecer la paz y la seguridad dentro de los Estados de la región.

En esta Carta no existe una normativa desarrollada referente a la protección de los pueblos indígenas, pero en el artículo 74 se promueve directamente “la adopción de programas especiales de instrucción, educación y cultura para las masas indígenas de los países americanos”.

La Organización de los Estados Americanos replicó el sistema de codificación, por lo que se encuentran textos de vital importancia para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, como la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas³⁶.

3.2 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

La Declaración Americana de Los Derechos y Deberes del Hombre³⁷ fue aprobada en 1948 y adoptada por la IX Conferencia Internacional Americana y tiene una gran similitud con la Declaración Universal de Derechos Humanos. Los derechos recogidos en la Declaración no se dirigen específicamente a los derechos de los pueblos indígenas, aun así son aplicables a todo hombre.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes de Hombre aporta un valor útil al sistema normativo interamericano, ya que supone una serie de obligaciones para todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos y al tener una orientación *pro homine*, que posee como uno de sus componentes que ninguna aplicación o interpretación de una norma de derechos humanos puede ir en contra de los efectos de otra que sea más beneficiosa para la persona”.³⁸ Por ello, todos los derechos recogidos en la Declaración nunca deben ser aplicados para el beneficio del resto de la población, violando los derechos de los pueblos indígenas.

³⁶ Christian, S. y Uribe, P. « Convención Americana de Derechos Humanos. Comentarios.» Konrad Adenauer Stiftung, 2014. p.6 (disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_38682-1522-1-30.pdf?140922172843; última consulta 6/02/2017)

³⁷ Declaración Americana de Los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948

³⁸ Omar Salvioli, F. « El Aporte de la Declaración Americana de 1948, para la Porteción Internacional de los Derechos Humanos.» Instituto de Derechos Humanos. Universidad Nacional de la Plata (disponible en <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-aporte-de-la-declaracion-americana-de-1948-para-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf> , última consulta 12/04/2017)

El derecho a la propiedad se encuentra recogido en la Declaración y establece que “toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”³⁹ Por lo que se protege y se garantiza el derecho a la tierra de todas las personas y se prohíbe la expropiación de la propiedad de manera abusiva.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre no hace una clara referencia a los derechos de los pueblos indígenas y no hay ninguna especificación hacia este grupo, aún así, cada uno de los indígenas son sujetos de los derechos recogidos en la Declaración. Debido a la fecha de la aprobación de la Declaración, la situación de los pueblos indígenas no suponía la preocupación que más tarde adquirió y que permitió su regulación específica.

3.3 La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)

Los Estados de la Organización de los Estados Americanos, se reunieron en 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos y llevaron a cabo la redacción de la Convención Americana de Derechos Humanos que entró en vigor en 1978. No todos los Estados parte de la Organización de los Estados Americanos han ratificado la Convención Americana, por ejemplo Canadá o Estados Unidos no han ratificado la Convención, pero la mayoría de Estados Latinoamericanos sí la han ratificado. La Convención establece dos órganos encargados de conocer las violaciones de derechos humanos; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁰.

La Convención establece una serie de derechos individuales pero el disfrute de los derechos de los pueblos indígenas “sólo es posible en la medida que en que los derechos de su pueblo estén garantizados”.⁴¹ Debido a la complejidad de la aplicación de estos derechos, se aprobó en el seno de las Naciones Unidas, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, donde se reafirman los derechos individuales consagrados en los tratados de derechos humanos y “reafirma los derechos

³⁹ Art.17 de la Declaración Americana de Los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948

⁴⁰ Christian, S. y Uribe, P. « Convención Americana de Derechos Humanos. Comentarios.» Cit. p.6-7

⁴¹ Duro, E., Ericson, L. y Luscina C. «Los derechos de los pueblos indígenas explicados para todos y para todas». UNICEF, 2008. p.12 (disponible en https://www.unicef.org/argentina/spanish/derechos_indigenas.pdf; última consulta 06/02/2017)

colectivos de los pueblos indígenas establecidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”.⁴²

La Convención no hace ninguna referencia a los derechos de los pueblos indígenas al derecho a la consulta. La única referencia que podemos encontrar en la Convención es sobre el derecho al territorio, donde se prohíbe la privación de bienes “excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”.⁴³ Por lo que sí se puede proceder a la privación de la propiedad privada con el pago de una indemnización, y en ningún caso se prevé el consentimiento previo, libre e informado de los individuos.

Aun no existiendo ninguna referencia específica respecto a los derechos de los pueblos indígenas, la Convención es un texto muy importante para la interpretación de los derechos humanos y su relación con sucesivas Declaraciones y Convenios. Por otro lado, sienta la organización, funciones, competencias y procedimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han tenido una gran repercusión en los derechos de los pueblos indígenas y en su caso, el derecho de consulta.

3.3.1 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

La Comisión se creó en 1959, con el fin de garantizar la protección de los derechos humanos de los Estados partes, y según algunos autores, “en materia de consulta, los informes redactados por la Comisión han interpretado de manera amplia las situaciones en que debe realizarse una consulta, especialmente para proyectos de infraestructura o de explotación de recursos dentro de territorios indígenas. En general, los informes sólo recomiendan lograr el consentimiento de los afectados cuando sea jurídicamente necesario”.⁴⁴

Este órgano, tenía encargada la elaboración de un Proyecto para una Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el cual fue aprobado en 1977. En el que los pueblos indígenas tuvieran la oportunidad de poder ser representados en la

⁴² Informe UNICEF «Los derechos de los pueblos indígenas explicados para todos y para todas » UNICEF, 2008 p.11. (disponible en https://www.unicef.org/argentina/spanish/derechos_indigenas.pdf, última consulta 16/04/2017)

⁴³ Art.21 (2). Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 18 de julio 1978

⁴⁴ Vladimir Ameller, D.y Andre, F. «El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en América Latina». Konrad Adenauer Stiftung, 2012. p.21 (disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_33592-1522-1-30.pdf?130411230308; última consulta 01/02/2017)

elaboración del Proyecto, lo que demuestra un avance en la cooperación e integración de los pueblos indígenas en la vida política. Por parte de los Estados, la aprobación de la Declaración demuestra una clara voluntad política de protección y de interés hacia los pueblos indígenas.

