# Protocolos autonómicos de Consulta Previa

## Nuevos caminos para la libre determinación de los pueblos indígenas en América Latina.

GRUPO INTERNACIONAL DE TRABAJO
SOBRE ASUNTOS INDIGENAS

IWGIA

FORDFOUNDATION

# Contenido

1. Presentación....3
2. Fuentes de los derechos indígenas a la CP y al CPLI....4
2.1. Estándares de aplicación de la CP en América Latina....8
3. Marcos normativos y jurisprudencia en América Latina....11
3.1. México - Marco legal de la CP....12
Aplicación de estándares y experiencias autonómicas en México....14
2.2. Honduras - Marco legal de la CP....15
Aplicación de estándares y experiencias autonómicas en Honduras....16
2.3. Guatemala - Marco legal de la CP....17
Aplicación de estándares y experiencias autonómicas en Guatemala....19
2.4. Colombia - Marco legal de la CP....19
Aplicación de estándares y experiencias autonómicas en Colombia....22
2.5. Perú - Marco legal de la CP....25
Aplicación de estándares y experiencias autonómicas en Perú....28
2.6. Bolivia - Marco legal de la CP....30
Aplicación de estándares y experiencias autonómicas en Bolivia....31
2.7. Brasil - Marco legal de la CP....32
Aplicación de estándares y experiencias autonómicas en Brasil....34
2.8. Chile - Marco legal de la CP....37
Aplicación de estándares y experiencias autonómicas en Chile....36
4. Protocolos autonómicos de CP en América Latina....38
4.1. PROTOCOLO BIO-CULTURAL DEL PUEBLO MISKITU....39
4.2. PROTOCOLO AUTÓNOMO DEL PUEBLO ARHUACO....42
4.3. PROTOCOLO DE CONSULTA Y CONSENTIMIENTO WAJÃPI....45
5. Hitos para la construcción de protocolos autonómicos en América Latina....48
6. Acciones para consolidar procesos autonómicos en CP y CPLI....55

## 1. Presentación

A casi 30 años de su consagración en el Convenio 169 de la OIT, la Consulta Previa (CP) atraviesa por una crisis de legitimidad y eficacia que se explica porque no ha logrado cumplir el objetivo de garantizar los derechos fundamentales e integrales de los pueblos indígenas. Por el contrario, en numerosas ocasiones este derecho se ha instrumentalizado y utilizado como un simple mecanismo para legitimar decisiones e intervenciones que amenazan los territorios, sociedades y culturas ancestrales, distorsionando así su núcleo esencial que consiste en salvaguardar los derechos garantizados a estos pueblos en el derecho internacional y nacional. Es así como, hoy en día, la Consulta Previa carece de fuerza vinculante y de capacidad para generar verdaderos escenarios de interculturalidad y fortaleza comunitaria, quedando casi reducida a un mero requisito formal.

Como testigos de excepción de este fenómeno, los pueblos indígenas de varias regiones del mundo han venido examinando y compartiendo sus preocupaciones en relación con la garantía y eficacia de los procesos de Consulta Previa y su derecho correlativo, el Consentimiento Previo, libre e Informado (CPLI). De allí que, en diversos espacios, se haya puesto en común la necesidad de replantear los énfasis doctrinales de la CP, así como el interés por impulsar y adoptar protocolos autonómicos de consulta sustentados en los derechos a la autonomía y la autodeterminación que ya vienen siendo aplicados a los procesos deliberativos propios de la CP reivindicando su carácter vinculante.

En estas circunstancias, como ya lo ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el desafío para la eficacia del derecho a la Consulta Previa no radica en refinar su contenido a través de nuevas y mejores normas que lo regulen y estandaricen como mecanismo, sino en revitalizar un marco normativo que resulte verdaderamente efectivo, especialmente "para la protección de los derechos humanos frente a actividades extractivas, de explotación y desarrollo", (CIDH, 2015). Sin lugar a dudas, este reto pasa por fortalecer la probidad normativa a fin de restablecer Estados garantes de los derechos humanos individuales, colectivos y bioculturales, no cooptados por los grandes poderes corporativos. Además, implica el pleno reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación y, en el ámbito de la Consulta Previa, fortalecer el derecho al Consentimiento Previo, Libre e Informado con fuerza vinculante.

A esta conclusión han llegado los pueblos indígenas en diversos escenarios de encuentro e intercambio, entre los que se cuentan las reuniones de trabajo llevadas a cabo por invitación de IWGIA y la Fundación Ford en México DF y Lima, a las que asistieron representantes de pueblos y organizaciones indígenas de México, Honduras, Guatemala, Panamá, Colombia, Bolivia, Chile, Perú y Brasil entre 2018 y 2019.

En estos mismos encuentros, surgió la propuesta de explorar las experiencias de protocolos autonómicos de Consulta Previa que avanzan ya en algunos países, ponerlos

en la perspectiva de procesos más eficaces y garantistas, y plasmarlos en un compendio que pueda resultar de utilidad para los pueblos y comunidades étnicas que luchan por la salvaguarda integral de sus derechos colectivos.

## 2. Fuentes de los derechos indígenas a la CP y al CPLI

La fuente primaria de los derechos a la Consulta y el Consentimiento Previo, Libre e informado se origina, tácita o explícitamente, en las leyes de origen, los sistemas de derecho consuetudinario, los usos y costumbres, o en cualquiera que sea la forma que toman la autonomía y el autogobierno en el ordenamiento de las sociedades y los territorios indígenas como resultado del ejercicio de su derecho a determinarse libremente.

Ahora bien, la incorporación del derecho a la Consulta Previa (CP) y el Consentimiento Previo, Libre e Informado (CPLI) en el catálogo jurídico de las diferentes naciones en las que existen pueblos indígenas y tribales, se da al momento de adoptar el Convenio 169 de la OIT. Con él, se marcó el nacimiento de un campo jurídico internacional que, en el marco de los derechos humanos, predica el derecho de los pueblos ancestrales a participar en las decisiones públicas o privadas que puedan comprometer su integridad, territorios y recursos colectivos y, en consecuencia, a determinar libremente su destino.

Sin embargo, el alcance y contenido de estos derechos ha venido configurándose a través del tiempo en cada país, bien por la lucha de las comunidades, por la jurisprudencia emanada de jueces y altos tribunales nacionales, o bien por la misma vía del derecho internacional y sus instancias, especialmente la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos para los Estados que la integran.

### Convenio 169 de la OIT

**"1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:**

**Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; […]**

**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".**

De allí que el derecho de los pueblos y comunidades étnicas a ser consultados y, más allá, a dar su consentimiento sobre cualquier medida, obra o proyecto que pueda afectarlos, no es estrictamente vinculante para todos los Estados, lo cual significa que la negativa de una comunidad respecto al objeto de una consulta, no obliga al Estado ni implica su suspensión o descarte. En otras palabras, los parámetros que ofrece el Convenio cuando el resultado de una CP termina en posiciones opuestas frente a la implantación de medidas administrativas, legislativas, o el desarrollo de obras o proyectos

## 2.1. Estándares de aplicación de la CP en América Latina

Las reglas para el ejercicio del derecho a la Consulta Previa están consignadas en el Convenio 169 de la OIT, pero igualmente han tenido cierto desarrollo normativo y jurisprudencial aplicable en América Latina a partir de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), y de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre ellas, los casos del Pueblo Saramaka vs. Surinam, y del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, esta última, la más explícita en la definición de estándares para la garantía de este Derecho.[2]

En principio, la Consulta Previa es un diálogo intercultural entre los Estados y los pueblos indígenas que, respetando los postulados de la DNUDPI, debería orientarse a lograr un acuerdo entre las partes y obtener el consentimiento de la comunidad respecto a la ejecución o implementación de medidas legislativas, administrativas, obras o proyectos que puedan afectar sus territorios, sociedades o culturas.

Pero lo cierto es que este ámbito de aplicación que pareciera claro y expedito, no está exento de problemas aún desde el momento mismo de la determinación del sujeto a ser consultado, bien porque no todos los Estados han dado reconocimiento jurídico al sujeto colectivo; porque el reconocimiento pasa por aparatos burocráticos que niegan o circunscriben la presencia de pueblos indígenas a puntos limitados de un territorio, o bien porque estos aparatos desestiman o relativizan la eventual afectación de la medida o intervención, es decir, que también puede ser motivo de discrepancia para la activación o el "nacimiento de la obligación de consultar"[3] , el objeto mismo de la consulta y su grado de afectación .

Por otra parte, y especialmente cuando se trata de actividades relacionadas con la extracción de recursos o el desarrollo de obras de infraestructura, el clima de seguridad en los territorios colectivos es determinante para la garantía del derecho a la CP. En este sentido, la Comisión y la Corte Interamericana han subrayado reiteradamente que los Estados están obligados a la protección del derecho a la vida y la integridad personal fundamentales para el ejercicio de cualquier otro derecho, y que eso incluye tanto el despliegue efectivo de acciones de salvaguardia de la población en áreas afectadas por situaciones de violencia, conflicto armado o actividades ilegales, como también el desarrollo de marcos regulatorios relativos a la intervención y presencia de las industrias extractivas y las

2 *CIDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam - Sentencia del 12 de agosto de 2008, y Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador - Sentencia del 27 de junio de 2012. Disponibles en http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es*

3 *Quintana Osuna, Karla I. y Góngora Maas, Juan Jesús. (2017). Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en los sistemas de derechos humanos. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia. Núm. 6, México, 2017. Disponible en https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/CESIDH-Derechos-Pueblos-Indigenas.pdf*

que las comunidades consideran lesivos para su bienestar y futuro colectivo, no van mucho más allá de una demanda de principios a los Estados y una consideración abstracta de los derechos colectivos, salvo si la intervención acarrea un daño de extrema gravedad tal como puede ser el traslado de la población, el vertimiento de tóxicos u otro impacto de tal magnitud que ponga en riesgo su supervivencia, en cuyo caso, deberá contarse con el consentimiento del pueblo afectado.

En un tenor similar, sobre la participación en los beneficios o la indemnización por eventuales daños ocasionados al sujeto colectivo como consecuencia de cualquier tipo de intervención en sus territorios o afectación a sus derechos, el Convenio 169 cumple solo con alentar a los Estados para que permitan "siempre que sea posible", la participación de los pueblos interesados en los beneficios que reporten las actividades adelantadas en sus territorios, o la indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (Artículo 15).

Estas debilidades en el contenido del derecho a la CP del Convenio 169 de la OIT, han sido objeto de examen permanente por parte de los pueblos, comunidades y organizaciones étnicas. Desde el momento mismo de su entrada en vigor, se advirtieron los riesgos de este mecanismo y se cuestionó su eficacia para garantizar los derechos colectivos –en particular los derechos territoriales–, lo que dio lugar a un trabajo de identificación de los vacíos normativos y las asimetrías que generaba, con el fin de darle solución jurídica y política. Fue así como, especialmente durante la década dedicada a los pueblos indígenas por Naciones Unidas (entre 1995 y 2004), la Consulta Previa se convirtió en tema obligado en los debates internacionales, tanto del Sistema de Naciones, como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En este contexto, la Asamblea General promulgó la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que, si bien retomó el derecho a la CP y al CPLI como materia de primer orden, dio apenas un pequeño giro para reforzar el concepto de consentimiento libre, previo e informado como objetivo de la CP en el caso de eventuales medidas legislativas o administrativas:

> *Artículo 19. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado (CLPI).*

Dado que, a diferencia del Convenio 169 de la OIT, esta Declaración no tiene fuerza jurídica obligatoria, el CLPI como solución de continuidad de la CP continuó siendo un derecho colectivo limitado a los casos excepcionales establecidos por el Convenio 169 de la OIT, o sujeto a la dimensión del impacto, por tanto, susceptible a valoraciones sesgadas por parte de los Estados o las empresas. Esta restricción es confirmada, incluso, por la Corte Constitucional colombiana que ha mantenido una línea jurisprudencial favorable a los pueblos y comunidades étnicas:

"[El consentimiento previo, libre e informado] Se da en estos tres casos excepcionales, conforme a los desarrollos jurisprudenciales y del derecho internacional: (i) Traslado o

reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento; (ii) el almacenamiento o depósito de materiales peligrosos o tóxicos en sus territorios: (iii) medidas que impliquen un alto impacto social, cultural y ambiental que pone en riesgo su subsistencia". (CC. Sentencia SU-123 de 2018) [1]



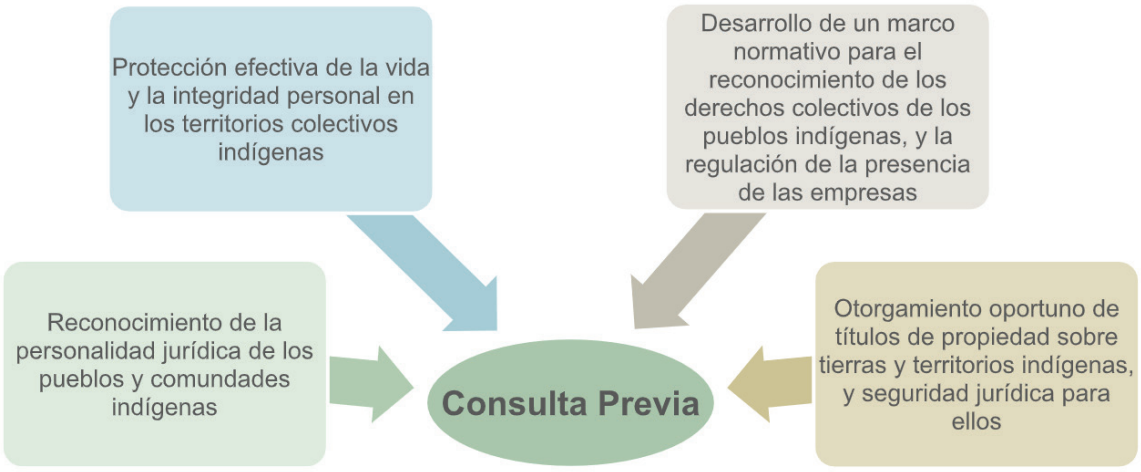
[1] *Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-123 de 2018. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU123-18.html*

empresas privadas de seguridad que las acompañan en los territorios (CIDH, 2015).[4]

Es evidente que aunque estos presupuestos jurídicos de la Consulta Previa el sujeto colectivo a ser consultado, el ámbito geográfico y social de eventual afectación, y el objeto y tipo de afectación por la que este sujeto será consultado , no pertenecen al conjunto de estándares de aplicación de la Consulta Previa propiamente dichos porque, justamente, la anteceden, la Convención Americana[5] y la jurisprudencia de la Corte Interamericana han estimado obligatorio que los Estados generen las garantías sociales y jurídicas previas y necesarias para el ejercicio pleno de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, incluyendo el derecho a la Consulta Previa.

