

# El derecho a la consulta previa: avances y retos en América Latina

Gabriel Bustamante Peña



Cuadernos  
de Debate

Nº 1

# **El derecho a la consulta previa: avances y retos en América Latina**

**Gabriel Bustamante Peña**

## Cuadernos de Debate N° 1

### El derecho a la consulta previa: avances y retos en América Latina

© **Red Latinoamericana sobre Industrias Extractivas — RLIE**

León de la Fuente 110, Magdalena. Lima, Perú.

Telf. 613 8313

Telefax. 613 8315

rlie@desco.org.pe

© **Asociación Latinoamericana de Organizaciones de Promoción al Desarrollo A.C. - ALOP**

Benjamin Franklin 186. Col. Escandón M. Hidalgo. México DF, México

Telf. (5255) 52733400

info@alop.org.mx

**Organizaciones integrantes de la RLIE:**

CEDLA (Bolivia), Fundación Jubileo (Bolivia), IBASE (Brasil), Fundación Terram (Chile), Foro Nacional por Colombia (Colombia), CDES (Ecuador), Grupo Faro (Ecuador), FUNDAR (México), Grupo Propuesta Ciudadana (Perú), DAR (Perú), Cooperación (Perú), Dejusticia (Colombia).

**Colaboradores:**

Revenue Watch Institute, 11.11.11 y Charles Stewart Mott Foundation.

**Autor:** Gabriel Bustamante Peña

**Corrección de estilo:** Dany Cruz

**Coordinación:** Indira Huilca

**Diseño y diagramación:**

Renzo Espinel

Luis de la Lama

**Impresión:**

Sonimágenes del Perú

Av. 6 de agosto 968, Jesús María. Lima.

Telf. 652 3444 / 652 3445

Primera edición

Lima-Perú. Noviembre del 2012

Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2012-14829

# Presentación

Con esta publicación, la Red Latinoamericana sobre Industrias Extractivas (RLIE) inicia una serie de publicaciones que, con el título *Cuadernos de Debate*, estarán orientadas a difundir las reflexiones y propuestas sobre los que consideramos son los temas centrales de la agenda sobre las industrias extractivas en nuestros países. Hemos elegido iniciar con una aproximación al debate sobre la consulta previa en América Latina, porque consideramos que este constituye un asunto de primera importancia para la defensa de los derechos de un sector tradicionalmente excluido en nuestras sociedades.

Este texto ha sido posible gracias a un trabajo conjunto con la Asociación Latinoamericana de Organizaciones de Promoción al Desarrollo A.C. (ALOP), con quienes iniciamos un proceso de acción y reflexión sobre este importante tema de la agenda latinoamericana.\*

En las últimas décadas, el desarrollo creciente de las actividades extractivas en América Latina, impulsado por el crecimiento sostenido de

los precios de nuestros recursos naturales en el mercado internacional, el consiguiente ingreso de divisas y la disponibilidad de recursos fiscales, ha hecho que los gobiernos de nuestra región, más allá de su signo político e ideológico, asuman una posición claramente favorable a las inversiones extractivas.

Esta estrategia se ha aplicado sin una adecuada valoración de sus efectos sobre las condiciones de vida de los pueblos indígenas y comunidades campesinas, produciendo situaciones de conflicto que se incrementan con celeridad. Se ha generado un proceso de movilización y resistencia de numerosas comunidades y pueblos originarios de nuestro continente, que de esta manera han puesto de manifiesto la disputa que se cierne sobre los territorios que habitan.

Esta realidad es producto de la situación de riesgo que afrontan los pueblos indígenas y las comunidades que habitan zonas donde se asientan los proyectos mineros y petroleros, por su impacto en el medioambiente y en la dinámica de vida de estas colectividades, así

---

\* Durante el VI Foro Latinoamericano sobre las Industrias Extractivas, realizado en el mes de abril 2012 en Bogotá, la RLIE y ALOP decidieron emprender juntos la producción de una serie de análisis sobre temas o aspectos relevantes de la realidad del extractivismo en la región.

como por la respuesta de nuestros gobiernos, que se orientan crecientemente a criminalizar la protesta social.

Como un aporte inicial a la necesaria reflexión sobre las formas de modificar esta realidad, el presente documento analiza el proceso bajo el cual se ha constituido y reconocido el derecho a la consulta previa como una dimensión fundamental de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en nuestro continente.

Se analiza el hecho de que, si bien la mayoría de los países de América Latina ha reconocido este derecho a través de múltiples tratados, obligaciones internacionales y normas nacionales, estas poblaciones aún no ejercen de manera efectiva su participación en las decisiones

sobre su futuro y su territorio. No se valora adecuadamente su importancia como mecanismo para la prevención o solución de los conflictos, ni para el fortalecimiento de la democracia.

El documento señala la relevancia de apoyarse en los marcos jurídicos nacionales e internacionales para impulsar la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, así como la necesidad de reflexionar y formular políticas orientadas a la efectiva implementación de la consulta previa. Se plantea que esta es una tarea pendiente e indispensable para avanzar en el fortalecimiento de la democracia en nuestras sociedades. Resalta para ello la importancia que tiene entenderla como una innovación hacia el reconocimiento de los pueblos como sujetos plurales.