Este Proyecto abordaba el derecho de consulta en sus artículos 13, 17, 18 y 21. Sobre el derecho a la protección al medioambiente, se obliga al Estado a proteger las tierras reconocidas de los pueblos indígenas o que puedan ser reclamadas en el futuro, y se prohíbe el uso de sus recursos naturales y de sus áreas de conservación⁴⁵. Se obliga a los Estados partes facilitar la inclusión en sus estructuras organizativas, de instituciones y prácticas tradicionales de las pueblos indígenas, en consulta y con el consentimiento de dichos pueblos”.⁴⁶ Sobre el traslado, pese a que la Declaración de Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas es tajante respecto a la no posibilidad de traslado sin el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas, el Proyecto permite el traslado cuando exista una justificación de interés público, pero garantizando una “indemnización previa y el inmediato reemplazo por tierras adecuadas de igual o mejor calidad, e igual status jurídico; y garantizando el derecho al retorno si dejaran de existir las causas que originaron el desplazamiento”.⁴⁷ Se reconoce el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas y de la independencia en cuanto a su capacidad de decisión democrática “respecto a los valores, objetivos, prioridades y estrategias que presidirán y orientarán su desarrollo, aún cuando los mismos sean distintos a los adoptados por el Estado nacional o por otros segmentos de la sociedad”.⁴⁸ Salvo causas de interés público los Estados deberán tomar las medidas necesarias para que se realice el derecho

⁴⁵ Art 13. (7). Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su sesión 1333a. durante su 95° Período Ordinario de Sesiones, 27 de febrero 1997

⁴⁶ Art 17. (1) Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su sesión 1333a. durante su 95° Período Ordinario de Sesiones, 27 de febrero 1997.

⁴⁷ Art 18. (6) Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su sesión 1333a. durante su 95° Período Ordinario de Sesiones, 27 de febrero 1997

⁴⁸ Art 21. (1) Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su sesión 1333a. durante su 95° Período Ordinario de Sesiones, 27 de febrero 1997

de consulta previa, libre e informada, para la aprobación de cualquier proyecto, plan o programa que pueda afectar a los derechos o situación de los pueblos indígenas⁴⁹.

El Proyecto se puso a disposición de la Asamblea General de los Estados Americanos para su aprobación, y en 1999 la Asamblea General creó un Grupo de Trabajo para que se continuase trabajando sobre el Proyecto de Declaración. Después de 17 años de negociaciones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobó la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁵⁰.

El texto reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación⁵¹ y su “propia identidad cultural e integridad cultural”.⁵² El artículo 23 expone el derecho de consulta y reconoce la “participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas. 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”.

La Declaración sirve como mecanismo interpretativo de sucesivos textos, Convenios y Declaraciones como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre.

3.3.2 La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, aprobaron junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dos órganos que hiciesen efectivos la protección de los derechos

⁴⁹ Art 21 (2) Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su sesión 1333a. durante su 95º Período Ordinario de Sesiones, 27 de febrero 1997

⁵⁰ Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en la 61ª sesión de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, Santo Domingo, 13 septiembre de 2007

⁵¹ Art 3. Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada en la 61ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 13 de septiembre del 2007

⁵² Art 13. Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada en la 61ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 13 de septiembre del 2007

humanos. La Corte se estableció cuando entró en vigor tras la aprobación de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en 1979 los Estados Partes nombraron a los primeros jueces. Desde entonces, la Corte ha resuelto varios casos referentes a la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y en su caso sobre el derecho de consulta. En el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, la Corte condenó las violaciones cometidas por el Estado de Surinam al no reconocer el derecho al territorio del Pueblo Saramaka y no tener acceso efectivo a la justicia, y obligó al Estado a adoptar las medidas necesarias para reconocer y garantizar el derecho a la consulta previo, libre e informada al Pueblo Saramaka⁵³.

Las sentencias de la Corte son de obligatorio cumplimiento por los Estados partes, por lo que dota de gran protección para la salvaguarda de sus derechos y sirve como un mecanismo efectivo al cual los pueblos indígenas pueden acudir en caso de violación a su derecho de consulta previa, y se han podido observar casos de gran trascendencia⁵⁴.

3.4 Caso de Perú

Perú fue el primer Estado latinoamericano en promulgar 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 (OIT)⁵⁵.

Perú ratificó el Convenio 169 de la OIT de 1989, donde se establecía el derecho a la consulta previa, pero había cometido grandes incumplimientos por lo que los pueblos indígenas de Perú demandaban una protección mucho más exhaustiva para salvaguardar sus derechos⁵⁶. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT redactó una serie de observaciones sobre la aplicación de los tratados ratificados por los Estados miembros para poder evaluar su debida aplicación, y tras un estudio de la situación de Perú, emitieron una serie de observaciones al respecto. En primer lugar, en Perú no existía un criterio unificado para la distinción de pueblos indígenas. Por otro lado, no existía ninguna participación ni consulta de los pueblos indígenas hacia la toma de decisiones del Gobierno, aun cuando

⁵³ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

⁵⁴ Vladimir Ameller, D.y Andre, F «El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en América Latina». Cit. p. 21 -22

⁵⁵ Ley n° 29785, del 6 de septiembre de 2011, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

⁵⁶ Hill, D. «Perú aprueba “histórica legislación sobre los pueblos indígenas». Survival. 2011 (disponible en <http://www.survival.es/noticias/7619>; última consulta 7/02/2017)

les afectaba personalmente. Por último, señaló la necesidad de identificar la explotación de recursos naturales por parte de las empresas, cuya actividad está poniendo en riesgo el territorio de pueblos indígenas y no se ha sometido dicha decisión a consulta previa⁵⁷. Por ello, el gobierno peruano tuvo el deber de revisar el procedimiento de la Ley de consulta y tomar medidas para asegurar una efectiva participación de los pueblos indígenas.

Durante la década de 2000, el gobierno peruano emitió una serie de normas, con el objetivo de regular el derecho de consulta pero que no se adecuaban con la normativa del Convenio 169. La Resolución Ministerial N° 596-2002-EM/DM se refería al derecho de consulta como un proceso de diálogo con carácter meramente informativo, muchas Resoluciones Ministeriales fueron derogadas posteriormente⁵⁸. Finalmente el 6 de septiembre de 2011 se promulgó 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 (OIT) y posteriormente en el 2012, su Reglamento⁵⁹.