> *Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969)*

## Condiciones para el desarrollo de la CP




Fuente: elaboración propia a partir de CIDH, 2015

4 *Inter-American Commission on Human Rights. (2015). Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo / [Preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos]. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15. Disponible en http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf*

5 *Convención Americana de Derechos Humanos, 1969. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm*

Fuente: IWGIA con base en Convenio 169 de la OIT y en la DNUDPI

En cuanto al estándar aplicable al derecho correlativo a la CP, el Consentimiento Previo, Libre e Informado, la sentencia de Saramaka vs. Surinam, establece que "…cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones". (CIDH, 2008)

## 3. Marcos normativos y jurisprudencia en América Latina

Si bien, la mayor parte de los países de América Latina son parte del Convenio 169 de la OIT[6], la implementación de este Tratado ha tomado diversos rumbos en cada uno de ellos. De hecho, aunque en la mayoría de estos Estados los tratados del derecho internacional tienen jerarquía constitucional o el carácter de norma "supra-legal" (superior a las leyes ordinarias pero inferior a la Constitución, como en el caso de Brasil), se han adoptado leyes o reglamentos de inferior rango que han desvirtuado los contenidos del Convenio 169 rebajando los estándares y, como consecuencia de ello, han conducido a precarizar derechos fundamentales tales como la titulación de tierras colectivas, o el mismo derecho a la Consulta y al Consentimiento Previo, Libre e Informado, entre otros. Otro factor que ha incidido en el debilitamiento del Convenio 169, es el hecho de haber nacido en el seno de la Organización Internacional del Trabajo OIT, un organismo peculiar en el contexto del Sistema de Naciones Unidas porque se halla conformado no solo por delegaciones de los Estados, sino también por representantes de los trabajadores y los patronos. Esta circunstancia añade tensiones a la garantía del derecho a la CP dadas las objeciones de los mismos empresarios que hacen parte de la OIT frente su implementación:

> *"Para las organizaciones empresariales miembros de la OIT en particular de América Latina y el Caribe, región responsable de 15 de las 22 ratificaciones, su implementación [del Convenio 169] viene presentando grandes retos y obstáculos importantes en la realización de inversiones no solo en proyectos extractivos de recursos naturales sino también en la ejecución de proyectos de infraestructura energética, puertos, aeropuertos, vialidad, etc. […] los empleadores advirtieron que en algunos países se estaban produciendo situaciones que afectaban negativamente el derecho a la propiedad privada y a la seguridad jurídica, derivadas de inconvenientes en la aplicación de los procesos de la consulta previa por parte de los Estados". (OIT, 2016)*[7]

6 *Salvo países como Uruguay, Cuba y Panamá, el Convenio 169 de la OIT ha sido ratificado y se encuentra en vigor en 15 países de la Región: Argentina; Estado Plurinacional de Bolivia; Brasil; Chile; Colombia; Costa Rica; Dominica; Ecuador; Guatemala; Honduras; México; Nicaragua; Paraguay; Perú; República Bolivariana de Venezuela. Ver https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314:NO*

7 *OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe. (2016). Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la consulta previa a los pueblos indígenas en proyectos de inversión. Reporte regional: Colombia, Costa Rica, Guatemala, Chile. Lima:. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_507556.pdf*

Sobre este contraste de intereses, los Estados han dado diversas lecturas y énfasis doctrinales a la CP y el CPLI, algunos de ellos intentando fortalecer su contenido sustantivo y mejorando los estándares internacionales de aplicación -como ha ocurrido en Colombia a través de la jurisprudencia de su Corte Constitucional-, pero otros han regulado a la baja tanto el contenido de estos derechos, como sus estándares de aplicación, particularmente en materia de consultas relacionadas con la exploración y explotación de recursos naturales y la construcción de grandes obras de infraestructura. Lamentablemente, como veremos a continuación, ni unos ni otros han tenido la fuerza jurídica, la voluntad política o el clima social para articular la CP y el CPLI con los derechos colectivos a la autonomía y la libre determinación también reconocidos en diversos instrumentos del derecho internacional , lo que se explica fundamentalmente como una consecuencia de sus modelos de desarrollo fuertemente ligados a la dinámica productiva de los sectores primarios, es decir, a la explotación y venta de bienes y recursos naturales no manufacturados (commodities), muchos de los cuales se encuentran en territorios indígenas.[8]

Esta circunstancia ha profundizado en todos los países la tensión entre la garantía de los derechos a la CP y el CPLI, y el ejercicio de prerrogativas de la sociedad hegemónica sobre la propiedad individual, la libre empresa y el mercado. Ante esta colisión, algunos Estados han optado por añadir valor jurídico a la explotación de recursos aplicando nociones constitucionales o legales que la elevan a la categoría de "actividad preferente", o la justifican por "motivos de utilidad pública o interés social". A menudo, estas calidades son utilizadas para dar viabilidad y soporte jurídico a las prioridades e intereses de un gobierno o de los particulares, en detrimento de los derechos de los pueblos indígenas.

## 3.1. México - Marco legal de la CP

La Constitución mexicana reconoció el carácter pluricultural de la nación desde 1992, incorporando el derecho a la autodeterminación de los pueblos en el 2001. Sin embargo, los movimientos indígenas de México han reclamado históricamente que el ejercicio pleno de su autonomía implica partir de un reconocimiento constitucional como "sujetos de derecho propio", esto es, acabar con la desviación paternalista actual que jurídicamente los confina en la categoría de "sujetos de interés público" dependientes de la voluntad y de los procesos del Estado. En este sentido, cabe anotar que esta calidad discriminatoria ha intentado ser rectificada recientemente en la Ley del Instituto Nacional de Pueblos

8 *"Un commodity es un producto o bien por el que existe una demanda en el mercado y se comercian sin diferenciación cualitativa en operaciones de compra y venta… un commodity es un bien que tiene valor, utilidad y un bajo nivel de procesamiento", por ejemplo, granos (soya, trigo, maíz, avena, cebada, etc.); softs (algodón, jugo de naranja, café, azúcar, cacao); energías (petróleo crudo, gasolina, gas natural, etanol, nafta); metales (oro, plata, cobre, platino, aluminio, paladio); carnes (ganado bovino vivo, ganado porcino vivo, manteca, leche). Tomado de https://www.eleconomista.com.mx/mercados/ABC-de-los-commodities-20120511-0061.html*

Indígenas (INPI) de 2018, donde se introdujo el concepto de "sujetos de derecho público". No obstante, por ser una norma de menor jerarquía, esta Ley no puede modificar la Constitución que mantiene su vigencia.

México fue el primer país de Latinoamérica en firmar el Convenio 169 de la OIT, ratificándolo en 1990. Sin embargo, la CP y el CPLI no tuvieron fuerza de aplicación hasta el 2011, cuando una reforma constitucional estableció que los tratados internacionales firmados por México en materia de derechos humanos tendrían jerarquía constitucional, lo cual permitió que la CP se volviera exigible a través de un juicio de garantías constitucionales.

Pero a pesar de estos avances, existen otras leyes sectoriales que obstruyen el cumplimiento y eficacia de aplicación de la CP. Un ejemplo de ello son las leyes federales y reglamentarias derivadas de la reforma energética del 2013, las cuales, para comenzar, ni siquiera fueron consultadas. Esto resultó en modificaciones sobre asuntos de exploración y explotación de recursos naturales sumamente sensibles para el ejercicio de derechos colectivos de los pueblos indígenas. Entre otras cosas, se decretó que el sector energético y minero entrarían a ser "actividades preferentes de utilidad pública" frente a otros aprovechamientos de la superficie y el subsuelo. De facto, esto rompe totalmente el espíritu y finalidad de la CP, pues la convierte en un simple trámite de negociación con los y las campesinas indígenas, quienes pueden llegar a estar literalmente obligados a entregar sus tierras para dichas actividades.

Entre las leyes sectoriales que regulan la extracción de recursos naturales poniendo en riesgo los derechos indígenas sin siquiera haber sido sometidas a Consulta Previa están: la Ley de Hidrocarburos; Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable y su reglamento; Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados y la Ley de Industria Eléctrica, que introduce al menos tres elementos extremadamente sensibles para la garantía de derechos de los pueblos indígenas:

- Abre paso a la inversión privada en la producción y venta de energía
- Establece que la exploración y extracción de hidrocarburos es actividad preferente frente a otros aprovechamientos de la superficie o del subsuelo
- Elimina la prohibición de enajenar bienes comunales en coherencia con la declaración de causa de utilidad pública e interés social

En relación con la normatividad específicamente asociada a la CP y el CPI, el gobierno mexicano ha intentado promulgar una Ley General de Consulta, pero ha sido cuestionada por los pueblos indígenas porque se tramita en un proceso legislativo excluyente; omite aspectos cruciales de la autodeterminación, y podría mermar aún más los derechos colectivos de los pueblos.

## Aplicación de estándares y experiencias autonómicas en México

En México, el marco legal no garantista sumado a las violaciones del derecho a la vida y la integridad de autoridades y representantes indígenas en algunos territorios marcados por la violencia, llevan a concluir que las condiciones sociales y jurídicas previas y necesarias para el ejercicio del derecho colectivo a la Consulta Previa y el Consentimiento Previo, Libre e Informado, no satisfacen los mínimos para su pleno ejercicio.

De la misma manera, el cumplimiento de los estándares de aplicación de la CP es precario, afirmación que se sustenta en hechos como la omisión de consulta por medidas administrativas; la desatención de particularidades culturales; su desarrollo bajo un clima de hostigamiento, criminalización y violencia, y su aplicación solo cuando se tenga un "impacto significativo", calificado como un estándar de la CP por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los siguientes términos:

> *"No obstante, lo anterior no significa que deban llevarse a cabo consultas siempre que grupos indígenas se vean involucrados en alguna decisión estatal, sino sólo en aquellos casos en que la actividad del Estado pueda causar impactos significativos en su vida o entorno. Así, se ha identificado -de forma enunciativa mas no limitativa- una serie de situaciones genéricas consideradas de impacto significativo para los grupos indígenas como: 1) la pérdida de territorios y tierra tradicional; 2) el desalojo de sus tierras; 3) el posible reasentamiento; 4) el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural; 5) la destrucción y contaminación del ambiente tradicional; 6) la desorganización social y comunitaria; y 7) los impactos negativos sanitarios y nutricionales, entre otros. Por tanto, las autoridades deben atender al caso concreto y analizar si el acto impugnado puede impactar significativamente en las condiciones de vida y entorno de los pueblos indígenas". (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016)* [9]

Otro estándar internacional a menudo omitido, es el carácter previo de la Consulta, lo cual ha derivado en que cerca de la mitad de las 29 consultas llevadas a cabo en materia socio-ambiental, se hayan dado como resultado de un litigio.

En este contexto de precarias garantías para el ejercicio de las consultas, además de la discusión sobre la eficacia y conveniencia de la aplicación de la CP y el CPLI al margen de los referentes que imponen el derecho de autonomía y libre determinación, algunos pueblos indígenas han venido impulsando Protocolos Comunitarios de Autoconsulta, y la aplicación directa de los estándares constitucionales e internacionales vigentes.

9 *Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 2a. XXVII/2016 (10a.). Disponible en https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2011957&Clase=DetalleTesisBL&Semanario=0*

Una vez sorteadas las garantías sociales, jurídicas y territoriales precedentes, puede hablarse de los estándares de aplicación de la Consulta Previa que pueden sintetizarse así:

## Estándares internacionales para la garantía del derecho a la Consulta Previa

| ESTÁNDAR | DESCRIPCIÓN |
|---|---|
| Previa | El Estado garantiza la participación y la consulta en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo |
| | La consulta permite que la opinión de la comunidad sea relevante para adoptar o desechar la medida o ver las condiciones en que esta se adopta |
| | El proceso se inicia lo suficientemente temprano para que sea posible adecuar los planes y propuestas relativos a la iniciativa consultada |
| Libre | Existe un clima de confianza mutua (ausencia de coerción de agentes del Estado o de terceros) |
| Informada | Se proporciona información veraz, transparente y verificable, atendiendo el estado del proyecto |
| | Se proporciona Información completa, garantizando el conocimiento de beneficios y riesgos de la medida consultada |
| | La información es accesible. Se dispone de traducción y se usan ayudas, conceptos e información vinculada con aspectos relevantes para la vida de la comunidad, actual y futura |
| | La comunidad tiene la oportunidad de plantear dudas acerca de la información entregada, y son resueltas de manera adecuada, en un tiempo oportuno |
| Pertinente | La consulta se hace considerando las formas de organización política de la comunidad (representantes elegidos de acuerdo a costumbres, tradiciones o en la forma que haya decidido la organización si se trata de una comunidad urbana) |
| | La consulta se realiza mediante procedimientos culturalmente adecuados. Se toman medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces |
| | La consulta considera y respeta los mecanismos tradicionales de la comunidad para la toma de decisiones |
| | Se acuerda una temporalidad acorde a las necesidades de la comunidad y de la medida consultada (tiempo apropiado para analizar y debatir la medida de acuerdo a la complejidad de la misma) |
| Buena fe | Existe un clima de diálogo y participación activa de las partes donde no se produzcan asimetrías de poder |
| | Se excluyen prácticas que favorezcan la desintegración de la representación de la comunidad o que promuevan liderazgos paralelos |
| | Se hace con el fin de llegar a un acuerdo y lograr el consentimiento. No debe limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños |
| | Es realizada por el Estado, no por una empresa privada o por terceros |

## 2.2. Honduras - Marco legal de la CP

La Constitución de Honduras determina que "Es deber del Estado dictar medidas de protección de los derechos e intereses de las comunidades indígenas existentes en el país, especialmente de las tierras y bosques donde estuvieren asentadas" (Art. 436), comprometiendo también su obligación de preservación y estímulo "…a las culturas nativas, así como las genuinas expresiones del folclore nacional, el arte popular y las artesanías" (Art. 173).

Por otra parte, la Constitución hondureña establece que los tratados internacionales ratificados por el Estado forman parte del derecho interno, así como también que en caso de conflicto entre un tratado/convención y una ley interna, prevalecerá el primero (Art. 15 y 18). De ello se desprende que el Convenio 169 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad en Honduras, y que el derecho de los pueblos indígenas a la Consulta Previa debería tener un carácter de norma preferente. Sin embargo, su aplicación directa ha sido supeditada a la aprobación de una ley sobre la materia.

Viarias iniciativas de ley de Consulta fueron elaboradas en años recientes por organizaciones indígenas como la Confederación de Pueblos Autóctonos de Honduras (CONPAH); el Consejo Cívico de Organizaciones Populares e Indígenas de Honduras (COPINH); la Organización Fraternal Negra Hondureña (OFRANEH), e instituciones estatales, principalmente la Dirección Nacional de Pueblos Indígenas y Afrodescendientes (DINAFROH). Sin embargo, estas iniciativas no fueron debidamente tomadas en cuenta por el Gobierno hondureño al elaborar sus propias propuestas de ley. La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas presentó observaciones y recomendaciones detalladas con respecto a los problemas de forma y fondo que halló en un anteproyecto de Ley de Consulta Previa desarrollado y socializado por el Gobierno en 2016 [10]. Sin embargo, dichas recomendaciones no fueron acatadas por el ejecutivo en un proyecto de ley presentado al legislativo en 2018. Este último proyecto fue tramitado por el Ministerio de Trabajo, presumiblemente, bajo presiones del sector privado para su aprobación.

Algunos de los problemas más graves identificados por las organizaciones indígenas en este proyecto de ley al que se oponen [11] tienen que ver con el reconocimiento del sujeto colectivo, las restricciones del derecho a la propiedad colectiva, y el tipo de afectación que dará lugar a la consulta:

- Entrega el reconocimiento jurídico de los pueblos y comunidades que podrán ser

**10** *Ver, 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 (Honduras, 22 de diciembre de 2016). Disponible en: http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/special/2016-honduras-unsr-comentarios-anteproyecto-ley-consulta-sp.pdf.*

**11** *Ver: Honduras: Nociva versión de ley de consulta pretende imponer gobierno, 2018. Disponible en https://www.servindi.org/actualidad-noticias/25/05/2018/nociva-version-de-ley-de-consulta-pretende-imponer-gobierno*

sujeto de Consulta Previa, en manos del Comisionado Nacional de la Consulta Libre, Previa e Informada -CONACOLP, instancia que pretende crear la misma Ley, es decir, que es impuesta por el Estado y restringe la libre determinación indígena.

- Profundiza las restricciones al derecho a la propiedad colectiva.
- Establece que la Consulta se realizará, única y exclusivamente con los representantes de las comunidades de los PIAH (pueblos indígenas, tribales y afrodescendientes) susceptibles de afectación directa, debidamente acreditados ante el CONACOLP (Comité Nacional de Consulta Previa).
- Prevé que en caso de "ausencia de participación", es decir que las partes no participen en una CP, no acrediten representación o se ausenten del proceso de la Consulta, el CONACOLP dará constancia en el expediente y el Estado tomará la decisión de adoptar total, parcialmente o no adoptar la medida objeto de la Consulta.

## Aplicación de estándares y experiencias autonómicas en Honduras

Los indígenas de Honduras a través de sus representantes, señalan el incumplimiento de los estándares internacionales en relación con la Consulta Previa, y la instrumentalización del Convenio 169 de la OIT cuyo cumplimiento ha sido concebido por el Gobierno como un asunto de índole laboral, y no como la garantía de derechos humanos colectivos. En este sentido, la Consulta Previa ha quedado reducida, en el mejor de los casos, a negociaciones tardías o meras socializaciones.

A nivel de la institucionalidad estatal, se puede destacar el rol de la Fiscalía Especial de Etnias y Patrimonio Cultural que ha emprendido algunas acciones penales contra funcionarios que aprobaron proyectos sin consultar a los pueblos indígenas afectados. Sin embargo, esta Fiscalía no cuenta con los recursos técnicos y financieros suficientes para desempeñar sus funciones.

Entre los principales hechos que ilustran el incumplimiento de estándares de CP se pueden mencionar:

- No reconocimiento de los sujetos de la consulta.
- Restricciones al ámbito de aplicación de la consulta.
- Amenazas y asesinatos de dirigentes indígenas opuestos a proyectos que afectan sus tierras y recursos, registrando incluso estructuras criminales en las que se han visto judicialmente implicadas las empresas, como fue el caso del juicio contra los autores materiales del asesinato de Berta Cáceres.