# El derecho a la consulta previa: Avances y retos en América Latina

Gabriel Bustamante Peña<sup>1</sup>

Hoy, en pleno proceso de profundización de las dinámicas de globalización económica y cultural, el peligro de extinción de muchos pueblos indígenas y comunidades tradicionales rurales en América Latina se ha intensificado de una forma directamente proporcional al número de empresas y negocios de la economía mundial que tienen puestos los ojos sobre sus territorios. Territorios étnicos que, junto a las zonas de reserva ambiental, son precisamente los más apetecidos por empresas y transnacionales ávidas de explotar los recursos naturales, sin importar los costos ambientales, culturales o humanos que esto pueda acarrear.

En la actualidad, comunidades y pueblos de Centro y Sur América sufren las consecuencias negativas del auge minero y el aumento

indiscriminado en la explotación de variados recursos naturales en la región. Esta agudización de actividades extractivas, causada por la creciente demanda internacional y la subida de los precios en el mercado,<sup>2</sup> es presentada e impulsada como una posibilidad de progreso y desarrollo por algunos gobiernos latinoamericanos, a lo que hacen eco las transnacionales y empresas que se benefician de sus políticas. Sin embargo, el boom extractivo también tiene otra cara menos amable: la de los conflictos sociales que está provocando, la de los enfrentamientos cada vez más explosivos en número e intensidad, y en los que están involucrados principalmente campesinos, pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes, en una lucha desigual por el respeto a sus derechos humanos, a sus territorios y a la protección del medio ambiente.

1 Abogado, magíster en Estudios Políticos y asesor jurídico-político de la Corporación Viva la Ciudadanía, Colombia (asociada de ALOP A.C.)

2 Durante la última década, el precio del oro, por ejemplo, pasó de 270 a 1,800 dólares la onza. Por su parte, el cobre se encuentra a precios exorbitantes debido, especialmente, a la inmensa demanda China de la actualidad.

## La profundización de los conflictos por el territorio y el medio ambiente

La intensidad de los conflictos por los recursos naturales y el territorio está llegando a tal punto de agudización, que incluso ha empezado, por un lado, a generar procesos de inestabilidad política en varios países de la región y, por otro, a incentivar una serie de cuestionamientos sobre los modelos de desarrollo económico (pro-empresariales) que promueven los Estados en sus agendas.

Por ejemplo, es bastante dicente la afirmación del Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina, OCMAL, quien no duda en afirmar que:

Los Estados han aceptado cumplir el rol de guardianes del sistema extractivista protegiendo sus intereses a costa de la integridad, seguridad y derechos de las poblaciones nacionales. La criminalización [de la protesta] se torna una práctica común tanto en gobiernos neoliberales como en los llamados progresistas.<sup>3</sup>

O la crítica que al modelo extractivista de desarrollo hace el Observatorio Latinoamericana-

no de Conflictos Ambientales, OLCA, al juzgar que:

[...] se le está entregando a la minera la posibilidad de definir una parte importante del desarrollo de América Latina, se está transfiriendo la soberanía a entidades que se mueven por intereses económicos. Las empresas buscan frenar la democratización de nuestros países. Las mineras tienen secuestrada nuestra democracia limitando la expresión de las comunidades.

Más allá de las críticas, lo cierto es que hoy existen más de 120<sup>4</sup> disputas por causa de la minería en toda la región (OCMAL, 2012).

Por ejemplo, en Panamá, el conflicto entre los indígenas Ngabe Buglé y el Gobierno de Martinelli, por las concesiones en su territorio ancestral y las reformas regresivas al código minero, ya han causado varios muertos, lo que se suma a las presiones, amenazas y golpizas para desalojarlos, en medio del enfrentamiento con la empresa estadounidense AES.<sup>5</sup>

En Argentina, tanto los ataques y las detenciones contra miembros de las asambleas ambientalistas que protestan contra la megaminería —

3 Diario *Página 12*, Buenos Aires, Argentina, 28 de mayo de 2012. [www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/](http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/)

4 La mayor parte de estos conflictos, según el OCMAL, se presentan en Perú (27), Chile (25), Argentina (25), Colombia (16) y México (15).

5 La Corporación AES es una de las empresas de energía más grandes del mundo. Su filial panameña, AES Panamá S.A., opera las hidroeléctricas de Bayano, La Estrella y Los Valles en Chiriquí, siendo el generador de energía más grande de Panamá y el mayor de Centroamérica. En los constantes conflictos de esta transnacional con los pueblos indígenas y campesinos, el presidente Martinelli siempre se ha colocado de parte de la empresa estadounidense, alegando que no se puede parar el desarrollo hidroeléctrico del país.



y que han llegado a un nivel preocupante—,<sup>6</sup> así como las crecientes protestas contra la presidenta Cristina Fernández, por la ausencia de una política ambiental que fiscalice la actividad minera y ponga freno a la represión policial violenta contra los manifestantes, son dos factores que están causando ya un verdadero problema de Estado, con serias repercusiones internacionales.<sup>7</sup>

En México, el pueblo Wixárika lleva más de tres años luchando para que el gobierno revoque las concesiones hechas a la minera canadiense First Majestic Silver Corp., que vulnera y trasgrede sus territorios ancestrales e incluso sus sitios de culto.<sup>8</sup>

En Colombia, no es casualidad que el mapa del conflicto armado coincida con el mapa de las actividades extractivas, ni que muchas de las empresas que las desarrollan se hayan involucrado directamente en graves violaciones a los derechos humanos,<sup>9</sup> como el desplazamiento forzado, o que financien la presencia de la fuerza pública o incluso de grupos paramilitares en sus zonas de influencia.