El objeto de la Ley es “desarrollar el contenido, los principios y el procedimiento del derecho de la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios”⁶⁰ conforme con la interpretación del Convenio 169. Siendo la finalidad del derecho de consulta “alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos”.⁶¹ Por lo que la ley nace con la necesidad de un dialogo entre los pueblos indígenas y el propio Estado para alcanzar medidas que no violen sus derechos y puedan participar de

⁵⁷ Informe Seattle University School of Law «El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú» Fundación para el Debido Proceso, 2010, pg.51 (disponible en <http://www.dplf.org/sites/default/files/1270481764.pdf>, última consulta 27/02/2017)

⁵⁸ Vladimir Ameller, D.y Andre, F «El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en América Latina». Cit. p. 41.

⁵⁹ Reglamento de la Ley N° 29785, Decreto Supremo No 001-2012-MC, 3 de abril de 2012, Reglamento de 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 (OIT)

⁶⁰ Art. 1 de la Ley n° 29785, del 6 de septiembre de 2011, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

⁶¹ Art. 3 de la Ley n° 29785, del 6 de septiembre de 2011, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

la toma de decisiones que puedan llegar a afectar su identidad, su territorio sagrado y sus costumbres

Se establecen una serie de principios necesarios para el ejercicio del derecho de consulta. Cabe resaltar el principio de oportunidad, la necesidad de que el proceso de consulta se efectúe previamente a la adopción de la medida legislativa. Tanto el Estado como los pueblos indígenas tienen el deber de actuar de buena fe, “un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo” y “estando prohibidos de todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas”.⁶² El Estado se obliga a brindar toda la información necesaria de las medidas legislativas o administrativas que se quiere alcanzar, de manera adecuada y con antelación al proceso de consulta.⁶³

La Ley también expone el procedimiento y etapas mínimas a seguir para la debida ejecución del derecho a la consulta, siendo estas la “identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta, la identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados, la publicidad de la medida legislativa o administrativa, la información sobre la medida legislativa o administrativa, la evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, el proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios y la toma de la decisión”.⁶⁴

El resultado alcanzado tras la consulta es de obligado cumplimiento tanto para el Estado como los pueblos indígenas. Aun así, si no se consigue llegar a un acuerdo, las medidas serán adoptadas por los órganos estatales para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo”.⁶⁵ Por lo que sí es preciso la consulta pero no el consentimiento.

⁶² Art. 4(c) de la Ley n° 29785, del 6 de septiembre de 2011, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

⁶³ Art. 4(d) de la Ley n° 29785, del 6 de septiembre de 2011, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

⁶⁴ Art. 8 de la Ley n° 29785, del 6 de septiembre de 2011, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

⁶⁵ Art. 15 de la Ley n° 29785, del 6 de septiembre de 2011, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Es muy interesante que la Ley disponga de la creación de una base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios, para clarificar y despejar de toda duda quienes son los sujetos del derecho a la consulta, ya que se dispone en la misma Ley que “los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa”.⁶⁶ La propia Ley expresa los criterios necesarios para ser identificado como pueblo indígena u originario. Los criterios objetivos son “la descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional, estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan, instituciones sociales y costumbres propias, patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional”⁶⁷ y un criterio subjetivo, la conciencia de pertenencia a un pueblo indígena u originario. Muchos grupos indígenas han expresado que estos criterios son muy limitantes y dejan mucho margen al Gobierno para determinar quiénes son sujetos de derecho a la consulta.⁶⁸

El Reglamento de la Ley recalca la obligación y responsabilidad del Estado de ejercitar el derecho de consulta de los pueblos indígenas⁶⁹ y desarrolla en mayor medida las diferentes etapas del procedimiento de consulta. Y establece el derecho de petición, en el cual no solo el Estado consulta a los pueblos indígenas cuando existan medidas administrativas o legislativas que les puedan afectar, pero los mismos pueblos pueden solicitar el proceso de consulta cuando consideren que puedan existir medidas que les “pueda afectar directamente sus derechos colectivos”.⁷⁰

Todas las disposiciones de la Ley no tienen carácter retroactivo por lo que las concesiones otorgadas previas a la entrada de la Ley en 2011 no se aplicarán el proceso de consulta. James Anaya, Relator Especial de las Naciones Unidas, explicó en su

⁶⁶ Art. 5 de la Ley n° 29785, del 6 de septiembre de 2011, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

⁶⁷ Art. 7 de la Ley n° 29785, del 6 de septiembre de 2011, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

⁶⁸ Anaya, J. «Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. La situación de los derechos de los pueblos indígenas en Perú, en relación con las industrias extractivas» 7 de mayo de 2014. A/HRC/27/52/Add.3 párrafo 42 (disponible en <http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2014-special-report-mission-to-peru-a-hrc-27-52-Add-3-sp-auversion.pdf>, última consulta 27/02/2017)

⁶⁹ Art 5 del Reglamento de 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 (OIT)

⁷⁰ Art 9 del Reglamento de 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 (OIT)

Informe que aun no estando en vigor la Ley del Derecho a la Consulta Previa, se debería haber efectuado el derecho a la consulta, ya que este derecho se encontraba consagrado en el Convenio 169 que entró en vigor en Perú en 1995 ⁷¹. Aun así, el Gobierno ha concedido múltiples explotaciones en tierras sagradas de pueblos indígenas dentro de Perú, estando consagrado el derecho de consulta en textos internacionales ratificados por el Estado. Un ejemplo de ello es el conflicto en Bagua, donde en el año 2008, previa a la entrada en vigor de la Ley de Consulta Previa, se aprobaron una serie de decretos legislativos para la aprobación del derecho del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos que amenaza los derechos de las tierras sin el previo proceso de consulta consagrado en el artículo 6 del Convenio 169⁷². Hubo grandes movilizaciones que generaron una gran violencia en la zona.