- Corrupción, fraude, abuso de autoridad, falsificación de documentos, entre otros delitos, por parte de funcionarios públicos (Investigaciones de MACCIH-OEA).
- Limitado entendimiento del marco normativo del objeto de la CP y CLPI por parte del Estado.
- Falta de garantías para la adecuada representación de los pueblos indígenas.
- Ausencia de estudios de impacto social, ambiental, cultural y DDHH realizados por entidades independientes e imparciales de manera previa a la aprobación de una actividad o medida.
- Omisión de una "consulta sobre la consulta", como medida para garantizar un clima de confianza y mutuo respeto entre Estado y pueblos indígenas mediante el consenso sobre la definición del procedimiento consultivo, particularmente, con respecto a la elaboración de una ley sobre consulta previa.

Ante esta situación de falta de garantías jurídicas y sociales para el ejercicio del derecho a la CP, también se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de las comunidades Garífuna Triunfo de la Cruz y Punta Piedra [12], condenando al Estado por las violaciones de derechos territoriales colectivos y de Consulta Previa de estas comunidades que fueron afectadas por proyectos mineros, turísticos y la creación de áreas protegidas sin ser consultadas previamente.

Actualmente, algunos pueblos indígenas vienen trabajando en la realización y aplicación de protocolos propios o procesos de auto consulta. De hecho, la experiencia de auto consulta del pueblo Lenca de Santa Elena, La Paz, alrededor de un proyecto de represa que no fue consultado, es un precedente para otras comunidades indígenas de Honduras que quieren fortalecer esta estrategia autonómica. De igual manera, el Pueblo Indígena Miskitu viene adoptando una estrategia autonómica para su relacionamiento con la institucionalidad y las empresas a través del "Protocolo Bio-cultural del Pueblo Indígena Miskitu que garantiza el derecho al Consentimiento Libre, Previo e Informado".

## 2.3. Guatemala - Marco legal de la CP

En la Constitución de Guatemala, se establece que los tratados y convenciones de DDHH ratificados por el Estado tienen preeminencia sobre el derecho interno (Art. 46), lo cual otorga una mayor jerarquía jurídica al Convenio 169 de la OIT. Por otra parte, la Constitución instituye algunos principios y normas orientadas al reconocimiento y la protección de los diversos grupos étnicos, subrayando aquellos de ascendencia maya (Art. 66), sus tierras y territorios:

12 *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Sentencia de 8 de octubre de 2015; y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras. Sentencia de 8 de Octubre de 2015. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf*

> Artículo 67. Las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, gozarán de protección especial del Estado, asistencia crediticia y de técnica preferencial, que garanticen su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida. Las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que históricamente les pertenecen y que tradicionalmente han administrado en forma especial, mantendrán ese sistema. (Constitución de Guatemala).

Respecto a la participación y consulta de decisiones de especial trascendencia, se adicionó un artículo constitucional que establece la obligatoriedad de procesos consultivos de aplicación general entre la población, decisión que si bien va en la línea de ofrecer espacios de participación ciudadana, entra en conflicto con lo ya establecido en el Convenio 169 de la OIT porque desdibuja la naturaleza especial de la CP en materias que interesan a los pueblos indígenas; delega la iniciativa a voluntad del ejecutivo o legislativo; hace más dispendiosa la organización de la consulta, y requiere una compleja organización institucional para llevarlas a cabo.

> *Artículo 173.- (Adicionado) Las decisiones políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos. La consulta será convocada por el Tribunal Supremo Electoral a iniciativa del Presidente de la República o del Congreso de la República, que fijarán con precisión la o las preguntas que se someterán a los ciudadanos. (Constitución de Guatemala)*

Ante la ausencia de una ley de CP, los procesos de consulta en Guatemala se han enmarcado en el Código Municipal y la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano Rural, pese a que dichas normas tampoco se ajustan a los estándares internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas. El Código Municipal promueve la participación ciudadana a nivel local mediante la consulta a los vecinos sobre asuntos de trascendencia. Estas consultas pueden ser celebradas a iniciativa el Concejo Municipal o pueden ser solicitadas por los vecinos [13] . Por su parte, la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural establece el Sistema de Consejos de Desarrollo como medio de participación de los pueblos indígenas y población no indígena "en la gestión pública para llevar a cabo el proceso de planificación democrática del desarrollo" [14]. Esta Ley contiene una disposición transitoria para establecer que "En tanto se emite la ley que regule la consulta a los pueblos [indígenas] sobre medidas de desarrollo que impulse el organismo ejecutivo y que afecten directamente a estos pueblos, podrá hacerse por conducto de sus representantes en los consejos de desarrollo" [15]. Y si bien esta última ley promueva la participación de los pueblos indígenas, les impone nuevas estructuras de representación que podrían incidir en la eficacia de la misma norma.

13 *Código Municipal (2002), artículos 63-65.*

14 *Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural (2002), art. 1.*

15 *Ibid., art. 26.*

## Aplicación de estándares y experiencias autonómicas en Guatemala

Desde 1996, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha tramitado más de 55 sentencias sobre consulta indígena para casos relacionados con proyectos mineros, hidroeléctricos, transporte de energía eléctrica, centrales de energía eléctrica, muchos de ellos sustentados en la omisión del deber de CP y del estándar de la buena fe. A juicio de la Corte, efectivamente estos hechos han invalidado diversos proyectos, derivando en órdenes que han incluido la suspensión de licencias; reparación de daños; realización de estudios de daños; medidas de mitigación y reparación, y la orden de realización de procesos de CP. Por esta vía jurisprudencial, también se han establecido lineamientos para identificar cuándo procede la consulta; identificar implicaciones técnicas e impactos ambientales de la actividad; determinar las instituciones encargadas de llevar a cabo las CP, y fijar orientaciones para el desarrollo de las consultas.

Estas intervenciones de la Corte -que incorporan requisitos internacionales en su análisis pero no siempre se reflejan en las decisiones-, permiten deducir el bajo cumplimiento de estándares de CP, aunado a que en Guatemala, el Estado delega a las empresas la responsabilidad de garantizar mecanismos de participación pública de comunidades afectadas antes del otorgamiento de licencias ambientales para los proyectos que proponen, lo cual contradice los estándares internacionales y pone en evidencia la necesidad de definir con mayor claridad la entidad responsable de garantizar las consultas indígenas.

Actualmente, se han dado algunos procesos de consulta comunitaria de buena fe, en el marco de la legislación municipal. Los resultados de estas consultas reflejan la voluntad de las comunidades y serían vinculantes para las autoridades municipales. Sin embargo, tratándose de proyectos de minería, hidrocarburos y otros recursos no renovables, la decisión es competencia de autoridades nacionales del Estado con base en el resultado de las consultas, debilitando así la voluntad comunal y subordinándola a la decisión estatal.

## 2.4. Colombia - Marco legal de la CP

La incorporación del derecho a la Consulta Previa (CP) y el Consentimiento Previo, Libre e Informado (CPLI) en el ordenamiento jurídico y el Bloque de constitucionalidad colombiano, se produce con la adopción del Convenio 169 de la OIT a través de la Ley 21 de 1991, materializando a su vez el derecho a la participación también consignado en el artículo 103 de la Constitución Nacional. Sin embargo, el contenido de este derecho ha venido configurándose a través del tiempo, bien por la misma vía del derecho

internacional y sus instancias –especialmente la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, o por la jurisprudencia emanada de los altos tribunales, particularmente la Corte Constitucional en su calidad de órgano de cierre de la jurisdicción constitucional en Colombia.

Es obligado reconocer que por esta vía jurisprudencial, y gracias a la movilización y los espacios de concertación abiertos por los pueblos indígenas, el contenido y el alcance de los derechos a la CP y el CPLI se han venido afianzando en Colombia de manera tal que, por ejemplo, en uno de los múltiples pronunciamientos del alto Tribunal respecto al CPLI como correlato del derecho a la CP (Sentencia T-129 de mayo de 2011), se concluyó que además de la realización de la consulta, el Estado está obligado a obtener el consentimiento de las comunidades implicadas.

Esta sentencia, sin embargo, puso de relieve los problemas jurídicos que rodean la obligatoriedad del consentimiento, y se interesó en disipar el impulso que por un tiempo tomó la noción del consentimiento como un tácito derecho de veto. En este sentido, la Corte colombiana estima que es aconsejable evitar la resistencia generada por la consulta veto ya que, aunque sería compatible con la Convención, no resulta conveniente para ninguna de las partes y, bajo la misma línea de razonamiento de la línea media, considera que la aplicación del criterio de afectación evitaría el artificio de las consultas previas informativas que no se ajustan a la Convención.

En cuanto al tipo de medidas en torno a las cuales se debe buscar el consentimiento, la Corte se niega a aceptar que sean sólo aquellos casos en los que se consulte por los planes de desarrollo o de inversión a gran escala. En su lugar, plantea que

> *"[...] toda medida administrativa, de infraestructura, de proyecto u obra que intervenga o tenga la potencialidad de afectar territorios indígenas o étnicos deberá agotar no sólo el trámite de la consulta previa desde el inicio, sino que se orientará bajo el principio de participación y reconocimiento en un proceso de diálogo entre iguales que tendrá como fin el consentimiento, previo, libre e informado de las comunidades étnicas implicadas". (CC Sentencia T-129/11)*

Respecto a otras garantías que deben prestar el Estado y los concesionarios al momento de considerar los planes de "infraestructura o desarrollo", la Corte reiteró que igualmente están obligados a ofrecer participación y una distribución razonable de los beneficios de la actividad con el pueblo directamente afectado.

Posteriormente, la Corte ha seguido haciendo nuevos pronunciamientos cuya lectura deja entrever cierto retroceso en relación con la solución concertada en la eventualidad de posiciones encontradas en un proceso de consulta que no dé lugar al consentimiento. En

efecto, la Corte admite la posibilidad de que ante visiones irreconciliables (cuando no sea posible la concertación o acuerdo), la decisión queda en manos del Estado, es decir, del gobierno de turno.

> *"[...] la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; así, ha de ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional, que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, donde además se deben arbitrar los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros". (Corte Constitucional, Auto 053/12)*

Sobre esta base, la institucionalidad del Gobierno nacional encargada de liderar los procesos de CP y las empresas u organizaciones que tienen sus intereses puestos en áreas o recursos naturales existentes al interior de los territorios étnicos, han afianzado la asimetría en las decisiones respecto a las obras o proyectos extractivos porque aquellos que no han obtenido el consentimiento, a lo sumo han dado lugar a una suspensión o exigencia de trámites y negociaciones adicionales que no rivalizan con su viabilidad técnica, económica y política, muy a contrapelo de lo sugerido por la misma Corte Constitucional en el sentido de que dadas unas afectaciones de gran magnitud que pudieran recaer sobre un grupo o comunidad poniendo en riesgo su existencia, prevalecerá el principio pro homine.

De este modo, el contenido del derecho colectivo fundamental a la CP y al CPLI se ha moldeado al calor de las controversias no resueltas entre los pueblos étnicos, los intereses del Gobierno de turno, el lobby empresarial y la jurisprudencia, lo cual permite afirmar que si bien la aplicación del mecanismo de CP ha ido en aumento durante las últimas décadas llegando a contabilizarse más de 4.000 consultas entre 1994 y 2018 [16], la garantía de la Consulta y el Consentimiento están aún en permanente discusión, respondiendo a los avatares de las fuerzas económicas, sociales, políticas y jurídicas que discrepan sobre el modelo de desarrollo socioeconómico y la seguridad jurídica de los territorios colectivos en las áreas rurales del País, escenario de la pugnacidad y violencia por el control de los bienes naturales de los pueblos y comunidades étnicas.

Así las cosas, pese a los intentos de reglamentación y los proyectos legislativos que

16 *Este número corresponde a comunidades consultadas por diverso tipo de intervenciones (medidas legislativas, administrativas, obras o proyectos extractivos). Específicamente en temas relacionados con infraestructura o explotación de recursos (especialmente petróleo, gas y minería), el gobierno nacional reporta 341 proyectos consultados, en procesos llevados a cabo con 1771 comunidades.*

muestran un retroceso en la CP y el CPLI [17], la normatividad aplicable a la garantía de estos derechos continúa centrada en el bloque de constitucionalidad del cual forma parte el Convenio 169 de la OIT, articulado a otras normas de menor jerarquía y a la jurisprudencia que se ha producido en la materia. Las intervenciones de la rama judicial del Estado sobre CP, especialmente las de la Corte Constitucional, han significado que el ejercicio de este derecho no se haya esfumado totalmente para los pueblos indígenas y comunidades negras a través de reformas legislativas, acciones administrativas de los gobiernos de turno, o de intervenciones u omisiones de empresas e instituciones.

## Aplicación de estándares y experiencias autonómicas en Colombia

Sin lugar a dudas, podría afirmarse que las condiciones previas necesarias para la garantía del derecho a la CP en el ordenamiento jurídico colombiano son favorables a los pueblos indígenas porque están reconocidos explícitamente como sujetos colectivos de derechos, así como también se reconoce la propiedad imprescriptible de sus territorios colectivos, aun sin un título otorgado por el Estado.

> *"…la titularidad de ese derecho [a la propiedad colectiva de la tierra] surge de la ocupación de un espacio determinado por parte de la minoría étnica y no de la formalización del derecho de propiedad que reconoce la administración, verbigracia un registro. La posesión tradicional reemplaza el título que otorga el Estado. La visión cultural de posesión y ocupación de tierras no corresponde con el concepto occidental de propiedad, pues tiene una significación colectiva y cultural, que merece ser salvaguardada, de conformidad con el artículo 21 de la Convención Americana". (Corte Constitucional, Sentencia SU 123/2018).* [18]

De igual manera, las dudas sobre el tipo de afectación que activaría el derecho de los grupos étnicos a ser consultados, fueron zanjadas por la Corte Constitucional al establecer que el alcance de la afectación no es un problema meramente espacial, como quiso imponerse en el caso de proyectos extractivos que trataron de evadir su responsabilidad de consulta alegando que el área de invención específica no estaba formalmente titulada a comunidades indígenas o negras, o que allí no habitaban regularmente. En su lugar, determinó que el examen sobre la afectación que pueda ocasionar una decisión legislativa, administrativa o un proyecto sobre los derechos

---

[17] *En octubre de 2018, varios representantes indígenas solicitaron que el Gobierno nacional retirara el Proyecto de Ley 134 de 2018 "Por medio del cual se regula el derecho fundamental a la Consulta Previa y se dictan otras disposiciones" como iniciativa ante el Congreso de la República. "Basamos nuestra solicitud en el hecho de que este proyecto no ha sido consultado con los pueblos indígenas como tampoco con las comunidades negras, raizales, palenqueras y room". (Ver ONIC 2018, disponible en:*

*https://www.onic.org.co/comunicados-onic/2606-congresistas-solicitaron-retiro-de-proyecto-de-ley-que-pretende-limitar-el-derecho-fundamental-a-la-consulta-previa-en-colombia*

[18] *Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU123-18.htm#_ftnref88*

colectivos de los pueblos y las comunidades étnicas, debe trascender la espacialidad territorial de la intervención (Corte Constitucional, Sentencia SU 123/2018), y aún más allá, en un fallo reciente, introdujo una perspectiva de integralidad de los derechos colectivos étnicos anudada en el concepto de "derechos bioculturales": "[…] la diversidad biocultural representa el enfoque más integral y comprensivo de la diversidad étnica y cultural de cara a su protección efectiva" (Corte Constitucional, Sentencia T-622 de 2016).

Así, se vinculan los derechos colectivos al territorio, a los recursos naturales que contienen, a los usos culturales particulares, al conocimiento tradicional, al agua, a la soberanía alimentaria 19 , a las formas productivas propias y, en el caso particular que motivó esta sentencia de la Corte de cuyo examen se derivó la declaración del río Atrato como sujeto de derechos, los derechos de la naturaleza.

Fuente: elaboración propia con base en Sentencia CC. T-622 de 2016

Pero lo cierto es que en Colombia, no basta con tener un marco jurídico garantista que señala adecuadamente las coordenadas para el ejercicio de la Consulta Previa porque, salvo algunas excepciones, el grado de cumplimiento de los estándares de aplicación de la CP es bajo.