En Bolivia, pese a la llegada al poder del líder indígena Evo Morales, los conflictos por la minería continúan, por situaciones que, incluso, contrarían la reciente Constitución Nacional<sup>10</sup> y desfiguran el proyecto político que llevó a Morales a dirigir los destinos de la nueva nación pluricultural boliviana.

6 Ante los niveles de represión que viven los ambientalistas argentinos, el pasado 20 de julio, el premio Nobel de la Paz, Adolfo Pérez Esquivel, denunció ante la Corte Suprema de Justicia, la violencia hacia quienes protestan contra el modelo extractivo: «Solicitamos al máximo órgano del Poder Judicial de la Nación la adopción de las medidas peticionadas con suma urgencia a los efectos de tutelar y proteger los derechos fundamentales de las personas que ejercen su derecho a peticionar, a protestar, a reunirse, a manifestarse públicamente, a proteger la salud y la vida de los habitantes de nuestras comunidades y cumplen con su obligación de defender al ambiente y la naturaleza», apuntó el Nobel argentino.

7 El problema no es nuevo, ya que fue el fallecido expresidente Néstor Kirchner quien vetó la ley de protección a los glaciares argentinos, lo que dio inicio a la dura pugna entre los ambientalistas y el gobierno.

8 Las concesiones entregadas a First Majestic Silver Corp. por el gobierno mexicano en territorio del pueblo Wixárika incluyen al Cerro del Quemado, que para el pueblo Wixárika es el lugar de nacimiento del Sol, el lugar donde comenzó toda la vida. Gran parte del territorio sagrado de Wirikuta, que se encuentra en el desierto de San Luis Potosí, en el norte de México, está siendo gravemente afectado.

9 Por solo mencionar un par de ejemplos: para la Procuraduría (2012), los paramilitares que masacraron a 43 personas el 11 de noviembre de 1988, en Segovia, Antioquia, fueron apoyados por la fuerza pública y la transnacional minera Frontino Gold Mines. El periodista y escritor Asad Ismi (2006) denunció, en un artículo titulado «Aprovechando la represión», que las empresas canadienses en Colombia, especialmente las de oro, son protegidas por escuadrones de la muerte y son cómplices de los grupos armados ilegales que masacraron a decenas de personas y desplazaron a cerca de diez mil pobladores del sur de Bolívar. Los mineros expulsados acusan a las empresas mineras multinacionales de financiar a los paramilitares que los desplazaron.

10 Según la nueva Constitución Política de Bolivia, en su artículo 3, son fines esenciales del Estado: promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales e impulsar su industrialización a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras.

Y, en hechos recientes, el presidente peruano, Ollanta Humala, acaba de declarar el estado de emergencia en una zona del sur del país y ha autorizado el uso de la fuerza militar para detener una protesta contra la mina Tintaya, de la transnacional Xstrata,<sup>11</sup> la cual ha causado la muerte de cuatro manifestantes y ha dejado a más de cincuenta personas heridas, entre civiles y policías, hecho al que se sumó la muerte de cuatro manifestantes en la sierra norte del Perú, con lo que van dieciséis personas muertas en represiones a protestas sociales contra la megaminería, desde que Humala asumió el poder en el 2011, y que se adicionan a las 174 que se dieron en el gobierno de Alan García.

### La consulta previa, el conflicto y los derechos de los pueblos

Con anterioridad al presente auge de las industrias extractivas en la región, la mayoría de países de América Latina suscribieron y ratificaron obligaciones internacionales y han integrado a sus normas, constitucionales y legales, toda una serie de medidas para la protección de los derechos de las comunidades tradicionales, tutelando especialmente la integridad de sus territorios, su entorno medioambiental, sus manifestaciones y cosmovisiones, así como su existen-

cia misma como pueblos ante la arremetida de proyectos y medidas susceptibles de afectarlos.

Esto ha protegido en parte los derechos de las comunidades, al convertirse en un elemento esencial de las obligaciones de los Estados frente a las actividades de explotación de los recursos naturales en sus territorios. Se ha configurado así un contrapeso a favor de los pueblos, pues hoy cuentan con un marco jurídico internacional y nacional (constitucional y legal) de protección, especialmente construido alrededor del derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado.

De esta manera, el derecho a la consulta previa se ha ido conformando bajo características multidimensionales, pues se ejerce como medio de defensa de las minorías étnicas, se usa como mecanismo de participación de las comunidades y, asimismo, se eleva como un derecho fundamental y colectivo de los pueblos. Derecho humano, en proceso de construcción, que se nutre de una amplia y creciente normatividad y jurisprudencia internacional, se aplica en los países latinoamericanos a través de una variada y contradictoria legislación y, por otra parte, se construye con una progresista jurisprudencia (especialmente de algunos tribunales constitucionales de la región).