La aprobación de la Ley y su reglamento no han tenido mucho tiempo de vida ni tampoco han existido un gran número de procesos de consulta para poder estudiar, pero todavía existen mejoras procedimentales para la implementación del proceso de consulta, por ejemplo en relación a la logística para poder efectuar el proceso⁷³. Aun así Perú ha mostrado un gran avance para promover el respeto del proceso de consulta, siendo un ejemplo a seguir para el resto de países latinoamericanos.

4. Jurisprudencia en los Estados latinoamericanos.

Desde la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han dictado numerosos fallos que salvaguardan los derechos de los pueblos indígenas, entre ellos el derecho a la consulta previa, el derecho al territorio o el derecho a la vida, que se encuentran establecidos en numerosos textos internacionales. Las decisiones dictadas por la Corte son de obligado cumplimiento para los Estados parte de la Organización de los Estados Americanos. Entre los casos relativos a la garantía del proceso de la consulta previa de los pueblos indígenas, el caso del pueblo Sarayaku fue el primer caso

⁷¹Anaya, J. «Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. La situación de los derechos de los pueblos indígenas en Perú, en relación con las industrias extractivas» Cit. párrafo 44

⁷²Informe Seattle University School of Law «El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú» Cit.p. 40

⁷³Anaya, J. «Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. La situación de los derechos de los pueblos indígenas en Perú, en relación con las industrias extractivas» Cit. párrafo 37

que estableció los parámetros necesarios y marcó un precedente claro sobre el derecho de consulta⁷⁴.

4.1 Caso Pueblo Kichwa Sarayaku vs. Ecuador

En el año 2012, la Corte emitió la resolución sobre el caso del pueblo Sarayaku, en el cual condenaba a Ecuador por la violación de derechos humanos. Viviana Krsticevic, Directora Ejecutiva del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional declaró que “la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Sarayaku representa un verdadero hito en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas del continente, porque establece pautas más claras sobre el derecho de consulta previa ante proyectos de desarrollo con consecuencias para la subsistencia de los pueblos”.⁷⁵ Este caso fue el primer caso en el que la Corte Interamericana se pronunció sobre el derecho de consulta y fijó la interpretación y los principios necesarios en los que se debe establecer el derecho de consulta.

En 1996, el gobierno ecuatoriano dio la concesión sobre las tierras sagradas del pueblo Sarayaku a una empresa petrolera argentina CGC para iniciar el proyecto denominado Bloque 23 sin consentimiento previo, libre e informado⁷⁶. Las tierras afectaban a las comunidades sobre la zona del río Borbonaza en las que se encontraba el pueblo Sarayaku. La empresa CGC encargó un estudio de impacto ambiental antes de la exploración sísmica, en el que no se incluyó al pueblo Sarayaku, y cuyo estudio fue aprobado por el Ministerio de Energía y Minas. Incluso se introdujeron “explosivos de alto poder en varios puntos del territorio indígena, creando con ello una alegada situación de riesgo para la población, ya que durante un período le habría impedido buscar medios de subsistencia y le habría limitado sus derechos de circulación y de expresar su cultura”⁷⁷.

⁷⁴ Celi, E. «La sentencia en el caso Sarayaku, ¿un precedente para el Yasuní?» Editorial electrónica El Comercio, 14 de octubre de 2014 (disponible en <http://www.elcomercio.com/actualidad/sentencia-caso-sarayaku-yasuni-ecuador.html>, última consulta 15/02/2017)

⁷⁵ Legrain, M. y Melo, M. «Corte Interamericana condena a Ecuador por violar los derechos del pueblo indígena de Sarayaku» CEJIL, 25 de julio de 2012 (disponible en <https://www.cejil.org/es/corte-interamericana-condena-ecuador-violar-derechos-del-pueblo-indigena-sarayaku>; última consulta 31/01/2017)

⁷⁶ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Párrafo 63.

⁷⁷ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Párrafo 2.

En el año 2010 la Comisión presentó ante el Tribunal una demanda en contra de la República de Ecuador presentada por la Asociación del Pueblo Kichwa de Sarayaku, el Centro de Derechos Económicos y Sociales y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional⁷⁸.

La Corte señaló la necesidad de la protección de las tierras de los pueblos indígenas “para garantizar su supervivencia física y cultural y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas”.⁷⁹ Se recalcó la obligatoriedad de los Estados de respetar el derecho de consulta que está regulado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que el Estado de Ecuador ha ratificado y ha incluido en su normativa interna. Por otro lado la Corte dispone que “la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional”.⁸⁰

Sobre los principios en los que se tiene que realizar el derecho de consulta, la Corte dictaminó que el carácter previo de la consulta, según el artículo 15.2 del Convenio 169, debe ser antes de la autorización o ejecución de las actividades. Esta definición deja muy ambiguo en qué momento debe procederse a consultar. La Corte establece que se debe consultar “en las primeras etapas de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad” y que “los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa. Por otro lado, la Corte define el concepto de buena fe en la que se debe ejecutar el derecho de consulta “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” y “la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros y 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

⁷⁸ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párrafo 1. Serie C No. 245.

⁷⁹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Párrafo 146.

⁸⁰ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Párrafo 164.

individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales”.⁸¹ En el caso del Pueblo Sarayaku, se observó que CGC había intentado corromper individualmente a algunos miembros del órgano de representativo del pueblo indígena, a través de ofrecimientos de regalos y dinero, pago de sueldos a personas individuales del pueblo para que consiguieran apoyo para la aprobación de sus actividades⁸². La consulta debe ser adecuada y accesible, que encaje con sus tradiciones y respetando la organización del pueblo indígena⁸³.

El Estado es el responsable de la obligación de consultar y de velar por la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, y de vigilar de que no se emita ninguna concesión en territorio indígena sin antes poder evaluar los posibles daños que se puedan ocasionar⁸⁴. En el caso del pueblo Sarayaku, se había realizado el estudio por una entidad subcontratada por la CGC y no se involucró al pueblo Sarayaku. También se señala como deber del Estado, informar de manera constante de los posibles riesgos de las actividades⁸⁵.