Uno de los principales factores que determinan este pobre resultado es de tipo social y político. En efecto, la mayor parte de los territorios étnicos intervenidos por obras o proyectos están inmersos en formas de violencia y confrontación armada seculares, al punto que las empresas extractivas que han seguido operando legal o ilegalmente durante décadas, han entrado a formar parte directa o indirecta del conflicto. La crisis humanitaria por desplazamiento forzado, asesinato de líderes y autoridades indígenas y, en general, las masivas violaciones a los derechos humanos y el DIH en los territorios,

sumadas a la corrupción de funcionarios y de los mismos representantes de las comunidades étnicas, han incidido en el pobre balance sobre cumplimiento de estándares. Otros de los problemas identificados en esta materia son:

- Las medidas administrativas o legislativas que se han sometido a CP, no han contado con tiempos apropiados de discusión y adecuación. De hecho, muchas medidas y normas han sido declaradas inexequibles o han debido ser retiradas por omisión de Consulta Previa
- En general, existe un clima de desconfianza mutua fundada en hechos tales como la reiterada negación, por parte del Gobierno, de la existencia de comunidades étnicas directamente afectadas por medidas o proyectos con la consecuente omisión de consulta.
- El principio de buena fe por parte de las instituciones encargadas de la Consulta Previa y algunas empresas es frecuentemente lesionado en clara utilización de la desinformación o desconocimiento de las comunidades, al punto que se han llegado a incluir como "compromisos de la empresa" acciones a las que ya están de hecho obligadas por la legislación colombiana o por estándares internacionales (salvaguardas, manejo de residuos, control de ruido, manejo de vías, señalizaciones, protección industrial, etc.).
- Frecuentemente se presenta coerción directa e indirecta sobre el Estado por parte de empresas y sectores políticos interesados en el desarrollo de proyectos extractivos, construcción de obras, realización de estudios, etc.
- Se presenta cooptación de líderes y representantes de las comunidades que han cedido a sobornos, generando rupturas y conflictos internos.
- No siempre se ofrece información veraz, oportuna y ajustada social y culturalmente en relación, no sólo con las obras o proyectos a desarrollar, sino también con los derechos y prerrogativas comunitarias respecto a la misma CP y al CPLI.
- Pese a que los procedimientos de elección o designación de representantes de los pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes está comúnmente establecido y existe un mecanismo generalizado de presentación y reconocimiento de estos representantes ante los gobiernos locales (alcaldías) y nacional (Ministerio de Interior), en los procesos de CP no siempre se observa la legitimidad de los voceros o representantes indígenas o afrodescendientes.
- Se presentan intentos de manipulación, promoción de la división de la comunidad, generación de tensiones de representación, inducción a la corrupción de los representantes étnicos, u omisión en la convocatoria de todos los representantes de las comunidades involucradas, especialmente por parte de empresas

En este contexto de altos estándares jurídicos, bajo cumplimiento de las reglas de la Consulta Previa, y nulos efectos vinculantes de su decisión o consentimiento por razones hegemónicas de índole económica y política, algunos pueblos indígenas (nasa y arhuaco), y comunidades afrodescendientes (Pueblo Negro Norte-Caucano de los consejos comunitarios de los municipios de Suárez y Buenos Aires, y del Pueblo Negro de las Cuencas de los Ríos Mayorquín, Raposo y Anchicayá) han pasado del plano de exigencia de garantías para la CP y el CPLI, a plantearse el fortalecimiento de su autonomía y su derecho a la libre determinación a través de protocolos de relacionamiento que abarcan estrategias para el ejercicio de estos derechos.

No obstante, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior (ente encargado de liderar los procesos de CP en Colombia), no es partidaria de esta iniciativa, "por considerar que causaría una indeseable desagregación de los procesos". Asimismo, esta entidad estima que "el tratamiento diferencial se garantiza con la preconsulta, en la cual se definen con el propio pueblo las pautas a seguir en el proceso", cuando en realidad los protocolos autonómicos están lejos de centrar su preocupación en las pautas de los procesos de CP, para centrarse en los derechos a la autonomía y la libre determinación. (FDP, 2018) [20]

## 2.5. Perú - Marco legal de la CP

En el Perú, la incorporación de tratados internacionales tiene rango constitucional y, en consecuencia, el Convenio 169 de la OIT –entrado en vigor en 1995–, no solo hace parte del bloque de constitucionalidad peruano, sino que debe interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los demás tratados y acuerdos internacionales relativos a los derechos y a las libertades que la Constitución adopta.

Adicionalmente, el Estado peruano establece el derecho a la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas, a su existencia legal, personería jurídica y autonomía dentro del marco de la Constitución y la Ley (Art. 89), así como también les reconoce "funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario" (Art. 149).

En materia de tierras, el Estado garantiza a los pueblos indígenas el derecho de propiedad imprescriptible, bien sea en forma privada, comunal o en cualquier otra forma asociativa, aunque al tiempo se faculta él mismo "para fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona" (Art. 88).

Entre 1995 y 2011, se produjeron algunas iniciativas en torno al desarrollo normativo de la Consulta Previa, entre ellas, el Decreto Supremo 023-2011-EM que aprobaba el Reglamento

20 *Fundación para el Debido Proceso, OXFAM. (2018). Implementación de la consulta y consentimiento previo, libre e informado. Experiencias comparadas en América Latina y discusiones sobre una ley de consulta en México. Disponible en http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_sobre_consulta_y_cpli_mexico_final_web.pdf*

del procedimiento para la aplicación del derecho a la CP de los Pueblos Indígenas tratándose de actividades minero-energéticas. Este Decreto fue derogado con la aprobación de una Ley de Consulta Previa en septiembre de 2011 (Ley 29785).

Esta Ley prevé la realización de las consultas previas en un proceso de 7 etapas: 1) Identificación de la medida; 2) identificación de los pueblos indígenas; 3) publicidad de la medida; 4) información; 5) evaluación interna por parte de las comunidades; 6) diálogo entre el Estado y las comunidades afectadas, y 7) decisión. Sin embargo, la aprobación de esta Ley no estuvo exenta de controversias porque el movimiento indígena del país, partiendo de una demanda histórica, planteaba que hasta la fecha no se había garantizado ningún proceso de Consulta Previa para actos administrativos ni legislativos a pesar de que el Convenio 169 tenía plena vigencia desde 1995.

No obstante, con el fin de desarrollar y aprobar la Ley, el Estado dispuso a través del Ministerio de Cultura un mecanismo de consulta que se realizó en condiciones no respetuosas hacia las organizaciones, y se basó en un borrador que desconocía la mayoría de sus propuestas, lo cual condujo a que, poco a poco, las organizaciones fueran abandonando el proceso, y la Ley terminara siendo aprobada sin contar con el aval de ninguna de ellas.

Otro de los problemas de la Ley de Consulta Previa está contenido en una de sus disposiciones finales donde se establece que "Tampoco modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia" (Ley 28785), en otras palabras, niega la posibilidad de Consulta Previa en proyectos aprobados con anterioridad a su promulgación a pesar de que el Convenio 169, y por tanto el derecho a la CP, eran de obligatorio cumplimiento desde 1995.

La Ley presenta también una evidente inconsistencia al determinar que la entidad estatal competente para realizar la CP es aquella que va a emitir el acto administrativo o legislativo a ser consultado, al tiempo que tiene la atribución para tomar la decisión última respecto al resultado de la consulta (art.15), convirtiéndola así en juez y parte del proceso, y desconociendo de antemano el derecho al Consentimiento Previo, Libre e Informado de los pueblos indígenas en el Perú.

En relación con la reglamentación de esta Ley, debe subrayarse que tampoco fue consultada y que contiene disposiciones que contradicen, no solo el espíritu, sino varios artículos del Convenio 169 [21] . Así lo hace, por ejemplo, la Décimo Quinta disposición complementaria que establece: "La construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos que, en coordinación con los pueblos indígenas, esté orientada a beneficiarlos, no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previsto en el Reglamento".

21 *Disponible en: http://www.servindi.org/pdf/Pronunciamiento_Pacto_Unidad_marzo.pdf*

Está disposición se utilizó para justificar la omisión de Consulta Previa en el proyecto de construcción de la línea de trasmisión eléctrica Moyobamba-Iquitos, que atravesaba diferentes territorios indígenas sin siquiera proveer de servicio de electricidad a ninguna de las comunidades afectadas. La organización indígena regional ORPIO y sus bases, realizaron una demanda de inconstitucionalidad sobre este proyecto logrando que, en agosto de 2018, el Juzgado Civil Transitorio de la Corte de Loreto publicara la sentencia que anuló el proyecto de la línea eléctrica hasta que no se garantizara un proceso de consulta previa [22] .

En una perspectiva jurisprudencial, esta sentencia indica que la disposición Décimo Quinta mencionada contradice directamente el Convenio 169 y, por tanto, reconoce la necesidad de realizar procesos de consulta previa para la aprobación de proyectos de infraestructura [23] .

En materia de hidrocarburos, la medida administrativa que se consulta es el decreto supremo que aprueba la suscripción de contratos para la exploración y explotación de lotes petroleros y gasíferos, y no el contrato que firmará el Estado con la empresa petrolera.

En el caso de proyectos de minería, se realizan consultas para varias de las decisiones que se van aprobando a lo largo del ciclo de los proyectos, sin embargo, "[…] los actos administrativos elegidos por etapas para ser consultados en minería no son los más idóneos, porque no son los actos más relevantes; es más, se ubican entre los últimos lugares de la cadena de decisiones y se toman cuando ya se han adoptado las decisiones más importantes" [24] . De esta manera, actuaciones de vital importancia para reducir los posibles impactos que un proyecto pueda tener sobre el territorio y los recursos de los pueblos indígenas tales como son los Estudios de Impacto Ambiental, no son consultados en ninguno de los casos.

Dado que la Ley no permitía revisar los actos administrativos aprobados antes del 2011, el Ministerio de Cultura decidió que los tribunales serían la vía para hacer valer ese derecho, y a pesar de las dificultades que tienen las comunidades indígenas para acceder a recursos para su defensa legal y de trasporte necesarios, ya se han producido varias sentencias que han anulado concesiones por la falta de consulta previa.

La primera sentencia publicada en este sentido, se ratificó en segunda instancia en agosto de 2019, anulando el contrato de concesión del lote petrolero 116 otorgado en el

22 *Disponible en:*

*http://www.psf.org.pe/institucional/2018/08/suspenden-proyecto-de-transmision-electrica-moyobamba-iquitos-por-omision-de-consulta-previa/*

23 *Disponible en:*
*https://idl.org.pe/por-que-es-importante-la-sentencia-en-el-caso-linea-de-trasmision-electrica-moyobamba-iquitos/*

24 *Disponible en: http://cooperaccion.org.pe/wp-content/uploads/2018/07/Consultame-de-verdad.pdf*

año 2006 [25] a las empresas Pacific Stratus Energy y Maurel et Prom, proyecto que afecta territorios de los pueblos awajún y wampis.

En el mismo sentido, ha sido emitida otra sentencia (aún en primera instancia) que anula 111 concesiones mineras en la Cordillera del Cóndor, sobrepuestas a territorio del pueblo awajún [26].

## Aplicación de estándares y experiencias autonómicas en Perú

Aunque antes de la Ley de Consulta Previa se dieron algunas experiencias puntuales sobre procesos de auto-consulta [27] , la demanda mayoritaria de los pueblos del Perú fue la expedición de una norma que suprimiera el argumento que usaba el Estado para no garantizar su implementación. Una vez expedida, la aplicación de la Ley de CP también está mostrando brechas importantes respecto a los estándares internacionales establecidos por el Convenio 169, la Declaración de Naciones Unidas de Derechos de Pueblos Indígenas, y la jurisprudencia de la CIDH.

En efecto, tras 7 años de realización de procesos en el marco de esta Ley, se ha podido constatar que además del bajo cumplimiento de estándares internacionales, tampoco ha contribuido a reducir los impactos ni la conflictividad asociada tanto a la expedición de normas nacionales, como a los proyectos extractivos. De hecho, a julio de 2019 en Perú existen184 conflictos sociales de los cuales 123 son de carácter socioambiental [28] .

La omisión de CP sobre cualquier medida administrativa o legislativa que pueda afectar a los pueblos indígenas y sus territorios, es una trasgresión al estándar internacional ya que, a nivel nacional, tan solo se han elevado a consulta cinco medidas: la Política Sectorial de Salud Intercultural; el Reglamento de la Ley de Lenguas Originarias; el Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe, Ley N.º 29735; el Reglamento de la Ley Forestal de Flora y Fauna Silvestre y, en agosto de 2019, concluyó la consulta de la propuesta de reglamento de la Ley Marco sobre Cambio Climático (Ley N° 30754) con organizaciones indígenas de nivel nacional.

Este número reducido de consultas nacionales se debe a que los pueblos indígenas no participaron en la definición de aquello que se debe consultar, obviando así el estándar a ser consultados por parte del Ministerio Sectorial, pero también por el propio Congreso de

**25** *Disponible en:*
*https://idl.org.pe/sentencia-definitiva-ordena-suspension-de-actividad-petrolera-en-el-lote-116/?fbclid=IwAR3qK1YBETq4d-_JJCAprbJzXSMGdOdvUs4jxoDLTwl8_BXFn4LqBWMnUog*

**26** *Disponible en:*
*https://www.servindi.org/actualidad-opinion/18/05/2019/cien-concesiones-mineras-declaradas-nulas-por-falta-de-consulta-previa*

**27** *Disponible en:*
*http://cooperaccion.org.pe/wp-content/uploads/2018/07/Consultame-de-verdad.pdf*

**28** *Disponible en:*
*https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/08/Conflictos-Sociales-N%C2%B0-185-Julio-2019.pdf*

la República que no ha consultado el mecanismo de identificación de los proyectos de ley consultables [29] .

En materia de obras y proyectos, a septiembre de 2019 se han celebrado 39 CP, y 5 están en fase de desarrollo. De las realizadas, 15 fueron sobre proyectos mineros; 9 sobre Áreas Naturales Protegidas (creación, modificación o plan maestro); 11 sobre lotes petroleros; 3 sobre hidroeléctricas, y 1 sobre carreteras (mejoramiento). Algunas de estas consultas han sido emblemáticas porque permiten poner de relieve la baja aplicación de estándares tales como el de oportunidad (previa); buena fe; legitimidad de la representatividad en el marco de procesos de CP; información apropiada y pertinente, y libertad de análisis y decisión en el marco de un diálogo intercultural sin imposiciones.

Una de ellas corresponde al caso del Lote 192, una CP realizada a los pueblos quechua, achuar y kichwa que ya conocían de primera mano los impactos de la actividad petrolera tras más de 45 años operaciones en sus territorios. Un año después de aprobada la ley de Consulta, estos pueblos comenzaron un arduo proceso de negociación para exigir que el Estado celebrara una consulta previa al terminar el contrato de licitación existente en Agosto de 2015, y lograr la reparación por los impactos del pasado, acuerdo que se logró con el Estado de manera preliminar en torno a titulación, compensación, remediación ambiental, indemnización y estudios toxicológicos y epidemiológicos para conocer su Estado de Salud. Lamentablemente, llegada la etapa de diálogo y negociación, el proceso comenzó a truncarse por varios problemas, uno de ellos la división al interior de la comunidad por la aparición de una organización desconocida que decía representar una parte de la comunidad, situación de la que se valió el Estado para cerrar el proceso de forma unilateral una vez conseguidas las firmas de otras dos federaciones que representaban tan solo a 3 comunidades de las 20 existentes en el lote. Aunque el proceso se reanudó posteriormente, no se volvió a dialogar sobre la participación en beneficios. A la fecha, los acuerdos logrados siguen sin cumplirse a cabalidad.

En materia de minería, Ana Leyva [30] advierte que la ambigüedad entre la entidad emisora de la medida y la que promueve la consulta conlleva el riesgo de la consulta se convierta "en una mesa de partes", donde los actores ni siquiera están obligados a estar presentes, además de señalar otros incumplimientos de estándares en los siguientes términos:

> *"La información proporcionada en el taller informativo no es accesible para los pueblos indígenas. Se brinda información técnica en un formato estándar y occidental para comunidades que son de una cultura diferente, orales y ágrafas. r) Las propuestas y acuerdos de la consulta son de poco contenido y se refieren principalmente a obligaciones*

**29** *Diponible en: http://cooperaccion.org.pe/wp-content/uploads/2018/10/Informe-Alternativo-2018-0.pdf*

**30** *Leyva, Ana. (2018). Consúltame de verdad. Aproximación a un balance de la consulta previa en el Perú en los sectores minero e hidrocarburífero. OXFAM. Diponible en http://cooperaccion.org.pe/wp-content/uploads/2018/07/Consultame-de-verdad.pdf*

*funcionales de las entidades estatales y a obligaciones y compromisos de las empresas, establecidos en la ley y en los estudios ambientales aprobados. Los acuerdos de la consulta no suelen derivarse de las afectaciones que puede producir la actividad minera. En algunos casos, terminan canalizando las demandas históricas de los pueblos indígenas al Estado, abordadas de manera muy superficial". (Ibídem)*

## 2.6. Bolivia - Marco legal de la CP

Efectivamente, el marco legal en el que se inserta el Convenio 169 de la OIT y, en consecuencia, la Consulta Previa y el Consentimiento Previo, Libre e Informado en la República de Bolivia, tiene rango Constitucional. Pero más allá del Convenio –incorporado con la Ley 1257 de 1991–, Bolivia ha integrado a su ordenamiento jurídico la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas mediante la Ley 3760 de 2007, lo cual significa que este Estado reconoce de manera explícita los derechos a la libre determinación y a la autonomía de los indígenas. Además de estas normas, Bolivia cuenta con otras que regulan la CP en asuntos que conciernen al sector de hidrocarburos y al régimen electoral, especialmente.