11 El 28 de mayo de 2012, el presidente peruano Ollanta Humala dictó la medida de emergencia para encarar el conflicto minero, restringiendo el libre tránsito y la reunión de las personas, suspendiendo las garantías constitucionales y autorizando a las fuerzas armadas a restablecer el orden público en la provincia de Espinar, donde opera la mina Tintaya. Posteriormente, el 3 de julio, cuatro personas de Celendin, un distrito pobre del departamento de Cajamarca, en la sierra norte de Perú, fueron asesinadas por la fuerza pública en una protesta de oposición al proyecto minero Conga, promovido por una multinacional, que se denuncia perjudicará los recursos naturales en un paraje (cabeceras de cuenca) que los lugareños consideran irrenunciable porque viven de la agricultura y la ganadería.

Además, la consulta previa —como derecho y como método— ha sido poco abordada como un factor decisivo y protagónico para la prevención o transformación pacífica de los conflictos que se están presentando en la región, por lo que se abre un gran campo de posibilidades para menguar —por la vía del diálogo intercultural, la concertación y la negociación— los actuales brotes de violencia que se presentan entre las comunidades, las empresas y el Estado mismo. Choques que, con toda seguridad, se desarrollarán de forma más violenta en un futuro cercano siempre y cuando sigan vigentes dos condiciones: por un lado, que proliferen masivamente las actividades extractivas inconsultas e invasivas, de gran impacto sobre el medio ambiente; y, por otro lado, que prime el factor económico por encima de los derechos a la vida digna y al territorio de las comunidades.

### Consulta previa, pueblo tradicional y territorio

La consulta previa se puede definir como el derecho fundamental que tienen los pueblos tradicionales a ser consultados o, en ciertos casos,<sup>12</sup> a dar su consentimiento previo, libre e informado respecto de asuntos que los afecten

como pueblos y se realicen en sus territorios,<sup>13</sup> en el marco de un diálogo intercultural respetuoso y realizado de buena fe.

En este sentido, la consulta previa se eleva como una forma evolucionada de la relación del Estado y la sociedad en su conjunto, con los pueblos tradicionales, bajo una visión que ha superado históricamente la tutela colonial, el vasallaje indígena, afro y campesino, la concepción de incapacidad y salvajismo de los miembros de pueblos tradicionales, hasta la aceptación paulatina de una igualdad en la diversidad, de la existencia de entidades grupales distintas, mediante el reconocimiento de la plurietnia y la multiculturalidad, así como de la dignidad e igualdad de todos los pueblos y las culturas.

El reconocimiento jurídico de la consulta previa se da por la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, que ha empezado a incluir progresivamente derechos y garantías para los pueblos indígenas y tribales. De esta manera, la consulta se configura a partir de su aparición en pactos y convenios, jurisprudencia de tribunales internacionales, disposiciones constitucionales y legislativas, así como jurisprudencia de tribunales nacionales de cada vez más países.

12 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que —en proyectos de gran escala o en planes de desarrollo de gran inversión que pudieran llegar a ocasionar un mayor impacto en los territorios de pueblos tradicionales— es deber del Estado garantizar, más allá de la consulta, el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas o pueblos tribales.

13 El territorio comprende, además de las tierras pertenecientes a las comunidades indígenas o tribales, las áreas que usan estos pueblos para el desarrollo de sus actividades tradicionales (económicas, religiosas o sociales), así como los recursos naturales que están ligados a su subsistencia, tanto física como cultural (Artículo 7 del Convenio 169 de la OIT).

Como derecho fundamental de los pueblos, la consulta previa correlativamente representa un deber para los Estados, estipulado principalmente en el Convenio 169 de la OIT, y recientemente enunciado en instrumentos internacionales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, tanto para la adopción de medidas administrativas o legales que un Estado pueda llevar a cabo —y que afecten a los pueblos y a sus territorios—, como para el control en la ejecución de proyectos privados que puedan llegar a vulnerarlos.

### Los pueblos tradicionales como sujetos plurales étnicos

Como derecho fundamental, la consulta previa es reconocida no como una prerrogativa inherente al individuo en la concepción clásica de los derechos humanos (individuo-ciudadano), sino como un derecho cuyo destinatario, el pueblo tradicional, es un «sujeto plural étnico», jamás equiparable al sujeto de un derecho colectivo, que es el que se tutela para proteger a todos los individuos de una colectividad (que tienen derecho al medio ambiente sano, por ejemplo), ni tampoco semejante a las demás formas de agrupación social (como los sindicatos, las juntas de acción comunal u otras organizaciones comunitarias).

Un pueblo tradicional tiene el derecho a la consulta previa ante el reconocimiento social y antropológico de ser un ente independiente, que va más allá de la suma de sus miembros para elevarse a la categoría de sujeto autónomo y,

por tanto, requerido de especial protección. Organismo múltiple que, dada su particular condición, no puede ser objeto de separación, pues dicho acto involucraría su negación y eliminación, ya que, además de ser distinto a la suma de las personas que lo componen, estas, a su vez, son y existen en tanto que pertenecen al todo comunitario.

Por todo esto que hemos dicho, pues, es que a estos pueblos se les reconoce una diferencial configuración cultural, política, social, espiritual y antropológica, que hace que se los considere como un solo organismo vivo. Entidad que hunde sus raíces en prácticas, usos y costumbres prehispánicas y milenarias, llenas de procesos de comunicación inconsciente, de ceremonias grupales ancestrales, con cosmovisiones que influyen fuertemente en sus procesos psíquicos y sociales, a través de las cuales dirigen cierto tipo de conductas gregarias que los identifican y les dan sentido y sin las cuales no podrían existir, ni cultural, ni materialmente.