En abril de 2012, la Corte Interamericano falló a favor del pueblo Sarayaku “por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural”.⁸⁶ Se obligo al Estado a desactivar material peligroso que existía en el territorio que había sido depositado por la Empresa, el derecho de consulta cuando se presenta realizar cualquier proyecto de extracción de recursos naturales en su territorio, que se desarrolle una normativa efectiva para el derecho de consulta de los pueblos, que se impartan cursos informativos de las normativas nacionales e internacionales en materia de derechos humanos y pueblos indígenas a los funcionarios militares, policiales y judiciales y otros posibles involucrados, públicamente asumir la responsabilidad de sus acciones y el pago de una indemnización al Pueblo Sarayaku y se estableció el periodo

⁸¹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.Párrafo 186.

⁸² Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.Párrafo 73.

⁸³ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.Párrafo 201.

⁸⁴ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.Párrafo 204.

⁸⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.Párrafo 208.

⁸⁶ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.Puntos Resolutivos.

de un año para que el Estado elaborara un informe sobre las medidas necesarias para poder cumplir con las reparaciones⁸⁷.

El caso del Pueblo Sarayaku demostró ser una gran victoria y avance para el reconocimiento del derecho de consulta. Establece un gran precedente para los demás pueblos afectados por la violación de este derecho y dota de gran transparencia el proceso de consulta. Frente al poder de los Estados y de las grandes multinacionales, la sentencia ampara el derecho de consulta y apoya la necesidad y obligatoriedad de los Estados de que la consulta se efectúe dentro de unos parámetros claros que en todo momento protejan a los pueblos indígenas.

5. Conflictos y desafíos de la implementación del derecho a la consulta previa

Aun con la vigencia de numerosos textos internacionales como el Convenio de 169 o la Declaración Internacional de Derechos de los Pueblos Indígenas, donde se recoge el derecho a la consulta previa, existen multitud de violaciones en diferentes Estados latinoamericanos en donde no se está implementando o se está implementado inadecuadamente el derecho a la consulta. Casos en los cuales se están aprobando nuevas leyes que afectan a los derechos de los pueblos indígenas o la aprobación por parte del Estado de proyectos de infraestructura y de explotación de recursos naturales en tierras indígenas⁸⁸.

5.1 Problemática sobre el derecho al consentimiento previo, libre e informado.

El derecho a la consulta es entendido por muchos Estados como un mero acto informativo por parte del Estado o de las empresas que van a ejecutar las obras, de las actividades que se van a llevar a cabo. El valor informativo es muy importante para dar difusión y aclarar las actividades que se van a realizar, pero en ningún caso pueden exonerar al Estado de la realización del proceso de consulta⁸⁹. El Comité de Expertos de

⁸⁷ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Puntos Resolutivos.

⁸⁸ Flemmer, R. / Schilling-Vacaflor, Almur. «El derecho a la consulta previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina» Giz, 2013, p.32 (disponible en http://www.consulta-previa.org.pe/publicaciones/BMZ-Consulta%20previa%20normas%20practicas%20conflictos_2013-06.pdf, última consulta 20/02/2017)

⁸⁹ Ruiz Molleda, J.C. «Problemas Jurídicos en la Implementación de la Consulta Previa en el Perú: o los «Pretextos Jurídicos» del Gobierno para Incumplirla» Derecho y Sociedad n° 42, 2015, p.183 (disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/12474/13036>, última consulta 20/02/2017)

la OIT en el año 2010 señaló que “la Comisión subraya que meras reuniones de información o socialización no cumplen con los requisitos del Convenio”.⁹⁰

Otra de las grandes inobservancias es la falta de respeto del principio de buena fe en el que se tiene que realizar el derecho de consulta. La buena fe ha sido definida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y “debe concebirse como un verdadero instrumento de participación, que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas” y “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”.⁹¹ En muchas ocasiones, se ha conseguido el consentimiento de algunos líderes indígenas, entendido como suficiente para poder declarar la legalidad de ciertas actividades, cuando bajo los criterios mínimos del Convenio 169 o la Declaración de las Naciones Unidas, se exige el consentimiento de la totalidad del órgano representativo del pueblo indígena.⁹²

El proceso de consulta se ha de efectuar en un plazo de tiempo razonable, en el cual los pueblos indígenas puedan recoger todo tipo de información necesaria, puedan evaluarla individual y colectivamente, puedan aportar sus modificaciones y posteriormente que se puedan llegar a una decisión del órgano representante del pueblo afectado. Pero la realidad es que se han efectuado en muchas ocasiones consultas exprés en las cuales los pueblos indígenas no han tenido el suficiente tiempo para una correcta toma de decisión. Se presiona a los pueblos indígenas para que tomen la decisión de modo casi inmediato, por lo que no se garantiza que se haya podido evaluar la información de manera extensa ni se haya podido deliberar correctamente dentro de los órganos de representación. En muchas otras situaciones, la información facilitada no era la suficiente, se encontraba incompleta, imparcial, y compleja, por lo que muchos de los afectados no entendían el

⁹⁰ Ruiz Molleda, J.C. «Problemas Jurídicos en la Implementación de la Consulta Previa en el Perú: o los «Pretextos Jurídicos» del Gobierno para Incumplirla» Cit. p. 184

⁹¹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párrafo 186.

⁹² Flemmer, R. / Schilling-Vacaflor, Almur. «El derecho a la consulta previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina» Cit. p. 33.

contenido o el idioma en el que se proporcionaba esa información, por lo que no podían tomar una decisión apropiada.⁹³

Otra limitación a la que se enfrenta el correcto ejercicio del derecho de consulta es el vacío normativo de muchos ordenamientos nacionales de los Estados, donde no existe ningún tipo de legislación que se encargue de regular el derecho a la consulta. Los convenios internacionales imponen unos principios mínimos pero estos han de ser desarrollados para poder adaptarse a la regulación interna. Por ejemplo en Colombia, para poder conseguir la aprobación estatal medioambiental frente a una actividad que pueda poner en riesgo las poblaciones indígenas, se precisa de realizar primero una consulta previa a los pueblos indígenas. Pero existen muchas actividades, como proyectos de exploración minera, que no precisan de aprobación estatal, por lo que no se requiere de la realización de la consulta previa, aunque exista riesgo de poder afectar a los pueblos indígenas.⁹⁴ Es conveniente recordar que aunque no existe legislación nacional al respecto al derecho de consulta, no exime en ningún caso a los Estados del deber de consultar, ya que tienen obligaciones internacionales al respecto.⁹⁵

Los desafíos a los que se enfrenta el derecho de consulta son complejos pero se puede dar una sencilla solución si se contase con el pleno apoyo de los Estados por garantizar el efectivo y correcto cumplimiento del derecho a la consulta. Los Estados latinoamericanos han ratificado numerosa normativa internacional que sirve como marco legal para el desarrollo del proceso de consulta por lo que no tendría que suponer problema alguno. Pero la realidad es que el Estado y los pueblos indígenas tienen intereses muy dispares, y son frecuentes las situaciones donde el atractivo interés económico solapa los derechos humanos de los pueblos indígenas.