En la síntesis sobre el contexto legal aplicable a los pueblos indígenas en Bolivia, merece hincapié la Ley Marco de Autonomías y Descentralización Andrés Ibáñez 031/2010, una de las 5 leyes fundamentales del Estado Plurinacional. Mediante esta norma, se define el ordenamiento, el gobierno y la administración de las unidades territoriales del Estado, y se da paso a la conformación de nuevas entidades, entre ellas, las autonomías indígenas: Territorio Indígena Originario Campesino (TIOC) y Tierras Comunitarias de Origen (TCO).

*Artículo 15. (CONFORMACIÓN DE NUEVAS UNIDADES TERRITORIALES). I. Los territorios indígena originario campesinos y las regiones pasarán a ser unidades territoriales una vez que, cumpliendo los requisitos de ley, hayan decidido constituirse en autonomías indígena originaria campesinas o autonomías regionales, respectivamente. (Ley 031, 2010)*

Siguiendo esta Ley, se dio inicio a los trámites para la conformación de 36 autonomías indígenas (21 por conversión municipal y 15 por reconocimiento de autonomía territorial – TIOC). Por el momento, se han conformado 3 gobiernos autónomos:

1. Charagua-Iyambae (región del Chaco), primer gobierno autónomo indígena guaraní de Bolivia declarado en 2017
2. Raqaypampa (Valle de Cochabamba)
3. Uru-Chipaya (altiplano de Oruro)

Cinco territorios más tienen sus estatutos autonómicos con declaratoria de constitucionalidad: Pampa de Aullagas; Totora Marka; Mojocoya; Huacaya, y el Territorio Indígena Multiétnico I (TIM I). Entre tanto, otras 2 autonomías indígenas esperan la declaratoria de constitucionalidad de sus estatutos por parte del Tribunal Constitucional: Corque Marka y Lomerío. (Información Cepal, 2019)

Respecto al desarrollo jurisprudencial reciente en materia de CP, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia se ha pronunciado a través del polémico caso de la construcción de la carretera Villa Tunari – San Ignacio de Moxos que atraviesa el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécure (TIPNIS). El Tribunal insta a que se lleve cabo el proceso previo de concertación entre la asamblea legislativa, el poder ejecutivo y los pueblos indígenas para definir el proceso de consulta. No obstante, las consideraciones contenidas en la sentencia no van mucho más allá, dejando sin esclarecer aspectos claves para la garantía de los derechos a la CP y el CPLI en Bolivia.

## Aplicación de estándares y experiencias autonómicas en Bolivia

Aunque en Bolivia están dadas las condiciones jurídicas para la garantizar el derecho a la CP y el CLPI porque existe un reconocimiento de la propiedad de los territorios colectivos, la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, y la jerarquía constitucional de estos derechos, la proliferación normativa y las prioridades del modelo de desarrollo han puesto en evidencia la debilidad en el cumplimiento de estándares internacionales de consulta, entre otros:

- Se omite la consulta en casos que obligarían a su implementación
- No tiene por finalidad obtener el consentimiento
- No existe claridad sobre su carácter previo
- No existe claridad sobre las condiciones de acceso y contenidos de la información
- Los resultados de la CP no son vinculantes

Por su parte, y frente a la inaplicación de facto que hace el Estado de la Consulta Previa, las organizaciones indígenas bolivianas han decidido tomar dos caminos: uno, el trabajo sobre iniciativas de ley marco elaboradas por ellos mismos y, más recientemente, el de aplicar directamente el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en ejercicio de sus derechos a la autonomía y la autodeterminación reconocidos en la misma Constitución boliviana.

## 2.7. Brasil - Marco legal de la CP

A nivel federal, el marco normativo de la CP y el CPLI es prácticamente nulo, siendo un derecho solo exigible a través de los tratados internacionales de los que Brasil forma parte, y aunque la Constitución reconoce ciertos derechos territoriales y otros derechos colectivos que darían paso al ejercicio de la autodeterminación, los mecanismos y políticas públicas para su realización se han desarrollado de manera lenta, insuficiente o con retrocesos. Dos ejemplos claves son la demarcación de tierras indígenas y la titulación de tierras quilombolas (afrodescendientes), así como la ausencia de participación efectiva en los procesos legislativos que les atañen.

Por su parte, el Convenio 169 de la OIT fue ratificado por Brasil en 2002 y, de acuerdo con la Constitución ostenta el rango jurídico de norma "supra-legal", es decir, superior a las ordinarias pero inferior a la Constitución, siendo de aplicación inmediata por estar incluido entre las "normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales" (Art. 76-1).

Específicamente hablando del derecho a la Consulta Previa, aunque se han dado intentos de regulación para su ejercicio en algunos estados brasileños, en la práctica estos reglamentos no han prosperado. Esto se explica en parte, porque el principio de autonomía y el marco de aplicación de la CP se inscriben en la antinomia que introduce la misma Constitución, toda vez que, por una parte, reconoce los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas, pero al mismo tiempo otorga competencia exclusiva al Congreso Nacional en temas relacionados con la autorización para la extracción de recursos naturales en territorios indígenas (Artículos 49, 176, 231-3).

> *Art. 231-3º. El aprovechamiento de los recursos hidráulicos, incluido el potencial energético, la búsqueda y extracción de las riquezas minerales en tierras indígenas sólo pueden ser efectuadas con autorización del Congreso Nacional, oídas las comunidades afectadas, quedándoles asegurada la participación en los resultados de la extracción, en la forma de la ley; (Constitución de Brasil, Capítulo VIII, Art. 231, 3°)*

Bajo estos parámetros, es que se han expedido normas tales como la Ley 535 de 2014 de Minería y Metalurgia, en la cual se exceptúan expresamente del deber de CP las operaciones mineras que comprendan sólo prospección y exploración.

Estas restricciones normativas se refuerzan con criterios jurisprudenciales derivados de casos emblemáticos como el de la Raposa Serra do Sol, donde se eximieron de CP las actividades militares en territorio indígena, o el caso de Belo Monte y la UHE de São Luiz

do Tapajós, que fue objeto de una "suspensión de seguridad", medida a través de la cual un juez puede retirar la suspensión judicial de algún proyecto cuando considere que la interrupción representa un peligro "contra la economía del país" o por motivos de "seguridad nacional".

En este contexto, es evidente que la conexión entre la Consulta y el derecho al Consentimiento queda excluida de plano, al menos en lo que atañe a la exploración y explotación de los recursos del subsuelo en tierras indígenas, menoscabando así la finalidad de la CP porque la aparta de buscar un acuerdo y lograr el consentimiento, y la deja reducida a un "proceso meramente formal y sumario, que valida las decisiones estatales sin considerar las prioridades de desarrollo de los pueblos indígenas, contrariando los estándares internacionales". (FDP, 2018) [31]

El reconocimiento de las tierras indígenas y quilombolas, como se mencionó antes, es otro factor que incide de manera determinante en la precaria garantía del derecho a la CP en Brasil, ya que las demarcaciones que dan cierta seguridad jurídica a los territorios colectivos, no presentan avances significativos desde1988 y, peor aún, en el momento actual, el Gobierno nacional tramita un decreto temporal que retira de las decisiones sobre demarcación de las tierras de reservas a la Fundación Nacional del Indio (FUNAI), para devolverlas al Ministerio de Agricultura. Esta situación genera una profunda inseguridad sobre la posesión, el usufructo y la autonomía sobre los territorios colectivos, y es consecuencia de la presión de grupos interesados en la explotación forestal, minera y agrícola a gran escala. (América Economía, 2019) [32]

Todo lo dicho permite afirmar que, tanto por la vía de la reserva de explotación de recursos del subsuelo en manos del Congreso, como ahora por la vía de la disposición de las tierras indígenas en manos del ejecutivo, la garantía del derecho a la CP y el CPLI en Brasil, quedaría prácticamente conculcado para los pueblos indígenas, más aún cuando la posición del propio ejecutivo es que la autonomía y los derechos proclamados en el Convenio 169 de OIT, sirvan a los pueblos indígenas no en el sentido de proteger sus territorios, sociedades y culturas, sino para ceder y consentir la apertura y adopción de modelos neoliberales de producción y mercado.

> *"Cristina enfatizó que un cambio en la ley federal permitiría que los indígenas trabajaran con la agroindustria en la producción de cultivos a gran escala en sus tierras. "Eso es lo que queremos conseguir en el Congreso. Las cosas evolucionan, cambian. Tu voluntad*

---

**31** *Fundación para el Debido Proceso, OXFAM. (2018). Implementación de la consulta y consentimiento previo, libre e informado. Experiencias comparadas en América Latina y discusiones sobre una ley de consulta en México. Disponible en http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_sobre_consulta_y_cpli_mexico_final_web.pdf*

**32** *América Economía, 20 de Junio de 2019. Bolsonaro entrega decisiones sobre tierras indígenas de Brasil a sector agrícola. Disponible en https://www.americaeconomia.com/negocios-industrias/bolsonaro-entrega-decisiones-sobre-tierras-indigenas-de-brasil-sector-agricola*

*es soberana, está en el Convenio 169 d e la OIT [Organización Internacional de Trabajo]. Tienes que decidir lo que quieres hacer, cuál es el deseo de los pueblos indígenas". (Mogambay Latam, 2019)* [33]

## Aplicación de estándares y experiencias autonómicas en Brasil

Conforme a lo planteado anteriormente sobre el marco jurídico de la CP y el CPLI en Brasil, es posible afirmar que el cumplimiento de estándares internacionales correspondientes al ejercicio de estos derechos es posiblemente el más bajo de América Latina. Esta aseveración se sustenta también en el hecho de que más de 3.000 permisos ambientales que involucran a la FUNAI, y 198 permisos que afectan a comunidades quilombolas (afrodescendientes) no han sido consultados. De hecho, hasta la fecha no se ha concluido ningún proceso de consulta en Brasil.

Ante esta situación, varios pueblos indígenas han abocado la formulación y aplicación de sus propios protocolos de consulta, invocando sus derechos a la autonomía y la autodeterminación.

*"Es el caso, por ejemplo, del pueblo Munduruku, cuya Asamblea aprobó, el 14 de diciembre de 2014, su propio protocolo de consulta. El 25 de julio de 2014 el pueblo Wajãpi, ubicado en el Estado de Amapá, al norte de Brasil, había aprobado igualmente el "Protocolo de Consulta y Consentimiento Wajãpi", documento que fue entregado a la Secretaria Nacional de Articulación Social de la Presidencia de la República, a la Fundación Nacional Indígena - FUNAI (Fundação Nacional do Índio) y al Ministerio Público Federal de Brasil. Hasta la fecha se han elaborado trece protocolos de autoconsulta indígena en Brasil, algunas de ellas con la participación del Ministerio Público Federal. Ante las dificultades de restablecer el diálogo entre el gobierno federal y las organizaciones indígenas, para la reglamentación de la consulta y CPLI, la adopción de protocolos de autoconsulta se han consolidado como una de las principales herramientas de ejercicio de la libre determinación de las comunidades indígenas en el país". (FDP, 2018)* [34]

De cara a esta oleada de procesos autonómicos, es necesario destacar que Brasil es el país en Latinoamérica con el mayor número de protocolos. Estos han servido tanto al fortalecimiento de la autonomía, como también para consolidar los procesos organizativos propios y construir planes de ordenamiento territorial, entre otros. Los trece protocolos arriba mencionados son:

---

**33** *Mongabay Latam. 20 marzo 2019. Brasil quiere legalizar el arrendamiento de territorios indígenas a empresas de la agroindustria. Disponible en https://es.mongabay.com/2019/03/brasil-indigenas-agroindustria-tierras/*

**34** *Fundación para el Debido Proceso, OXFAM. (2018). Implementación de la consulta y consentimiento previo, libre e informado. Experiencias comparadas en América Latina y discusiones sobre una ley de consulta en México. Disponible en http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_sobre_consulta_y_cpli_mexico_final_web.pdf*

- Protocolo del Pueblo Wajãpi
- Protocolo de Consulta del Pueblo Munduruku
- Protocolo de Consulta Juruna (Yudjá) da Terra Indígena Paquiçamba da Volta Grande do Rio Xingu
- Protocolo de Consulta dos Povos Indígenas do Território do Xingu
- Protocolo de Consulta ao Povo Waimiri Atroari
- Protocolo de Consulta dos Kayapó-Menkragnoti associados ao Instituto Kabu
- Protocolo de Consulta Montanha Mangabal
- Protocolo de Consulta Prévia do Povo Krenak
- Protocolo de Consulta dos Povos Indígenas Munduruku e Apiaká do Planalto Santareno
- Protocolo de Consulta Prévia da Tekoa Itaxĩ Mirim – Guarani Mbya
- Protocolo de Consulta dos Quilombolas de Jambuaçu Moju
- Protocolo de Consulta das Comunidades Ribeirinhas Pimental e São Francisco
- Protocolo de Consulta dos Quilombolas de Abacatal/Aurá, POU

No obstante, en el actual contexto político de Brasil el fortalecimiento de la autonomía y la garantía de los derechos colectivos de los pueblos indígenas resultan aún más perentorios, dado que el Gobierno actual ha retomado un discurso etnocentrista y autoritario en detrimento de las poblaciones minoritarias y en favor de los intereses de la agroindustria y las grandes empresas.

## 2.8. Chile - Marco legal de la CP

En la República de Chile, el Convenio 169 de la OIT entró en vigencia el 15 de septiembre de 2009 y, conforme lo establece el Artículo 5 de su Constitución Política, tiene rango constitucional en tanto ostenta la calidad de tratado internacional de derechos humanos vigente ratificado por el Estado.

Aparte de esta matriz legal, el Estado chileno ha expedido una regulación especial mediante el Decreto 66 de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social, que "Aprueba el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 °1 letra a) y N°2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica". No obstante, el articulado de esta norma contempla diversas materias que son contrarias al estándar internacional del derecho a la CP, entre ellas, las relativas a:

a. *El cumplimiento del deber de consulta, porque omite los casos en que se exige el CPLI (art. 3).*

*b. Los órganos a los que le es aplicable la obligación de consulta, porque excluye los órganos autónomos como los municipios, entre otros (art. 4).*

*c. Las relativas a la definición del concepto de afectación directa (art. 7).*

*d. La aplicación parcial del reglamento a las medidas administrativas relativas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).*

*e. La noción de buena fe, porque reduce la CP a un simple procedimiento en la medida en que "se tendrá por cumplido el deber de consulta, aun cuando no resulte posible alcanzar dicho objetivo [el acuerdo o el consentimiento de los pueblos afectados]". (Art. 3)*

Dentro del cuerpo normativo que regula aspectos directamente relacionados con la Consulta Previa en Chile, se cuenta también el Decreto 40 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente, que "Aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental". Sobre este Decreto, cabe destacar que también adolece de serias falencias porque regula a la baja el procedimiento de CP pero, ante todo, porque descarta expresamente y a priori la necesidad de consentimiento previo en cualquier circunstancia (artículo 85, 92, 61, 83 y 27, RSEIA).

*a. Limita la procedencia de la consulta previa a proyectos de alto impacto.*

*b. Restringe la consulta a casos de afectación directa lo que es determinado a priori por la autoridad (artículo 27 y 86, RSEIA).*

*c. Encarga el diseño y desarrollo de los procesos de consulta en forma exclusiva al Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), sin incorporar a los pueblos interesados (artículo 85, RSEIA).*

*d. Descarta expresamente y a priori la necesidad de consentimiento previo en cualquier circunstancia (artículo 85, 92, 61, 83 y 27, RSEIA)*

*e. Para aquellos casos en que no proceda la consulta (proyectos de bajo impacto ambiental y/o de afectación indirecta) establece una instancia facultativa de diálogo, cuya realización es prerrogativa de la autoridad (artículo 86, 83 y 27, RSEIA).*

Desde el punto de vista de la jurisprudencia, las Cortes chilenas han dado giros relevantes alrededor de aspectos sensibles de la CP. Inicialmente, sus fallos evidenciaron una tendencia a homologar la CP con un procedimiento de participación ciudadana y, en esta misma dirección, flexibilizar la implementación del Convenio 169 de la OIT (Caso Bahía Maiquillahue). Más adelante, se homologó la noción de "susceptibilidad de afectación directa" a los supuestos de impactos significativos de los proyectos (Ley 19.300). Posteriormente, hizo énfasis en algunos estándares específicos de la consulta indígena (Caso Plan Regulador de San Pedro de Atacama).