Al respecto, la Corte Constitucional colombiana, refiriéndose a los pueblos indígenas, ha manifestado:

[...] han dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser sujetos de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal, aparece dotada de singularidad propia, la

que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.<sup>14</sup>

## La consulta previa y el territorio de los pueblos tradicionales

El concepto de territorio —de la mayoría de pueblos indígenas, negros y campesinos tradicionales— es ajeno a la concepción legal, social y cultural del resto de ciudadanos de los países latinoamericanos. La tierra, para estos pueblos, está íntimamente ligada a su existencia y supervivencia, desde los puntos de vista religioso, político, social y económico. Estas comunidades tienen una relación con el territorio de tipo parental (la madre tierra), sitio especial desde el cual despliegan sus planes de vida.

Esta no les pertenece, sino que ellos pertenecen a la tierra y, por lo tanto, esta no constituye un elemento de dominio, sino un elemento del ecosistema donde interactúan como pueblo.

Sus territorios colectivos representan salvaguardas a la relación histórica que milenariamente han llevado con tierras y sitios ancestrales, además de configurar una efectiva tutela al entorno natural donde desarrollan sus actividades como pueblo.

En virtud de lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que el hábitat

de los territorios indígenas y pueblos tribales es parte integrante de su cultura, transmitida milenariamente de generación en generación. Con esto se acepta que el territorio para las comunidades tradicionales va más allá de un espacio físico y comprende áreas espirituales, culturales y cosmogónicas que la sociedad occidental no puede asimilar ni comprender.

Precisamente por esta concepción única y diferencial del territorio que tienen los pueblos tradicionales es que cualquier proyecto que se vaya a realizar sobre su tierra o área de influencia, o cualquier medida legal o administrativa que la afecte total o parcialmente, debe contar con la participación y concertación activa de la comunidad ahí asentada, por medio de una consulta previa o del consentimiento previo, libre e informado, si la magnitud de la afectación lo amerita.

El Convenio 107 de la OIT, respecto a los derechos sobre el territorio de las comunidades indígenas y tribales, estipula: i) el reconocimiento de la propiedad colectiva sobre las tierras ancestralmente ocupadas, ii) no permitir traslados de comunidades sin su libre consentimiento, salvo por estrictas medidas de seguridad nacional, desarrollo económico o salud de las mismas comunidades y iii) en los traslados excepcionales se deberá entregar tierras de igual o mejor calidad e indemnizar a las comunidades por cualquier daño.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 21, estipula que «la estrecha

14 Sentencia T-380 de 1993, Magistrado Ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz.

relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica».

Los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT estipulan que la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas debe ser compatible con la protección que el Estado debe brindar a las comunidades en su integridad social, cultural y económica, la cual configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. De ahí que se debe garantizar la participación de las comunidades étnicas en las decisiones que se adopten para tal explotación, por medio de la consulta previa.

### La consulta previa en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Al configurarse la consulta previa como un derecho colectivo de los pueblos de carácter fundamental y de alcances globales, cuya protección y respeto es una clara obligación para los Estados, se abrió una puerta para la defensa de los territorios y de los derechos de las comunidades por medio de reclamaciones judiciales ante las instancias internacionales de protección a los derechos humanos. Instancias que, para el caso de América Latina, cuentan con todo

el marco de garantías del Sistema Interamericano, donde se destacan las sentencias que a favor de los derechos de los pueblos ha dictado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)<sup>15</sup> en concordancia con otros instrumentos internacionales como son: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, los Convenios 107 y 169 de la OIT, la Convención Americana de Derechos Humanos, la reciente declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural de la UNESCO, entre otros.

A partir de las sentencias emitidas, la CIDH generó un marco claro de solución de controversias a partir de puntualizar los deberes de los Estados frente a los derechos de los pueblos indígenas y tribales, que se resumen en: i) la protección del derecho a la propiedad colectiva o comunitaria como extensión de la tutela que a la propiedad privada hace el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos; ii) el derecho de los pueblos que habitan sus territorios ancestrales a que el Estado les legalice sus títulos colectivos de propiedad; iii) el reconocimiento del hábitat de los territorios indígenas como parte integrante de su cultura, transmitida milenariamente de generación en generación; iv) el derecho a que el Estado les consulte, en debida forma y de buena fe, en materias que los afecten, y cuyo propósito esencial debe ser el llegar a un acuerdo, que de darse, debe ser respetado; v) el derecho, en ciertos

15 La Corte Interamericana de Derechos Humanos inició su jurisprudencia al respecto en el 2001 con la sentencia emitida en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.

casos de profunda afectación a sus territorios, a que el Estado les solicite el consentimiento previo, libre e informado; vi) el Estado está en la obligación de asegurar que los pueblos se beneficien razonablemente de los planes, programas o proyectos que se realicen en sus territorios; y, entre otros, vii) la obligación de no conceder ninguna concesión o permiso, hasta tanto una entidad idónea e independiente haya realizado el respectivo estudio de impacto social y ambiental.