⁹³ Flemmer, R. / Schilling-Vacaflor, Almur. «El derecho a la consulta previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina» Cit. p.20

⁹⁴ Informe Oxfam «Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú» Fundación para el Debido Proceso, 2015, (disponible en http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf, última consulta 27/02/2017)

⁹⁵ Tauli-Copuz, V. «“Consulta y consentimiento: principios, experiencias y desafíos” Presentación de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Copuz para el Coloquio Internacional sobre el derecho a la consulta libre, previa e informada: estándares y experiencias internacionales y regionales» 8 de noviembre de 2016, p.8 (disponible en http://www.hchr.org.mx/images/doc_public/UNSR_Presentation_OHCHRMX_Colloquium_SPA.pdf, última consulta 20/02/2017)

5.2 Propuesta de mejora de procedimiento

Tras el análisis de los conflictos que aparezcan el efectivo ejercicio del derecho de consulta existen varias medidas que son convenientes para mejorar el procedimiento que existe en torno al ejercicio de procesos de consultas futuras. Existen Estados como Perú, que han tomado la iniciativa de incluir y desarrollar el derecho de consulta en sus normativas nacionales. El ejemplo de diferentes Estados puede ser muy beneficioso para poder llegar a articular un consenso regional frente a la mejora del proceso de consulta.

Los Estados y las empresas que quieran ejecutar actividades, no deben entender el proceso de consulta como un mero formalismo, ni como un acto informativo. En primer lugar el derecho de consulta es obligatorio, y en ningún caso tiene como objetivo la obtención de una licencia para tener vía legal para poder proceder con las actividades. Se debe entender el proceso de consulta como la oportunidad para poder iniciar un diálogo común con los pueblos afectados, encontrar alternativas y soluciones para un equilibrio socio ambiental y una participación de ambas partes en la ejecución de las medidas⁹⁶. De este modo, si los pueblos indígenas se sienten respetados e involucrados en el proceso de consulta, se garantiza un mayor nivel de cooperación. Se intensificarán las relaciones para lograr una mejora de la integración de ambas partes en los procesos de consulta futuros.

La posición del Estado debe ser parcial, sirviendo como mediador entre los dos actores y garantizar que se respeten los estándares del proceso de consulta, y a la misma vez debe tener un rol protagónico ya que es el responsable de desempeñar la consulta previa. Se ha criticado que en muchas ocasiones este rol ha sido desempeñado por las empresas que son parte, porque las instituciones estatales no precisan de recursos económicos o personales para poder efectuar la consulta⁹⁷. En estos casos, la transparencia y la buena fe del proceso se cuestiona, ya que el proceso de consulta se encuentra ejecutado por agentes que son parte del proceso, cuyo objetivo es evidentemente la aprobación de la actividad tras el derecho de consulta, por lo que no existe una figura imparcial que pueda garantizar la efectiva confianza y protección de los pueblos indígenas. Por ello el Estado tiene el deber de garantizar los efectivos recursos logísticos, personales y económicos para procurar el proceso de consulta. Sería

⁹⁶ Flemmer, R. / Schilling-Vacaflor, Almur. «El derecho a la consulta previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina» Cit. p. 47

⁹⁷ Flemmer, R. / Schilling-Vacaflor, Almur. «El derecho a la consulta previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina» Cit. p.47

recomendable que el personal encargado del proceso de consulta cuente con una formación ambiental, conocimiento, experiencia y competencias necesarias para poder servir como punto de apoyo y atención a las dudas que puedan surgir durante el proceso de consulta⁹⁸.

La normativa internacional marca unos principios y estándares mínimos para poder ejecutar el derecho de consulta, aun así, existe un gran vacío normativo y falta de regulación de cómo se debe proceder. La Corte Interamericana a través de su jurisprudencia ha permitido esclarecer diversas cuestiones sobre el derecho de consulta, pero el proceso tiene una larga duración hasta la resolución final que determine la clara interpretación, por lo que las dudas se acumulan y se continúa efectuando el mismo error en los procedimientos. Sería interesante poder redactar una normativa regional, que obligue a los Estados a desarrollar unos estándares sobre procedimiento de consulta, imponiendo un mínimo y un máximo en el plazo de tiempo de consulta, un correcto seguimiento de cómo el Estado y las empresas informan a los pueblos indígenas y que la información que los pueblos indígenas reciben sea veraz, clara y leal.

Muchas de las empresas que proceden a realizar actividades en territorios indígenas están yendo en contra de sus propias obligaciones de Responsabilidad Social Corporativa⁹⁹. Al ser estas obligaciones de carácter voluntario, no son exigibles, por ello la necesidad de que las empresas que decidan tenerlo, tengan la obligación normativa de cumplirlo. De no ser así, las empresas se están aprovechando de la proyección de una imagen social de la que carecen.

Cuando exista el incumplimiento de derecho de consulta o la inadecuación del proceso de consulta con los estándares normativos, las sanciones deben ser consecuentes y proporcionales al daño actual y al daño futuro¹⁰⁰. Los daños al territorio o a los recursos naturales de los pueblos indígenas tardan muchos años en poder repararse y en otras ocasiones es irreparable. Las sanciones pecuniarias a las empresas no afectan en gran medida y no les imposibilita para poder seguir realizando sus actividades. Por ello, debido a la gravedad del delito, la violación de un derecho humano, debe tener

⁹⁸ Flemmer, R. / Schilling-Vacaflor, Almur. «El derecho a la consulta previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina» Cit p. 48

⁹⁹ Flemmer, R. / Schilling-Vacaflor, Almur. «El derecho a la consulta previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina» Cit p.32

¹⁰⁰ Flemmer, R. / Schilling-Vacaflor, Almur. «El derecho a la consulta previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina» Cit p. 48

sanciones mucho más estrictas como puede ser la suspensión de la actividad de la empresa durante cierto tiempo. Las sanciones deben tener un carácter disuasorio que tenga por objetivo la realización de la consulta siempre que sea susceptible de poder afectarles, y poder realmente llegar a un momento de diálogo donde los pueblos indígenas sean escuchados y proceder a mejorar o proponer alternativas que beneficien a los dos actores.