En fallos recientes, la Corte Suprema ha determinado que la ilegalidad por falta de consulta de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) que otorga autorización ambiental a un proyecto sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), será de competencia de los Tribunales Ambientales y, por lo tanto, no será materia de recurso de protección constitucional. Esta decisión socava la fuerza jurídica del derecho a la Consulta Previa porque, entre otras cosas, lo priva de un examen independiente orientado por principios del derecho internacional de los derechos humanos.

Ahora bien, respecto al marco y las condiciones previas sociales y jurídicas que permiten allanar el camino a la garantía del derecho colectivo a la CP y el CPLI, resulta importante mencionar la Ley 19.253 de 1993 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, conocida como Ley Indígena. Esta norma, entre otros asuntos, reconoce la propiedad individual y colectiva de las tierras de indígenas y establece que no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción (Art. 13).

Siendo una condición previa para la activación de la CP sobre temas que afectan los territorios, cabría plantear que este marco jurídico ofrece la seguridad jurídica sobre la propiedad colectiva. Sin embargo, el Gobierno chileno viene procurando la modificación de la Ley en el sentido de levantar restricciones para suscribir contratos de arriendo, mediería o aparcería, etc. en sus tierras; permitir a las comunidades titulares de tierras que pueden dividir total o parcialmente el título común y generar títulos individuales de dominio; disminuir el plazo de la prohibición de enajenación de tierras entre indígenas; clarificar las reglas aplicables a la permuta de tierras indígenas por parte de personas no indígenas con especial foco en tierras que se encuentran en áreas de expansión urbana, entre otras.

> *"Ellos [los anuncios del ejecutivo] constituyen una seria amenaza a la protección que la ley actual otorga a las tierras indígenas hasta ahora reconocidas por el Estado y un abierto incentivo para la incorporación de dichas tierras al mercado, para la expansión de la actividad productiva y extractiva de privados en ellas". (Silva, 2019)* 35

## Aplicación de estándares y experiencias autonómicas en Chile

En Chile, el bajo cumplimiento de estándares internacionales en relación con el derecho a la CP y el CPLI se revela especialmente en los contenidos de marcos regulatorios y en la jurisprudencia, tal como se describió anteriormente. De ello se deriva que su aplicación previa se restrinja solo a intervenciones de alto impacto y, en todo caso, que se haya reducido a una mera formalidad que no satisface el deber de buena fe y un verdadero diálogo intercultural en la medida en que, a priori, descarta tanto la finalidad de llegar a un acuerdo, como de consider*ar el consentimiento.*

35 *Silva Hernando. (2019). La propuesta de modificación de la Ley Indígena: Una amenaza para la protección de las tierras del pueblo mapuche y una estrategia para su incorporación en el mercado. Observatorio Ciudadano. Disponible en* https://observatorio.cl/la-propuesta-de-modificacion-de-la-ley-indigena-una-amenaza-para-la-proteccion-de-las-tierras-del-pueblo-mapuche-y-una-estrategia-para-su-incorporacion-en-el-mercado/

## 4. Protocolos autonómicos de CP en América Latina

Los precedentes del concepto "protocolo autonómico", bien pueden situarse en el derecho internacional, específicamente en el artículo 12 del Protocolo de Nagoya, un tratado multilateral complementario al Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) que entró en vigor en 2014. Y si bien es cierto que este Tratado introduce la noción de protocolo comunitario para referirse a una estrategia de participación en temas de recursos, biodiversidad y medio ambiente, el concepto está sintonizado con las grandes preocupaciones de los pueblos indígenas frente a la magnitud de las amenazas sobre sus territorios y recursos porque ofrece una nueva perspectiva para la protección y la garantía de sus derechos integrales, e insta a los Estados a su apoyo y reconocimiento.

> *"3. Las Partes procurarán apoyar, según proceda, el desarrollo, por parte de las comunidades indígenas y locales, incluidas las mujeres de dichas comunidades, de: (a) Protocolos comunitarios en relación con los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de tales conocimientos;" (Protocolo de Nagoya, 2011)* [36]

Desde allí, este concepto se ha extendido a la manera de "protocolo autonómico", "protocolo biocultural" o "protocolo de relacionamiento", y ha venido siendo incorporado por los pueblos indígenas de América Latina dada su directa correlación con el ejercicio de los derechos a la autonomía, la autodeterminación, la preservación de sus territorios, recursos, cultura y, por supuesto, a la Consulta y el Consentimiento Previo, Libre e Informado, dos derechos que subyacen a todos estos protocolos comunitarios.

En relación con su proceso de elaboración y contenido, puede afirmarse que aunque comparten el hecho de tener una base eminentemente comunitaria, los protocolos hasta ahora desarrollados no están unificados, característica que se corresponde bien con la diversidad histórica, geográfica, cultural y política implícita en la realidad contemporánea de cada sociedad indígena. En cuanto a su peso o espacio jurídico, tampoco tienen un lugar común, aunque la apertura hacia formas de expresión y realización autonómica de este tipo, empiezan a abrirse camino tanto en el derecho internacional, como en el derecho interno de los Estados. En este sentido, serán las mismas comunidades, sus organizaciones y sus aliados, de quienes dependa la puesta a prueba y el destino de sus propios protocolos.

Con estas salvedades, puede decirse que los tres protocolos que se presentan a continuación hacen parte de este nuevo repertorio de instrumentos de origen autonómico que pueden inspirar la reflexión y las demandas pendientes sobre el derecho a libre determinación de los pueblos indígenas de América Latina.

---

**36** *Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica: texto y anexo. Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Firmado en 2011 y entrado en vigor en 2014.*
*Disponible en https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-es.pdf*

## 4.1. PROTOCOLO BIO-CULTURAL DEL PUEBLO MISKITU

## MASTA, UICN

Honduras, 2012

> "Esperamos terminar la mala práctica del pasado, cuando los oficiales gubernamentales o compañías privadas hacían una reunión con un grupo de personas previamente seleccionadas por ellos mismos, donde se le explicaba sobre su trabajo y luego se vendía esta reunión como una consulta hecha con el Pueblo Miskitu. Mediante este protocolo queremos crear el respeto para el mismo, por todos los actores que planifican actividades que tienen un impacto en el territorio de La Muskitia". (Protocolo Miskitu, 2012)

La región de la Muskitia hondureña localizada en el departamento de Gracias a Dios, es el ámbito territorial de cerca de 51.500 miskitus que hacen parte de un pueblo indígena especialmente golpeado por el régimen republicano durante el siglo XIX, época durante la cual se intentó nacionalizar, aculturar y someter a estas "tribus selváticas". (Protocolo, 2012) [37]

La exuberante riqueza de esta región fue el motor de ciclos de explotación y despojo promovidos desde el Estado a través de estrategias tales como la apertura de un régimen de concesiones a particulares, la puesta en venta de la Muskitia a postores extranjeros, o la declaración de la región como un área de colonización interna que le permitió ampliar la frontera agrícola (Ibídem).

Actualmente, este territorio continúa siendo codiciado por las peculiares características de su biodiversidad tanto en bosques como en recursos marinos, pero también es objeto de control de terceros por su ubicación estratégica como corredor para el narcotráfico. En general, como lo informó en 2016 la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas,

"Los pueblos indígenas de Honduras viven una situación crítica a causa de la desprotección de sus derechos sobre sus tierras, territorios, y recursos naturales y los actos de violencia que enfrentan por reivindicar sus derechos en un contexto general de violencia e impunidad y de falta de acceso a la justicia. A ello se une la desigualdad, la pobreza y la carencia de servicios sociales básicos adecuados, como la educación y la salud". (REDPI, 2016) [38]

En este contexto, y ante el incumplimiento del Estado respecto a su obligación de garantía y protección de los derechos de los pueblos indígenas, entre ellos, a la CP y el CPLI, el pueblo miskitu tomó la determinación de elaborar un Protocolo Bio-cultural sobre los derechos ancestrales en el territorio de La Muskitia hondureña.

---

**37** *MASTA (Mosquitia Asla Takanka-Unidad de la Mosquitia). (2012). Protocolo Bio-cultural del Pueblo Indígena Miskitu. El derecho al consentimiento libre, previo e informado en nuestro territorio de La Muskitia Hondureña. Disponible en https://portals.iucn.org/library/node/45165*

**38** *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. Naciones Unidas. Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos. 33º período de sesiones. A/HRC/33/42/Add.2, 21 de julio 2016*

El proceso de construcción de este protocolo se inicia con la reflexión colectiva en torno a las amenazas que se ciernen sobre los territorios y la cultura muskitia como consecuencia del interés de explotar sus recursos naturales, y sobre la ineficacia de la Consulta Previa para hacer efectiva su protección.

El trabajo continúa con un recuento histórico sobre los principales acontecimientos que afectaron su sociedad, para luego llegar a un posicionamiento explícito de su identidad como sociedad y cultura, y de su anhelo compartido de pervivencia transgeneracional.

Las coordenadas del protocolo propiamente dicho, se establecen a partir de un análisis de los marcos jurídicos e institucionalidades del Estado de Honduras respecto a sus pueblos indígenas, haciendo hincapié en la ambigüedad normativa, los problemas para el ejercicio de la CP y, ante todo, la omisión total del derecho al Consentimiento Previo, Libre e Informado. En este sentido, el protocolo es categórico al establecer como su núcleo, no tanto el derecho a la CP, sino los derechos al autogobierno y al respeto de sus propias instituciones políticas, legales, económicas, sociales y culturales, en síntesis, el derecho a su autonomía y autodeterminación.

Sobre esta base, se hace también un reconocimiento de los instrumentos del derecho internacional y de los derechos creados a su tenor, entre ellos, la CP y el CPLI, entendiendo que la consulta es un mecanismo de participación, mientras que el consentimiento es el derecho sustantivo que está dotado para materializar la autonomía y la libre determinación en la medida en que:

- *Es un derecho colectivo exclusivo de los pueblos indígenas*
- *Es una decisión tomada libremente por los pueblos indígenas mediante sus propias estructuras de toma de decisiones respetando sus normas consuetudinarias*
- *Puede ser otorgado ("sí") o negado ("no") en cualquier etapa del proyecto.*

**Estructura general del protocolo biocultural del Pueblo Miskitu respecto a la CP y el CPLI**

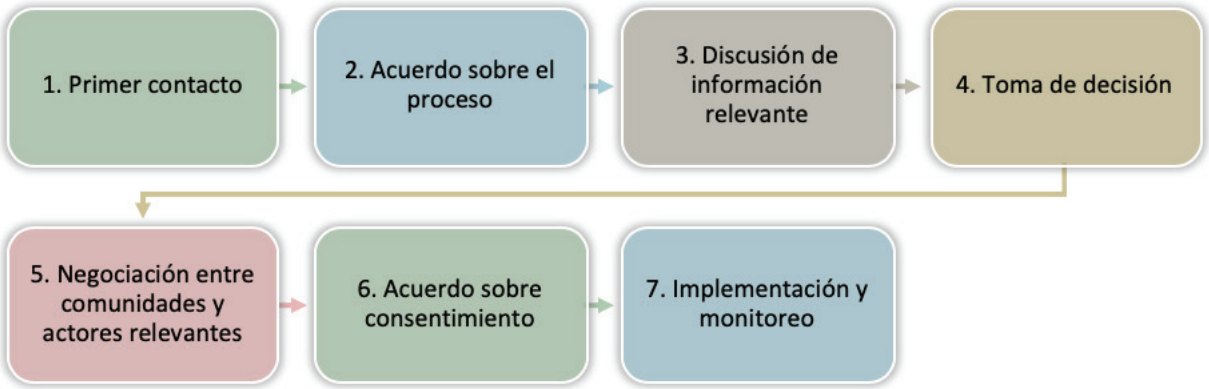
Fuente: elaboración propia con base en Protocolo Miskitu, 2012

De esta manera, el pueblo miskitu hace un giro en la preeminencia actual de la CP al ponerla en el lugar de un simple mecanismo, y se centra en definir tanto los principales estándares del derecho al Consentimiento, como los casos que obligatoriamente deberán someterse a un examen cuya finalidad será dar o negar este consentimiento, a saber:

1. *Antes de la adopción e implementación de medidas legislativas o administrativas por parte del Gobierno que pudieran afectar a los pueblos indígenas.*
2. *Todos los planes de desarrollo, inversión, exploración o extracción que impacten de manera significativa el derecho de la comunidad a utilizar y disfrutar de sus territorios y recursos ancestrales, en particular, proyectos relacionados con el desarrollo, uso o explotación de recursos del subsuelo, forestales e hídricos.*
3. *Proyectos o acciones que se planifiquen sobre áreas consideradas sagradas o de importancia biológica, intelectual, religiosa o cultural especial para las comunidades, o que puedan afectarlas.*
4. *Acciones que incluyan planes o proyectos de desarrollo o inversión que requieran el desplazamiento de comunidades, es decir, su reubicación temporal o permanente.*
5. *Acciones de desarrollo o proyectos que con toda probabilidad implican confiscación, ocupación, uso o daño de tierras, territorios y recursos tradicionalmente propios.*
6. *El depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en tierras o territorios comunitarios.*
7. *Esquemas de Certificación Forestal.*
8. *Actividades piloto de REDD+.*
9. *Acceso a, o uso de conocimientos y recursos genéticos tradicionales de la comunidad.*
10. *Distribución de beneficios, cuando los beneficios derivan de los territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas.*

Uno de los casos que merece especial atención en este protocolo biocultural, es el de los proyectos REDD+. Siendo una nueva modalidad de intervención en los territorios indígenas, el pueblo miskitu advierte los eventuales problemas que pueden acarrear este tipo de proyectos ya que pueden implicar riesgos "…que van desde la violación de derechos consuetudinarios sobre tierras indígenas y contratos explotadores, e inseguridades de mantener la producción de alimentos". Sobre esta materia, plantean que los pueblos indígenas jugarán un papel determinante en los proyectos REDD+ en términos de asegurar la reducción de emisiones, pero igualmente, señalan el celo que debe existir en cuanto a la garantía de su participación y el carácter vinculante de su consentimiento.

Respecto al procedimiento que debe seguirse para llegar al consentimiento, el protocolo establece una secuencia de 7 pasos que van desde un contacto inicial, hasta el monitoreo de los eventuales acuerdos:




Fuente: elaboración propia con base en Protocolo Miskitu, 2012

Dada esta secuencia, se enfatiza que el Consentimiento Previo, Libre e Informado no es un "compromiso participativo", y que por tanto, la consulta o la negociación son apenas medios por los cuales se puede alcanzarlo. En caso de que los pueblos implicados decidan abstenerse de consentir negociaciones sobre un proyecto, "[…] el Gobierno, agencia de desarrollo o compañía del caso no puede seguir con el proyecto sin violar los derechos básicos de aquellos a sus tierras y el control del futuro del pueblo afectado". (Protocolo, 2012)

## 4.2. PROTOCOLO AUTÓNOMO DEL PUEBLO ARHUACO

***Para el relacionamiento con el mundo externo incluyendo la consulta y el consentimiento previo, libre e informado***

Colombia, 2017 – CIT

La Sierra Nevada de Santa Marta, una montaña costera única desde el punto de vista biogeográfico y cultural, es el territorio ancestral de cuatro pueblos indígenas hermanos: Kággaba (kogi), Wintukwa (arhuaco) Wiwa y Kankuamo. Este ámbito territorial comprende toda la Sierra y termina en la frontera demarcada por la denominada "línea negra" (Sey Kutukunumaku), abarcando parte de los departamentos de Cesar, Magdalena y Guajira.

**"Este protocolo por tanto establece principios, criterios, lineamientos/reglas y procedimientos de entendimiento basados en mandatos de La Ley de Origen a través del conocimientos, elementos de poder y el Ka'dukwu (los espacios sagrados), ya que es el Kunsamu el que ordena la sociedad y la naturaleza. El presente Protocolo Autónomo del Pueblo Arhuaco se proclama como un mandato acorde a sus derechos individuales y colectivos y a los rasgos generales de nuestra cosmovisión y visión de desarrollo propio, en ejercicio de la Jurisdicción especial indígena -artículo 330 CP-, dirigidos hacia la sociedad en general, el gobierno y los mismos pueblos que habitamos la SNSM". (Protocolo Arhuaco, 2012)**

Conforme lo establece la Ley de Origen compartida por estos cuatro pueblos y agenciada por sus autoridades tradicionales los mamus de la Sierra , en ellos quedó depositada la responsabilidad del cumplimiento de las leyes naturales del mundo, razón por la cual son los hermanos mayores de la humanidad.