También, la CIDH ha delimitado, en su jurisprudencia, los casos en que los Estados deben consultar a los pueblos,<sup>16</sup> como son: i) procesos de otorgamiento de títulos colectivos sobre el territorio; ii) sobre el reconocimiento de la capacidad jurídica colectiva; iii) en la adopción de medidas legislativas y administrativas que impliquen reconocimientos de derechos a propiedad colectiva; iv) sobre medidas legislativas o administrativas que regulen el derecho a la consulta; v) sobre los estudios previos de impacto social y ambiental; y vi) en relación a cualquier limitación de la propiedad colectiva de los pueblos, especialmente sobre planes de desarrollo o inversión dentro de sus territorios.

Además, la CIDH ha determinado que en proyectos de gran escala o en planes de desarrollo de gran inversión —los cuales pudieran llegar a ocasionar un mayor impacto en los territorios de pueblos tradicionales— es deber del Estado

el garantizar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas o pueblos tribales. Siguiendo los informes del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, la Corte ha complementado que el consentimiento previo aplica: i) por pérdida de territorio y tierras tradicionales; ii) por procesos de desalojo; iii) para procesos de migración y reasentamientos; iv) por proyectos que impliquen el agotamiento de recursos naturales necesarios para la supervivencia física y cultural de las comunidades; v) por la destrucción o contaminación de su ambiente tradicional; vi) por afectar la organización social o comunitaria; vii) por impactos sanitarios y nutricionales negativos y de larga duración; y, asimismo, viii) por procesos de abuso o violencia contra los pueblos.

Con este antecedente jurisprudencial, pues, lo que se configura es el derecho fundamental de los pueblos a que sea solicitado su consentimiento previo, libre e informado cuando se pretenda dar marcha a un proyecto que afecte o genere el riesgo de impactar considerablemente los bienes jurídicos señalados por la CIDH. Este derecho va más allá de la consulta o la concertación y se configura como un verdadero poder colectivo de impedir la puesta en marcha de acciones lesivas para las comunidades en sus territorios, como un derecho exigible ante los tribunales nacionales y, complementariamente, antes los internacionales.

<sup>16</sup> Especialmente, la CIDH desarrolló un caso tipo en este sentido en la sentencia de interpretación «Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam (2008)».

## El derecho a la consulta previa en los países de América Latina

No obstante el avance de la normatividad y la jurisprudencia internacional, por un lado, y que gran parte de los países de la región, por otro lado, ha suscrito, ratificado e integrado a sus normas internas los principios de protección de los pueblos indígenas y tribales, la realización efectiva del derecho a la consulta y el consentimiento previos sigue siendo una deuda pendiente para la mayoría de las comunidades tradicionales en América Latina.

El instrumento más importante, el Convenio 169 de la OIT, aprobado en junio de 1989, es un tratado internacional vinculante, por lo que, una vez firmado y ratificado por los Estados, se vuelve parte del ordenamiento legal interno y genera responsabilidades internacionales por su violación. Además, por ser parte del derecho internacional de derechos humanos, muchos países lo integran a sus constituciones como parte de los derechos fundamentales. Este Convenio 169 ha sido ratificado por países como México (1990), Colombia (1991), Bolivia (1991), Costa Rica (1993), Paraguay (1993), Perú (1994), Honduras (1995), Guatemala (1996), Ecuador (1998), Argentina (2000), Venezuela (2002), Brasil (2002) y Chile (2008).

Ahora bien, los gobiernos y los congresos son generalmente reacios a cumplir sus obligaciones internacionales de proteger a los pueblos tradicionales y, por el contrario, han caído en una lógica proempresarial y proinversión extranjera a toda costa, incluso del incumplimiento a tratados internacionales de derechos humanos.

Tanto en Colombia como en Perú, los Tribunales Constitucionales han requerido al gobierno y al Congreso para que se expida la ley de reglamentación de la consulta previa, ante la reiterada negativa a sancionarla. Perú tan sólo hace pocos meses expidió la ley 29785, aprobada por el Decreto Supremo 001-2012 del Ministerio de Cultura, que en muchos aspectos limita el derecho a la consulta al no darle el carácter de vinculante y, por otra parte, obvia el derecho al consentimiento previo en los casos en que se ha reconocido internacionalmente, y todo esto a pesar de que la Defensoría del Pueblo del Perú denunció, en uno de sus informes, que cerca del 40% de los conflictos sociales violentos que sufre este país se derivan de la negación, por parte del Estado, al derecho a la consulta previa a comunidades afectadas en sus territorios por actividades extractivas. En Colombia, por su parte, la Corte Constitucional ha tenido que asumir, por presión judicial, la reglamentación —vía jurisprudencia— de los procesos de consulta previa que el gobierno se niega a hacer; inclusive, Colombia ha generado —por la vía judicial— el marco para adelantar procesos de consentimiento previo, libre e informado, aún sin que exista una ley que reglamente la consulta previa.

Por su parte, el Estado mexicano, tras 22 años de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, aún no reglamenta el derecho a la consulta, no obstante que el pasado mes de marzo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU destacó las crecientes tensiones entre actores externos y pueblos indígenas asociados a la explotación de recursos naturales; además, criticó la ausencia de un marco legal



que garantice la consulta y el consentimiento previo, libre e informado.