El proceso de consulta debe imponer una serie de mejoras para poder realmente servir como plataforma de consenso y cooperación y no como un mero trámite para conseguir una autorización. Si se pierde esta oportunidad, la realidad es que se genera un gran nivel de conflicto y violencia en las zonas afectadas que no benefician ni al Estado, ni a la empresa, ni a los pueblos, y genera un alto clima de desconfianza.

6. Conclusiones

Los pueblos indígenas dotan de un impresionante valor sagrado y espiritual a las tierras y los recursos naturales como parte de su identidad y cultura. Aun así, estas se han visto afectadas tras la explotación de los recursos naturales de empresas privadas que, con autorización de los gobiernos estatales, han explotado estas tierras y han causado en muchas ocasiones un daño irreparable, afectando directamente a la supervivencia de los pueblos indígenas de la zona. A continuación se establecen una serie de conclusiones recogidas del estudio del derecho de consulta.

PRIMERO.-El derecho a la consulta previa, libre e informada se encuentra fundamentado por un marco normativo sólido tanto internacional como regional que presenta obligaciones ineludibles para los Estados. En el caso de algunos Estados de América Latina, incluso se establece una normativa nacional que recoge el derecho a la consulta. Aun así, los Estados siguen violando estas normativas, por ello se deben hacer efectivas todas las medidas necesarias para garantizar los derechos recogidos en las normativas, e imponer sanciones a aquellos Estados que no cumplan con lo pactado y violan la normativa vigente.

SEGUNDO.-Se debe reforzar un mayor diálogo entre los pueblos indígenas y el Estado para lograr una mayor cooperación e involucración de los pueblos indígenas en la vida política. El Estado debe comprender los problemas y desprotecciones a los que se enfrentan los pueblos indígenas y así poder establecer medidas que garanticen una

mayor adecuación, por ello es vital un canal de comunicación directo y permanente entre los distintos colectivos y el Estado.

TERCERO.-El Estado debe garantizar que el procedimiento del derecho a la consulta siempre sea efectuado bajo el principio de buena fe, con la verdadera finalidad de llegar a un objetivo común. Debe asegurarse que los pueblos indígenas tengan toda la información necesaria y comprensible para poder tomar una decisión. No debiendo olvidar, cual es el verdadero papel mediador del Estado, ya que frente a las grandes corporaciones, los pueblos indígenas se encuentran en un estado de indefensión, que precisan del Estado para garantizar que el procedimiento sea ético y legal.

CUARTO.-Estos últimos años, ha existido un gran desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por lo que el derecho a la consulta se encuentra cada vez más apoyado y se van esclareciendo las dudas o vacíos que puede existir sobre la interpretación del derecho a la consulta. Incluso se ha llegado a condenar a Estados por la violación del derecho a la consulta, lo que marca un precedente claro y las obligaciones necesarias que deben garantizar los Estados para la protección del derecho de consulta de los pueblos indígenas. Aun así, estas sentencias tardan años en resolverse y los pueblos indígenas no se ven recompensados hasta pasado un largo periodo de tiempo, y en ocasiones el resarcimiento ya no tiene solución, por lo que se necesita una vía mucho más rápida y especializada en casos de derecho de consulta, para poder llegar a ser lo más efectiva posible.

QUINTO.-Las empresas deben tener una mayor responsabilidad social. Las tierras que habitan los pueblos indígenas tienen en muchas ocasiones un gran valor económico, pero el daño que ocasionan es irreparable, imposibilitan la futura regeneración de las tierras y la supervivencia de los pueblos indígenas que habitan esas tierras. Por ello, es de vital importancia que las empresas tomen conciencia y garanticen una ética profesional en las actividades que realicen. Para ello, sería necesario imponer un código de conducta obligatorio para todas las grandes corporaciones,

El derecho a la consulta tiene un objetivo claro de protección de los derechos de los pueblos indígenas, pero es necesaria una colaboración por parte del Estado, las corporaciones y los pueblos indígenas para la efectiva aplicación del mismo. Son necesarias ciertas modificaciones para que el derecho a la consulta pueda alcanzar su

propósito y dar respuesta a la situación en la que se encuentran los pueblos indígenas en América Latina.

7. Bibliografía

a) Libros

Alva Arévalo, A. «El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el derecho internacional». Cuaderno Deusto sobre Derechos Humanos, Bilbao, 2014

Álvarez Molinero, N. «Pueblos Indígenas y derecho de autodeterminación. ¿Hacia un derecho internacional multicultural?» Cuaderno Deusto sobre Derechos Humanos, Bilbao, 2008

Desmet, E. «Conservación y Pueblos Indígenas: un análisis socio-jurídico». Cuaderno Deusto sobre Derechos Humanos, Bilbao, 2014

Gómez del Prado, J. «Pueblos Indígenas. Normas Internacionales y Marcos Nacionales» Cuaderno Deusto sobre Derechos Humanos, Bilbao, 2002

b) Referencias de Internet

Amnistía Internacional « Derechos Individuales y Derechos Colectivos» (disponible en <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/dh-sujetos.html>, última consulta 31/01/2017)

Anaya, J., «Declaración del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, al concluir su visita al Perú» 2013, (disponible en <http://unsr.jamesanaya.org/statements/declaracion-del-relator-especial-sobre-los-derechos-de-lospueblos-indigenas-al-concluir-su-visita-al-peru>; última consulta 01/02/2017)

Barelli, M. «The Role of Soft Law in International Legal Systems: The case of United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples». Cambridge Journal, vol. 58, 2009 (disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/2707909.pdf>; última consulta 1/02/2017)

Berraondo López, M. «Los Derechos Humanos y Los Pueblos Indígenas » Alertanet, (disponible en <http://www.alertanet.org/F2b-MBerraondo.htm>, última consulta 11/04/2017)