> *"La Ley de Origen nunca cambia, no vence ni prescribe, es eterna. El surgimiento de la vida se dio primero en el nivel espiritual, antes de aparecer la luz. Fue ahí cuando se determinaron las funciones de todos los elementos y fenómenos que hoy existen en el mundo natural, donde todos éramos personas, que es lo que denominamos la Ley de Origen. La responsabilidad del cumplimiento de las leyes naturales quedó a cargo de los Pueblos de la Sierra Nevada". (Protocolo autónomo Arhuaco, 2017)*

Pero aunque el compromiso indeclinable de la mayor parte de la población indígena y sus autoridades tradicionales ha sido mantener el legado cultural y las obligaciones de la Ley de origen, en épocas recientes su territorio se ha visto azotado por múltiples formas de violencia que han dejado no solo un saldo de importantes afectaciones sociales y culturales, sino el despojo territorial, la muerte de decenas de personas y el desplazamiento forzado de centenares de indígenas.

La grave situación humanitaria por la que han atravesado los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta, no solo ha sido ampliamente documentada, sino también objeto de acciones jurídicas de la Corte Constitucional colombiana y de medidas cautelares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en favor del pueblo kankuamo.

Particularmente sobre la situación del pueblo arhuaco, la Corte Constitucional llegó a establecer que en el marco del conflicto armado, sus comunidades fueron afectadas por "[…] homicidios, masacres y violaciones de derechos humanos cometidos por los actores armados ilegales y por miembros de la fuerza pública" (Corte Constitucional, 2009) [39] . Pero en este contexto de crisis humanitaria, los pueblos de la Sierra también han enfrentado la amenaza derivada de la presencia del narcotráfico, empresas extractivas, evangelizadores y variados intereses que fueron invadiendo sus territorios contra su voluntad, sin que obtuvieran las garantías de protección por parte del Estado colombiano.

De la pobre respuesta del Estado, y ante la inutilidad de su participación en cientos de escenarios institucionales y en procesos de consulta previa que no han garantizado su autonomía, libre determinación, ni la protección de sus territorios, nace el proceso de definición y construcción de su protocolo autonómico.

El protocolo del pueblo arhuaco allana, para comenzar, los fundamentos de su Ley de origen, Seyn Zare.

**39** *Corte Constitucional, Auto 004 de 2009. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2009/a004-09.htm*

> *"La Ley de Origen la cual contiene el Kunsamu de cada ser visible o invisible que existe; es el principio, base y norma que gobierna todo, la cual no excluye a ninguna sociedad o grupo humano. Esta Ley establece un ordenamiento preexistente a toda norma creada por el hombre". (Protocolo Autónomo Arhuaco, 2017) 40*

Así, a partir de un planteamiento ontológico que describe los pilares de la Ley de Origen; los principios constitutivos de su sociedad y tradiciones; su forma de relacionamiento con los bunachu (no indígenas), y las conductas prohibidas, el protocolo se presenta como un mandato "que nuestras autoridades deben hacer cumplir y el hermano menor debe respetar, pues rigen para nuestro territorio".

Otro aspecto fundamental que desarrolla el protocolo es "el mandato de cada elemento", un conjunto de parámetros de valoración de afectaciones, según sea el estado o nivel de conservación de los elementos que hacen parte del orden del cosmos. De ello se desprende una perspectiva básica de los lineamientos de cuidado y de aquellas conductas o intervenciones humanas que puedan afectarlos, deben evitarse, o están prohibidas.

> *"Cada ser tiene su Kunsamu, tiene su norma individual, por ejemplo, la arena y la gravilla son los que purifican el agua, y a su vez el agua tiene su propia norma, así están relacionados todos los seres, elementos y fenómenos entre sí y tienen su norma. A partir del kunsamu se valora el estado de esa Ley en cada ser, los Mamu han identificado nueve estados o niveles de conservación en que se encuentra cada uno de ellos". (Ibídem)*

Sobre la base de este ordenamiento del mundo, se dispone también el orden humano. Por eso el protocolo describe la estructura del gobierno propio sobre el territorio considerado sagrado en toda su extensión , desde la jerarquía y funciones de los mamus, hasta las organizaciones representativas actuales.

> *"El Pueblo Arhuaco como sujeto colectivo debe considerarse integralmente. Las decisiones deberán tomarse con el direccionamiento de nuestras autoridades espirituales y de manera colectiva en consonancia con la Ley de Origen" […] Nuestro sistema de autoridad y gobierno como Pueblo Ancestral Arhuaco constituyen las instancias propias para la toma de decisiones y el relacionamiento con terceros". (Ibídem)*

Siguiendo este orden de exposición, el mandato establece las formas de relacionamiento con terceros, incluyendo algunos aspectos relativos a la Consulta Previa, pero también introduce una nueva correlación entre la CP y el CPLI ya que invierte los términos al definir de antemano aquellos asuntos que, conforme a la Ley de Origen, no podrán obtener consentimiento y, por sustracción de materia, no tienen por qué ser consultados.

---

*Sierra Nevada de Santa Marta; por el bien del planeta y la humanidad. (2017). Disponible en https://www.hchr.org.co/files/eventos/2017/PROTOCOLO-AUTONOMO-PUEBLO-ARHUACO.pdf*

*"No son usos permitidos dentro del territorio circundado por la Línea Negra Niwi umuke, aquellos que alteren los Kunsamu de los elementos agua, tierra, aire y fuego en sus distintas formas, por tanto los proyectos o actividades que alteren este orden no serán objeto de consulta, es decir, no tienen consentimiento de uso dentro del territorio ancestral y sagrado de la SNSM ya que alteran substancialmente nuestra vida física y cultural como Pueblo Arhuaco y el de la humanidad". (Ibídem)*

Otro aspecto relevante del protocolo Arhuaco, tiene que ver con la validación de la calidad de los interlocutores, es decir, con la verificación y el acompañamiento de las entidades de Gobierno legítimamente delegadas, pero también con la calidad y responsabilidad de los interesados en la intervención:

*"Los interesados deben presentar sus antecedentes relacionados con su relacionamiento con otros pueblos que hayan sido consultados para intervenciones de la empresa o entidad que representan, de manera que sea posible para el Pueblo Arhuaco verificar la buena fe, idoneidad y honestidad de los interesados en el reconocimiento y respeto de los derechos colectivos de los pueblos y sus autoridades". (Ibídem)*

De esta manera, puede concluirse que el protocolo autónomo o mandato del pueblo arhuaco está totalmente construido sobre la Ley de Origen, a partir de la cual se definen de antemano no solo la legitimidad de los representantes e interlocutores, sino de aquellas intervenciones que por el tipo de afectación que conllevan, no serán consentidas y, por lo tanto, no serán objeto de Consulta Previa.

## 4.3. PROTOCOLO DE CONSULTA Y CONSENTIMIENTO WAJÃPI

***Wajãpi kõ omõsãtamy wayvu oposikoa romõ ma'ê***

Brasil, 2014

El pueblo indígena wajãpi, habita hacia el nororiente del Brasil en un territorio ancestral delimitado por los ríos Oiapoque, Jari y Araguari, en el Estado de Amapá.

El territorio de los wajãpi tiene una extensión de 607.017 hectáreas, que fueron demarcadas y homologadas en 1996. Caminantes por naturaleza, las cerca de 1.100 personas que integran este pueblo también hacen parte del conjunto de pueblos semi-nómadas que aún perviven en la Panamazonia.

**"Nós resolvemos fazer este documento porque muitas vezes vemos que o governo quer fazer coisas para os Wajãpi, mas não pergunta para nós o que é que estamos precisando e querendo. Outras vezes o governo faz coisas no entorno da Terra Indígena Wajãpi que afetam nossos direitos, mas também não pergunta nossa opinião. O governo nunca fez uma consulta ao povo Wajãpi..**

**Quando o governo quer fazer alguma coisa sem nos consultar, na nossa terra, no entorno da nossa terra ou mesmo fora da nossa terra, pode afetar diretamente a nossa vida, os lugares importantes da história de criação do mundo, a vida dos animais, os rios, os peixes e a floresta. Nós achamos que o governo deve escutar nossas preocupações, ouvindo nossas prioridades e nossas opiniões antes de fazer o seu planejamento". (Protocolo Wajãpi, 2014)**

Desde las 81 pequeñas aldeas que habitan a lo largo y ancho de su territorio, la gente Wajãpi siembra sus huertas familiares y hace un aprovechamiento eficiente de los recursos del bosque, caza y pesca, pero pese a la gran fortaleza cultural y a la delimitación de su territorio colectivo (resguardado también por el Parque Nacional de las Montañas Tumucumaque y otras áreas protegidas que se le superponen), la presión de la colonización y las actividades extractivas promovidas desde el Estado y los particulares, amenazan ya con penetrar de lleno el territorio sin haber mediado consulta alguna y generando graves hechos de violencia (Apina, 2019). [41]

Estas circunstancias, forzaron a los indígenas para que comenzaran un proceso de reflexión interna que terminó en la promulgación de su Protocolo de Consulta y Consentimiento, al tiempo que instauraron acciones legales ante el Fiscal Federal luego de varios intentos infructuosos de diálogo con las agencias estatales. Esta instancia terminó ordenando que el Instituto Nacional de Colonización y Reforma Agraria (INCRA) y el Instituto Forestal del Estado de Amapá (IEF), llevaran a cabo una consulta que efectivamente se realizó siguiendo los pasos establecidos en el Protocolo.

Esta consulta permitió retomar una propuesta de los Wajãpi tendiente a la constitución de una franja de amortiguación que los indígenas llamaron 'Franja de la Amistad', cuyo objeto es controlar la creciente presión sobre el territorio por efecto de invasiones, deforestación, minería y otras actividades extractivas, al tiempo que busca disminuir los conflictos potenciales con los vecinos del asentamiento, crear un área de uso sostenible compartida, y establecer reglas de manejo de común acuerdo. (IPII, 2017) [42]

Ahora bien, el punto de partida del Protocolo Wajãpi se sitúa en las coordenadas del Derecho Internacional, específicamente, del Convenio 169 de la OIT.

> *"Sabemos que a Convenção 169 da OIT, sobre a relação dos governos com os povos indígenas, é lei no Brasil desde 2004, e que nessa lei está garantido nosso direito de ser consultados e de escolher nossas prioridades de desenvolvimento. A Convenção 169 da OIT também fala que só os povos indígenas podem decidir como o governo deve fazer as consultas. Então fizemos ese documento para dizer como o governo debe consultar os Wajãpi". (Protocolo Wajãpi, 2014)*

El acento de la introducción del Protocolo, está puesto en los derechos a participar y ser consultados, pero también en el derecho a la libre determinación planteada en términos de respeto a las prioridades de desarrollo del pueblo indígena. Sin embargo, para los Wajãpi es claro que uno de los aspectos críticos a considerar en relación con la participación y la CP es su forma de organización, porque en el ordenamiento de su

**41** *Ver 2da nota de APINA sobre la invasión de la tierra indígena Wajãpi (julio 2019). Disponible en http://apib.info/2019/07/29/2nd-note-from-the-apina-on-the-invasion-of-the-wajapi-indigenous-land/?lang=en*

**42** *Protocolo de Consulta Consentimiento Wajãpi guía de consulta con los organismos gubernamentales. En Iepé – Instituto de Pesquisa e Formação Indígena. Disponible en https://www.institutoiepe.org.br/sobre-o-iepe/*

sociedad no existe una estructura de poder centralizada que pueda canalizar y representar de manera legítima todas las aldeas que conforman una verdadera constelación de grupos diferentes, cada uno de ellos organizado bajo la autoridad de un jefe.

> *"Não existe um cacique geral de todos os Wajãpi. Nós não somos um grupo só, somos muitos grupos. Cada grupo familiar tem um chefe, e um chefe não manda no outro chefe. Nenhum chefe representa todos os Wajãpi. Quem decide as coisas que afetam todos os Wajãpi é o conjunto dos representantes de todas as aldeias, conversando entre si. (Ibídem)*

Los Wajãpi son conscientes de que la multiplicidad de jefes y la consecuente distribución de la autoridad y la representación constituye un escollo para las instituciones y para el desarrollo de cualquier CP. Señalan también que aunque cuentan con 3 organizaciones regionales (Conselho das Aldeias Wajãpi -APINA; Associação dos Povos Indígenas Wajãpi do Triângulo do Amapari -APIWATA; Associação Wajãpi Terra, Ambiente e Cultura -AWATAC), ninguna de ellas está habilitada para tomar decisiones porque su función es ayudar a los jefes.

Por esta razón, el Protocolo de consulta se centra en las pautas y procedimientos para dar legitimidad al proceso de CP, garantizando que todas las aldeas participen.

> *"Se o governo não respeita essa nossa forma de organização, não pode dizer que consultou nosso povo". (Ibídem)*

Para este efecto, el Protocolo retoma los estándares internacionales partiendo de que la CP debe realizarse a todo el pueblo, de manera anticipada, y a propósito de cualquier ley, plan o proyecto que pueda afectarlos, especificando en qué consiste para ellos cada uno de los estándares de aplicación: buena fe; información y asesoría independientes; reuniones específicas para cada asunto consultado; tiempos adecuados para la CP; espacio para reuniones de discusión interna; acompañamiento del Ministerio Público Federal.

Respecto al procedimiento acordado para la toma de decisiones, los Wajãpi determinan que siempre se priorizará el consenso, aunque en caso de no lograrlo, los temas se someterán a votación y la decisión será tomada conforme a lo que dispongan las ¾ partes de los participantes. El Protocolo no se pronuncia sobre el camino a seguir en caso de que la Ley, plan o proyecto motivo de la CP, no sea aprobado por los participantes, es decir, sobre el fondo del derecho al consentimiento previo, libre e informado.

## 5. Hitos para la construcción de protocolos autonómicos en América Latina

Aunque aún escasas, las experiencias de construcción de protocolos autonómicos indígenas se fundan en un ejercicio efectivo de autonomía que, al mismo tiempo, constituye el pilar de la garantía de los derechos a la Consulta Previa y el Consentimiento Previo, Libre e Informado. De esta manera, desde su formulación y contenido, estos protocolos van mostrando un reordenamiento en la prioridad que dan los pueblos indígenas a los derechos que les han sido reconocidos en los catálogos legales nacionales e internacionales, llegando incluso a "sustraer" de estos espacios jurídicos asuntos estrictamente reservados a ciertas dimensiones propias de su vida colectiva que no podrían llegar a ser objeto de Consulta Previa.

Es por esto que en estos protocolos autonómicos, aunque estén centrados en ella, se advierte una tendencia generalizada a destituir la CP como derecho nuclear de los sistemas de participación indígena dispuestos por los Estados, de tal forma que se reduce a sus justas proporciones, es decir, un mecanismo de diálogo intercultural cuya finalidad es tomar decisiones sobre asuntos de interés mutuo, pero siempre subsidiario de los derechos a la autonomía y la libre determinación.

De lo anterior se deprende que la CP, incluso puede resultar inaplicable en aquellos casos en los que, aun existiendo un propósito legalmente factible del Estado o los particulares, la medida o intervención conllevaría la transgresión del ordenamiento interno instaurado desde la Ley de Origen o el derecho consuetudinario, por ejemplo, cuando un proyecto interviene un lugar sagrado cuyo acceso está expresamente prohibido en cualquiera de sus dimensiones espaciales o temporales porque constituye un pilar del ordenamiento de la sociedad y la cultura.

La singularidad en el punto de partida y el enfoque de los diferentes protocolos desarrollados por algunos pueblos, indica de antemano que no es posible ni deseable derivar un modelo estándar de trabajo a partir de sus experiencias, sin embargo, sí pueden extraerse de ellas los principales asuntos en los que han centrado su atención y podrían considerarse en nuevos procesos de construcción de protocolos que pretendan guiar el relacionamiento de un pueblo indígena con el Estado bajo un enfoque de derechos colectivos reconocidos en el derecho internacional, en particular, a la autonomía y la libre determinación.

Por esta razón, los temas que se sintetizan a continuación no corresponden a una secuencia o ruta lineal sino, mejor, a unas esferas de trabajo extraídas de los protocolos analizados que pueden tomarse en cuenta y desarrollarse en la perspectiva de formular cualquier otro protocolo autonómico.

## DEFINICIÓN DEL CONCEPTO Y ALCANCE DEL PROTOCOLO

El concepto de "protocolo" está dado por cada pueblo de manera tácita o explícita, conforme a su propio criterio y al alcance que haya querido dársele, tanto al interior, como al exterior de la comunidad.

El Protocolo Bio-Cultural del Pueblo Miskitu, por ejemplo, es considerado "una herramienta metodológica que permite facilitar las negociaciones en la Muskitia con respecto a proyectos y decisiones que afecten a las comunidades indígenas y a sus riquezas naturales".