Sin embargo, cabe destacar los procesos de construcción constitucional desde la perspectiva multicultural y pluriétnica que muchos países han desarrollado contemporáneamente en América Latina. Lo cual se ha complementado con otros principios fundantes de sus cartas políticas como son el Estado social de derecho, la democracia participativa y la soberanía popular, los que, junto al tratamiento preferencial que los derechos humanos tienen en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, configuran marcos de desarrollo posibles para la aplicación real de la consulta y el consentimiento previos.

Este ciclo de reformas constitucionales en América Latina terminó por romper con más de un siglo de imposición y configuración del Estado, y de la sociedad misma, desde una perspectiva monocultural (la Ibérica), monoreligiosa (la católica) y monolingüística (el castellano o el portugués), como han anotado diversos autores; además, generaron una nueva visión de los derechos humanos desde la perspectiva de los pueblos tradicionales como entes colectivos de derechos por sí mismos. En este sentido, la interpretación de todos y cada uno de los derechos que la tradición liberal entregó al individuo-ciudadano, hoy se reconfiguran y se luchan judicialmente desde la perspectiva comunitaria de nuestras comunidades tradicionales, que empezó con los derechos de los pueblos indígenas y que paulatinamente se ha extendido, en algunos países, a comunidades afrodescendientes (Ecuador y Colombia, por ejemplo) y, en otros, a comunidades campesinas (Bolivia),

susceptibles, en cada situación, al derecho a la consulta y el consentimiento previos.

Por esto, pues, es muy significativo para el desarrollo del derecho a la consulta en la región que, en materia de derechos fundamentales, América Latina sintonice constitucionalmente con principios como el de la dignidad humana. Basta con mencionar algunos ejemplos, a saber: el artículo 33 de la Constitución de Costa Rica prohíbe «discriminaciones contrarias a la dignidad humana»; el artículo 1 de la Constitución del Perú confirma que «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado»; el artículo 6 de la Constitución de Bolivia y el artículo 2 de la Constitución de Puerto Rico afirman que la libertad y la dignidad de la persona son inviolables y es deber primordial del Estado respetarlas y protegerlas; el artículo 1 de la Constitución de Brasil, el 5 de la Constitución de Nicaragua y 3 de la Constitución de Venezuela establecen la dignidad de la persona humana entre los fundamentos del Estado democrático de derecho; el artículo 1 de la Constitución de Colombia señala la dignidad humana entre los principios fundamentales que el Estado reconoce; el artículo 23 de la Constitución de Ecuador y el 68 de la Constitución de Honduras reconocen el derecho fundamental a la integridad personal y, por consiguiente, vetan todo comportamiento que degrade a la persona humana; el artículo 1 de la Constitución de México prohíbe toda discriminación y toda conducta que atente contra la dignidad humana; el artículo 10 de la Constitución del Salvador declara inconstitucional todo acto que implique el sacrificio de la dignidad de la persona.

De esta forma, dentro de los principales derechos de los pueblos, reconocidos por interpretación extensiva de los derechos humanos y logrados, en muchos casos, a partir de la interposición de acciones judiciales (como el derecho de amparo y la acción de tutela), encontramos, entre otros: i) la identidad cultural, entendida como el derecho a seguir preservando la forma de ser y de vivir de cada comunidad; ii) la autonomía, que es el derecho a regirse por su propia organización social, política y económica, y de la cual se desprenden las garantías para instaurar autoridades propias, mantener una lengua originaria y practicar la medicina tradicional; iii) el territorio (colectivo), resguardando así la propiedad de tierras ancestrales y protegiendo el entorno natural en él comprendido, reconociendo que las comunidades tienen una relación más parental (la madre tierra) que económica con las tierras en las cuales desarrollan sus planes de vida; y iv) la participación, en el marco de los usos y costumbres tradicionales,

desarrollada a través de la consulta y el consentimiento previos, elevados ambos a derecho fundamental de los pueblos tradicionales, por lo que se han convertido en la principal herramienta de supervivencia cultural y física de las comunidades, ante la arremetida de actores transnacionales, intereses políticos, económicos y de diversa índole sobre sus territorios y sobre la integridad de sus derechos como pueblos.

Sin embargo, se hace evidente en la región la enorme contradicción entre, por un lado, los principios constitucionales de pluralidad étnica y cultural, primacía de los derechos humanos, democracia participativa, tutela efectiva a los pueblos tradicionales y protección del medio ambiente y, por otro lado, las ambiguas normas constitucionales de desarrollo económico que indican otro camino, que es el que, lastimosamente, han optado por recorrer los estados latinoamericanos en sus actuales agendas.

# Conclusiones y retos de la consulta previa en América Latina

El desarrollo de la consulta previa en América Latina ha significado, sin lugar a dudas, un avance fundamental en el reconocimiento y la garantía de los derechos humanos de las comunidades tradicionales en la región. Además, la irrupción de la consulta previa ha conseguido que los derechos de pueblos indígenas y tribales tomaran parte de la agenda política, económica y cultural de los países y, asimismo, ha sensibilizado a amplios sectores de la comunidad internacional sobre la gran deuda histórica que tiene la humanidad con estos pueblos.

Sin embargo, estamos en una coyuntura atravesada por la aplicación de las nuevas lógicas del capitalismo internacional, las cuales se muestran particularmente agresivas sobre los territorios de las comunidades indígenas, negras y campesinas de Latinoamérica. Asistimos, pues, al desarrollo de un proceso donde se está definiendo la suerte y la configuración de no solo el derecho a la consulta y el consentimiento previos, sino la supervivencia histórica de los pueblos indígenas y tribales, la integridad de sus territorios y la existencia misma del medio ambiente que los circunda.