Christian, S. y Uribe, P. « Convención Americana de Derechos Humanos. Comentarios.» Konrad Adenauer Stiftung, 2014(disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_38682-1522-1-30.pdf?140922172843; última consulta 6/02/2017)

Defensoría del Pueblo, Estado Plurinacional de Bolivia «Principios Institucionales ». (disponible en <http://www.defensoria.gob.bo/sp/quees.manifiesto.asp>, última consulta 26/01/2017)

Duro, E., Ericson, L. y Luscina C. «Los derechos de los pueblos indígenas explicados para todos y para todas ». UNICEF, 2008(disponible en https://www.unicef.org/argentina/spanish/derechos_indigenas.pdf; última consulta 06/02/2017)

Hill, D. «Perú aprueba “histórica legislación sobre los pueblos indígenas». Survival. 2011 (disponible en <http://www.survival.es/noticias/7619>, última consulta 16/04/2017)

Flemmer, R. / Schilling-Vacaflor, Almur. «El derecho a la consulta previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina» Giz, 2013(disponible en http://www.consulta-previa.org.pe/publicaciones/BMZ-GIZ_Consulta%20previa%20normas%20practicass%20conflictos_2013-06.pdf, última consulta 20/02/2017)

Informe Seattle University School of Law «El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú» Fundación para el Debido Proceso, 2010(disponible en <http://www.dplf.org/sites/default/files/1270481764.pdf> , última consulta 27/02/2017)

Informe UNICEF «Los derechos de los pueblos indígenas explicados para todos y para todas» UNICEF, 2008 p.11. (disponible en https://www.unicef.org/argentina/spanish/derechos_indigenas.pdf, última consulta 16/04/2017)

Informe de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación «Política de la FAO sobre pueblos indígenas y tribales» p 24 (disponible en <http://www.fao.org/docrep/013/i1857s/i1857s02.pdf>, última consulta 16/04/2017)

Informe Oxfam «Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú» Fundación para el Debido Proceso, 2015(disponible en http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf , última consulta 27/02/2017)

Legrain, M. y Melo, M. «Corte Interamericana condena a Ecuador por violar los derechos del pueblo indígena de Sarayaku» CEJIL, 25 de julio de 2012((disponible en <https://www.cejil.org/es/corte-interamericana-condena-ecuador-violar-derechos-del-pueblo-indigena-sarayaku>; última consulta 31/01/2017))

Omar Salvioli, F. « El Aporte de la Declaración Americana de 1948, para la Protección Internacional de los Derechos Humanos.» Instituto de Derechos Humanos. Universidad Nacional de la Plata(disponible en <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-aporte-de-la-declaracion-americana-de-1948-para-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf> , última consulta 12/04/2017)

Pedrol Medialdea, E. y Guzman Rodriguez, E. « UNICEF presenta el Atlas sociolingüístico de pueblos indígenas en América Latina » ?» UNICEF, 2 de marzo de 2011 (disponible en <https://old.unicef.es/sala-prensa/unicef-presenta-el-atlas-sociolingueistico-de-pueblos-indigenas-en-america-latina>, última consulta 11/04/2011)

Rodriguez Gravito, C. / Morris, M. «Justicia Global: La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional», Universidad de los Andes, vol.2, 2010 (disponible en <https://old.unicef.es/sala-prensa/unicef-presenta-el-atlas-sociolingueistico-de-pueblos-indigenas-en-america-latina>, última consulta 11/04/2011)

Tauli Corpuz, V. «Comentarios de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el Anteproyecto de Ley Marco de consulta libre, previa e informada a los pueblos indígenas y afrohondureños» 22 de diciembre de 2016 (disponible en <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/special/2016-honduras-unsr-comentarios-anteproyecto-ley-consulta-sp.pdf>; última consulta 01/02/2017)

Tauli-Coupuz, V. «“Consulta y consentimiento: principios, experiencias y desafíos” Presentación de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Copuz para el Coloquio Internacional sobre el derecho a la consulta libre, previa e informada: estándares y experiencias internacionales y regionales» 8 de noviembre de 2016(disponible en http://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/UNSR_Presentation_OHCHRMX_Colloquium_SPA.pdf, última consulta 20/02/2017)

Villaroel Sandoval, C. «La Aplicación en Bolivia del Convenio 169 sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes de la OIT», p.196., disponible en <http://docplayer.es/21112808-La-aplicacion-en-bolivia-del-convenio-169-sobre-los-pueblos-indigenas-y-tribales-en-paises-independientes-de-la-oit.html>, última consulta 1/02/2017)

Vladimir Ameller, D.y Andre, F. «El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en América Latina». Konrad Adenauer Stiftung, 2012 (disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_33592-1522-1-30.pdf?130411230308; última consulta 01/02/2017)

c) Artículo de prensa

Celi, E. «La sentencia en el caso Sarayaku, ¿un precedente para el Yasuní?» Editorial electrónica El Comercio, 14 de octubre de 2014 (disponible en <http://www.elcomercio.com/actualidad/sentencia-caso-sarayaku-yasuni-ecuador.html>, última consulta 15/02/2017)

d) Jurisprudencia

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam Sentencia del 28 de noviembre de 2007.Serie C No. 172.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

e) Legislación

Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 18 de julio 1978

Convenio nº107 sobre poblaciones indígenas y tribales, aprobado en la 40ª reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2 de junio de 1957

Convenio nº169 sobre poblaciones indígenas y tribales, aprobado en la 76ª reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 27 de junio de 1989

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada en la 61ª sesión de la Asamblea de las Naciones Unidas, Nueva York, 13 septiembre de 2007

Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional de Trabajo, aprobada en la 26ª reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Filadelfia, 10 de mayo de 1944

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217 A (III) de la Organización de las Naciones Unidas, París, Francia, 10 de diciembre de 1948

Ley nº 29785, del 6 de septiembre de 2011, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su sesión 1333a. durante su 95º Período Ordinario de Sesiones, 27 de febrero 1997

Reglamento de la Ley Nº 29785, Decreto Supremo No 001-2012-MC, 3 de abril de 2012, Reglamento de 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 (OIT)