Por su parte, el pueblo arhuaco, considera que su protocolo o mandato, es un "instrumento de gobierno propio para establecer el entendimiento con terceros y propios dentro del territorio".

Aunque el pueblo wajãpi no presenta una explicación precisa de su concepto sobre el protocolo, puede deducirse que es entendido como una guía aplicable a los procesos de Consulta Previa en su territorio.

Otros protocolos consultados, como el del Pueblo Negro de las Cuencas de los ríos Mayorquín, Raposo y Anchicayá de Colombia, concibe su protocolo como "un instrumento comunitario para el ejercicio de nuestro derecho fundamental a la consulta y consentimiento, previo, libre e informado, fundado en el derecho propio y amparado en los estándares nacionales e internacionales de los derechos humanos".

## VERIFICACIÓN DE CONDICIONES PREVIAS PARA LA GARANTÍA DE LA CP Y EL CPLI

Aunque en ninguno de los protocolos autonómicos consultados se realiza una verificación exhaustiva de las condiciones previas necesarias para el ejercicio de los derechos a la CP y el CPLI, es posible encontrarlas en los antecedentes históricos o sociales que presentan y, de ellos, derivar algunas estrategias que apuntan a garantizarlas anticipadamente cuando no están ya resueltas por parte del gobierno en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, legales o internacionales:

- Reconocimiento efectivo de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas y comunidades campesinas o étnicas (según sea en cada país) como "sujetos colectivos de derecho" o "sujetos de derecho propio".
- Protección efectiva de la vida y la integridad personal en los territorios colectivos indígenas o étnicos, especialmente aquellos azotados por diversas formas de violencia y amenazas a la vida.
- Desarrollo o ratificación de un marco normativo para el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, incluyendo afrodescendientes, campesinos tradicionales y otros pueblos, según el caso.

- Desarrollo de un marco normativo para la regulación de la presencia de las empresas en tierras y territorios indígenas, o de campesinos tradicionales y otros pueblos, según el caso.
- Otorgamiento oportuno de títulos o garantías de propiedad sobre tierras y territorios colectivos, y seguridad jurídica sobre ellos.

## DEFINICIÓN DEL SISTEMA DE DERECHO

La definición del sistema de derecho en el cual se enmarcarán, ha sido un paso allanado por la mayor parte de los protocolos consultados. Algunos de ellos retoman los contenidos y alcances de los derechos indígenas reconocidos en instrumentos jurídicos internacionales y nacionales (el Convenio 169 de la OIT, la Constitución, la Declaración de Naciones Unidas, la jurisprudencia de la Corte Interamericana, etc.), mientras que otros dan mayor peso al derecho consuetudinario de su propio pueblo ligándolo a la autonomía y libre determinación, derechos que dan dimensión al espacio jurídico y al contenido, alcance y procedimientos de la Consulta y el Consentimiento Previo, Libre e Informado.

Fuente: elaboración propia con base en protocolos autonómicos y marcos legales

En cualquier caso, puede afirmarse que tanto los protocolos que presentan su reflexión y elección de un sistema de derecho u otro, como los que no lo hacen, están fundamentando su iniciativa de relacionamiento con el Estado y los particulares en los derechos a la autonomía y la libre determinación, lo cual les imprime la legitimidad explícitamente otorgada por los instrumentos de derecho internacional, nacional y la jurisprudencia interamericana. Es necesario puntualizar también, que ninguno de los

pueblos que han desarrollado estos protocolos autónomos se apartan de asumir la unidad del Estado al cual pertenecen y, en consecuencia, no desbordan los límites impuestos a los derechos de autonomía y libre determinación en tanto solo aspiran a la posibilidad real de elegir libremente su destino dentro de un Estado soberano.

## ANTICIPACIÓN DE AFECTACIONES E IMPACTOS

Consiste en un análisis sobre el tipo de intervenciones posibles (medidas legislativas, administrativas, obras o proyectos), los daños que de antemano puedan preverse, y el impacto que esos daños pueden llegar a ocasionar sobre los territorios, los recursos, la sociedad y la cultura del pueblo o la comunidad.

En esta línea, algunos protocolos se anticipan a valorar ciertos tipos de afectación que bien pueden ser compensados o mitigados por parte del Estado o los particulares, pero también evalúan aquellos que de antemano resultarían gravemente lesivos a juicio de la comunidad, en cuyo caso, prevén reacciones y decisiones que podrían ir desde negarse a iniciar un proceso de Consulta Previa; requerir modificaciones al proyecto o la medida consultada, o vetar su implementación haciendo vinculante su derecho al Consentimiento Previo, Libre e Informado.

## LEGITIMIDAD DE LA REPRESENTACIÓN Y LAS DECISIONES COMUNITARIAS

El protocolo Wajãpi da una lección detallada sobre la importancia de determinar las instancias de autoridad, gobierno propio o representación que guiarán el relacionamiento con el Estado, los particulares y los procesos de Consulta Previa que se realicen en una comunidad. Al mismo tiempo, explica los pormenores de los mecanismos internos que se aplicarán para la toma de decisiones (consenso, votación, decisión de autoridad, consulta ritual, etc.), y las eventuales sanciones que podrían imponerse a quienes ignoren la representación auténticamente delegada, generen divisiones, o se presten para actos de corrupción.

## LEGITIMIDAD DE LOS INTERLOCUTORES DEL ESTADO

Para los pueblos y comunidades, ha resultado importante incluir en sus protocolos una validación de legitimidad de los interlocutores del Estado y los particulares interesados en una CP (quienes pueden y no pueden consultar), así como también manifestar el interés o la necesidad de contar con el acompañamiento por parte de aliados, técnicos, representantes de otros pueblos, organismos de control, agencias internacionales, o cualquier otra persona, entidad u organización que les ofrezca confianza, pueda ayudar en la toma de decisiones, o pueda servir de garante del proceso de Consulta Previa.

## VERIFICACIÓN DE LA CALIDAD ÉTICA DEL INTERESADO

En su protocolo, el pueblo arhuaco estableció que es necesario comunicarse y verificar con otros pueblos los antecedentes de los particulares o empresas interesadas en realizar una intervención, obra o proyecto en su territorio. Esto con el fin de identificar las posibles omisiones que ellos hayan podido cometer en cuanto al reconocimiento y respeto de los derechos de otros pueblos indígenas donde quiera que ellos se encuentren, determinando de antemano que, de encontrar antecedentes negativos, sus pretensiones de intervención en el territorio serán denegadas.

## VALIDACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS ESTÁNDARES DE CP

Como ya se ha dicho antes, la mayor parte de los protocolos estudiados retoman, de alguna manera, los estándares internacionales de CP definidos a partir del Convenio 169 de la OIT, de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, y de la jurisprudencia interamericana. Sin embargo, en los diferentes documentos se observa una preocupación por precisar con mayor detalle el contenido de algunos estándares y procedimientos.

A manera de ejemplo, además de los protocolos que se han venido referenciando, pueden consultarse las pautas establecidas por el pueblo munduruku del Brasil en su protocolo de Consulta Previa [43] , cuya síntesis se presenta a continuación:

**¿Quién debe ser consultado?**

*Se debe consultar a los Munduruku de todas las aldeas, incluidos los que están en tierras indígenas aún no demarcadas. Se debe consultar a los sabios antiguos; los payés; los señores que saben contar la historia; los que conocen las medicinas tradicionales, la raíz, la hoja; esos señores que conocen los lugares sagrados; los jefes (capitanes), guerreros, líderes; los profesores y agentes de salud; las mujeres que cocinan, las payesas, parteras y artesanas; los estudiantes universitarios, y nuestras organizaciones.*

**¿Cómo debe ser el proceso de consulta?**

• El gobierno no puede consultarnos solo cuando ya ha tomado una decisión. La consulta debe ser antes de todo.

• Todas las reuniones deben ser en nuestro territorio, en el itio que elijamos, no en la ciudad.

• Las reuniones no pueden celebrarse en fechas que interrumpan las actividades de la comunidad, por ejemplo, en el tiempo de roza, tumba y siembra; en el momento de la extracción de la nuez; en el tiempo de la harina; en nuestras fiestas; en el Día del Indio.

**43** *Disponible en https://redamazonica.org/wp-content/uploads/2016/02/Protocolo-de-Consulta-Munduruku.pdf*

• Cuando los del Gobierno Federal vienen a consultar a nuestra aldea, no deben llegar a la pista de aterrizaje, pasar un día y regresar. Ellos deben tener paciencia con nosotros. Tienen que vivir con nosotros, comer lo que comemos. Tienen que escuchar nuestra conversación.
• Las reuniones deben ser en el idioma Munduruku y elegiremos quiénes serán los traductores.
• En las reuniones, nuestro conocimiento debe tenerse en cuenta al mismo nivel que el conocimiento del pariwat (no indio).
• Nosotros coordinaremos las reuniones, no el gobierno.
• Nuestros amigos deben asistir a las reuniones: el Servicio Federal de Fiscalía, las organizaciones elegidas por nosotros y nuestros invitados especiales, incluidos técnicos de confianza que serán nombrados por nosotros.
• Los costos de nuestra presencia y de amigos en todas las reuniones deben ser pagados por el gobierno.
• Para que la consulta sea verdaderamente libre, no aceptaremos pariwat armado en las reuniones (Policía, Ejército, Fuerza de Seguridad Pública Nacional, Agencia de Inteligencia o cualquier otra fuerza de seguridad pública o privada).
• El gobierno debe llegar con videocámaras, pero no puede tomar imágenes sin nuestro permiso. Para nuestra seguridad, las reuniones deben ser filmadas y el gobierno debe darnos copias completas de las grabaciones.

## ¿Qué tipo de reuniones tendremos?

• Reunión para acordar el plan de consulta: el gobierno debe reunirse con el pueblo munduruku para llegar a un acuerdo sobre el plan de consulta.
• Reunión informativa: el gobierno deberá reunirse con nuestra gente de aldea en aldea para informar sus planes y aclarar nuestras dudas.
• Reuniones internas: después de las reuniones informativas, necesitaremos tiempo para explicar y discutir la propuesta del gobierno entre nosotros. También queremos reunirnos con la gente ribereña para discutir y podemos invitarlos a las reuniones internas. El gobierno no puede estar presente. Si surgen más preguntas o se agrega nueva información, el gobierno deberá celebrar más reuniones de información con nuestra participación y las de nuestros socios. Se harán tantas reuniones como sea necesario para que la gente de Munduruku se informe completamente.
• Reunión de negociación: cuando tengamos una respuesta para darle, el gobierno debe venir a nuestro territorio. Debe escuchar y responder a nuestra propuesta, incluso si difiere de la suya, y debe recordar que no aceptamos que use los derechos que ya tenemos y que no cumple, para chantajearnos.

**¿Cómo tomaremos nuestras decisiones?**

• Nuestra decisión es colectiva. El gobierno no puede consultar solo a parte del pueblo munduruku.
• Ninguna asociación munduruku representa a nuestra gente, ni decide por el pueblo munduruku. Las decisiones de nuestro pueblo se toman en una reunión general convocada por nuestros jefes. Ellos establecen la fecha y el lugar de la asamblea general e invitan al Munduruku a asistir.
• En las asambleas, nuestras decisiones se toman después del debate: discutimos y llegamos a un consenso. Si es necesario, discutimos mucho. Nosotros no votamos. Si no hay consenso, es la mayoría la que decide.

## DEFINICIÓN DE PASOS O RUTAS PARA EL DESARROLLO DE LAS CONSULTAS PREVIAS

Desarrollando el proceso mismo de la Consulta Previa, todos los protocolos incluyen una secuencia de momentos o pasos que deben ser observados en los casos en que haya lugar a implementar este mecanismo de participación. El pueblo Miskitu, por ejemplo, determina que toda CP debe atravesar siete pasos que van desde los acercamientos preliminares, hasta el monitoreo del cumplimiento de eventuales acuerdos. Estos momentos específicos del proceso de consulta y otorgamiento del CPLI, tienen actores, objetivos y características particulares, y dan legitimidad a la CP.

## POSICIÓN FRENTE AL PODER VINCULANTE DEL CONSENTIMIENTO (SI/NO)

Los protocolos de los pueblos miskitu y arhuaco son explícitos en la definición del alcance que tiene el Consentimiento Previo, Libre e Informado. Aunque ambos coinciden en que no puede ser una imposición o un compromiso derivado de la participación, el primero establece su carácter vinculante cualquiera que sea la decisión (si o no), mientras que el segundo, además de reiterar este carácter, determina previamente cuáles asuntos no podrán ser objeto de CP porque su consentimiento está denegado de antemano. Otros pueblos han consignado en su protocolo que ante una decisión impuesta o que no sea aprobada por consenso, el pueblo tiene poder de veto: “Nós esperamos que o governo respeite a nossa decisão. Nós temos o poder de veto”. (Protocolo de Consulta Munduruku)

### MECANISMO DE RATIFICACIÓN, DIVULGACIÓN O PRESENTACIÓN DEL PROTOCOLO

Una medida que ha sido pensada para la legitimación de los protocolos autonómicos es su ratificación al interior de las comunidades mediante mecanismos y en espacios propios, pero de igual manera, algunos pueblos han optado por formalizar la iniciativa autonómica dando a conocer y entregando una copia de su protocolo ante el Ministerio Público. Otras acciones de divulgación y formalización, han sido las presentaciones ante instituciones del gobierno, organismos internacionales (agencias de Naciones Unidas), y en escenarios de trabajo como talleres y seminarios en los cuales han tenido participación otros pueblos indígenas.

## 6. Acciones para consolidar procesos autonómicos en CP y CPLI

Al comienzo de esta guía, se mencionó que su elaboración responde a la creciente preocupación de los pueblos indígenas y comunidades étnicas del mundo por la baja eficacia de la Consulta Previa y el carácter no vinculante del Consentimiento Previo, Libre e Informado. Se reseñaron también las discusiones suscitadas en las recientes reuniones de representantes indígenas de América Latina en México DF y Lima, donde acentuaron su interés por el desarrollo de agendas compartidas para el posicionamiento efectivo de los derechos a la autonomía y la libre determinación, no solo a través de los protocolos que se vienen abriendo paso como mandatos o instrumentos que materializan estos derechos colectivos, sino mediante acciones de diverso tipo que involucren a las comunidades, y comprometan a los gobiernos y a los organismos internacionales de Derecho Humanos.

En estas mismas reuniones, se identificaron algunos temas neurálgicos y estrategias de trabajo para dar impulso a la autonomía y la libre determinación como derechos que estructuran el catálogo de los demás derechos de los pueblos y que, ante la magnitud de los daños y las amenazas que se ciernen sobre sus territorios y recursos, son la garantía de la pervivencia presente y futura de las sociedades, culturas y territorios colectivos indígenas bajo los parámetros del desarrollo propio y el buen vivir.

Es por esto que yendo más allá de las preocupaciones circunscritas solamente a las garantías de la CP, el CPLI y sus eventuales desarrollos normativos, también se evaluaron posibles acciones orientadas al fortalecimiento de la organización y el autogobierno de los pueblos indígenas, de modo que se dé mayor impulso a la protección de sus derechos; se eleve la capacidad de control de sus territorios y recursos, y se eliminen asimetrías de poder en su relacionamiento con el Estado y los particulares, finalidad que resultaría en parte cubierta por el trabajo en torno a protocolos autonómicos.

Respecto a las acciones necesarias desde los Estados con el fin de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos a la CP y el CPLI, se requiere una ampliación de los espacios de incidencia y compromiso de tal manera que se aseguren las condicione previas y necesarias para que la Consulta y el Consentimiento no caigan en el vacío: la seguridad jurídica de los territorios y los recursos colectivos; la protección de la naturaleza como sujeto de derecho con vinculación a los derechos colectivos; la conformación de áreas protegidas donde sea viable; la creación o consolidación de marcos jurídicos que regulen la presencia y el accionar de actores externos a los territorios, y la protección de la vida y la integridad de los individuos y comunidades en sus territorios. Esto va de la mano con la penetración efectiva del derecho internacional en el derecho interno como garantía de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, evitando regresiones que pudieran darse a través de normas o jurisprudencia.

Finalmente, en el campo internacional se requiere el compromiso del Sistema de Protección de Derechos Humanos con el fin de garantizar el catálogo de derechos indígenas, pero especialmente traer al presente la autonomía y la libre determinación, dos derechos que han sido confinados al margen de los desarrollos jurídicos y jurisprudenciales de los Estados. De la mima manera, es necesario revisar los estándares en materia de afectaciones que puedan amenazar los órdenes de la vida, tierras y territorios de los pueblos indígenas, y desarrollar el estándar del Consentimiento Previo, Libre e Informado como un derecho con efectos realmente vinculantes..