De ahí lo grave que resulta la ausencia de una legislación clara y garantista de la consulta previa. Esta ausencia y este vacío pueden ser una ventana rota por donde la actividad depredadora y extractiva de empresas y transnacionales ingrese a los territorios de las comunidades, con saldos nefastos que terminen dejando a los pueblos indígenas y tribales como anécdotas para los libros de historia.

En este sentido, es preocupante que sea una constante, en la mayoría de países de América Latina con fuerte presencia de industrias extractivas, que los gobiernos generen políticas a favor del sector empresarial y en contra del medio ambiente y de las comunidades que están llamados a proteger. Por eso, el derecho a la consulta previa no solo está aún en construcción, sino en disputa, lo que hace de su aplicación algo paradójico e inestable.

Se impone el imperativo de detener actitudes políticas, como la de algunos Estados Latinoamericanos (Chile y Colombia, por ejemplo) donde los gobiernos y los congresos, no solamente no tienen interés en desarrollar y aplicar sus

obligaciones internacionales frente a los derechos de los pueblos y a la consulta previa, sino que se han dedicado a impedir el desarrollo de este derecho con medidas administrativas contrarias al Convenio 169 de la OIT y los demás instrumentos internacionales. Así, pues, han omitido deliberadamente su deber de reglamentar en debida forma la aplicación y los procedimientos para llevar a buen término las consultas a las comunidades tradicionales.

Por eso, resultan preocupantes los intentos de reforma judicial que, en la región, quieren menguar el poder judicial y someterlo a los ejecutivos, cuando ha sido, en muchos casos, por la vía de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales que se han desarrollado y garantizado los derechos de los pueblos, en contravía a la resistencia de los demás poderes públicos.

Por otro lado, la discusión del derecho a la consulta previa aún no ha logrado bajar del plano nacional hasta el local. El proceso de adecuación de la institucionalidad que garantice el derecho a la consulta aún no se ha descentralizado y, por el contrario, los mandatarios locales y los órganos normativos desconocen el tema y los jueces municipales no ejercen acciones para la protección de las comunidades indígenas y demás pueblos, con quienes incluso tienen roces por la incomprensión y desconocimiento de sus respectivos sistemas normativos tradicionales.

A esto hay que sumar los contextos de pobreza extrema en que viven los pueblos tradicionales, lo que hace que las consultas se desvíen, en muchos casos, de su intencionalidad

original y se empleen en agendas para solicitar reivindicaciones históricas.

Ahora, problema aparte representa la inaplicabilidad de los procesos de consulta cuando los territorios de los pueblos están cruzados por fenómenos de violencia social (Perú y México), violencia política (Bolivia) o ambas (Colombia). O cuando las economías ilegales golpean a comunidades indígenas, afro y campesinas, involucrándolas en los conflictos criminales de cultivos ilícitos y utilizando sus tierras para el cultivo, procesamiento o transporte de los insumos y materiales del narcotráfico.

Por esto, transitar del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales al ejercicio real de los mismos es una agenda que debe comprometer a diferentes actores sociales y políticos de la región, además de las comunidades tradicionales mismas. Esta agenda debe darse en el plano local, nacional e internacional, convocando en su discusión a los órganos de la integración Latinoamericana y del Caribe, para regular los megaproyectos que afectan los territorios étnicos de varios países y, asimismo, proponer y consolidar consultas previas en el ámbito andino, centroamericano y suramericano.

Es preciso, por consiguiente, elevar el derecho a la consulta previa a la categoría de denuncia ante la pérdida democrática que significa que los pueblos indígenas y tribales de nuestros países queden a merced de organismos transnacionales, públicos y privados, que manejan arbitrariamente la economía y la política para que las grandes transnacionales se beneficien

de la explotación de territorios que no les pertenecen.

Por tanto, resulta conveniente tomar las garantías que cada país ha dado a sus comunidades y extenderlas como medidas a aplicar en todos nuestros países. Así, hay que extender el derecho a la consulta previa para las comunidades afrodescendientes y campesinas tradicionales que hoy son excluidas en muchas legislaciones nacionales. Asimismo, se precisa exigir la emisión de leyes nacionales que regulen el derecho y los procedimientos de la consulta previa para que tengamos leyes debidamente discutidas y consultadas. Además, urge que exijamos

el cumplimiento de los acuerdos a los que se llegue mediante procesos de consulta, tanto en proyectos productivos como en medidas administrativas y legislativas. De manera complementaria, es necesario generar mayores impuestos a la minería para que el Estado realice procesos más efectivos de consulta. Consecuentemente, debemos construir Estados desde la pluridiversidad cultural y étnica, donde la visión económica no sea ajena a las expectativas de los pueblos. Pero, sobre todo, estamos en la obligación de exigir que se ponga fin a los etnocidios y a la destrucción criminal del medio ambiente que, hoy por hoy, son la bandera de los megaproyectos.







León de la Fuente 110, Magdalena. Lima – Perú.  
Telf. 613 8313 / Telefax. 613 8315  
rlie@desco.org.pe  
www.redextractivas.org



Organizaciones integrantes de RLIE:



Colaboradores:

