

# El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa: desarrollo, dificultades y desafíos

FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI\*

## Resumen

En el presente trabajo, haremos un breve análisis del surgimiento y la evolución del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, dando cuenta del desarrollo producido en su contenido y alcances, así como plantearemos algunas de las controversias jurídicas que se suscitan en su aplicación y los retos y dificultades políticas que implica su implementación efectiva.

**Palabras clave:** Derecho a la consulta previa. Pueblos indígenas. Convenio 169 de la OIT. Declaraciones de la ONU. Declaraciones de la OEA. Informes y decisiones de la CIDH. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## Sumilla

### Introducción

1. El Convenio 169 de la OIT y el reconocimiento del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas
  - 1.1. ¿Quiénes son indígenas para el Convenio 169?
  - 1.2. ¿En qué casos debe realizarse la consulta previa?
2. De la consulta para lograr el acuerdo o consentimiento, a la necesidad de obtener un consentimiento previo, libre e informado
3. Los aportes del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos
4. Principios y requisitos que deben observarse en la aplicación de la consulta previa
5. Dificultades y retos que afronta la aplicación de la consulta previa

---

\* Primer vicepresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y relator para los Derechos de los Pueblos Indígenas. Director de la Maestría en Derecho Constitucional de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es abogado, magíster en Derecho Constitucional y doctor por la PUCP. Ha sido ministro de Justicia y Derechos Humanos; embajador del Perú en España; jefe del Departamento Académico de Derecho de la PUCP; director de la Comisión Andina de Juristas; director de la Academia de la Magistratura. Correo electrónico: feuguigu@pucep.edu.pe

## **Introducción**

Se estima que en el mundo existen unos cinco mil pueblos indígenas, distribuidos en setenta Estados, que representan aproximadamente trescientos setenta millones de personas. Estos pueblos, a pesar de ser los habitantes originarios de territorios que fueron objeto de procesos de conquista y colonización violenta por las potencias dominantes, y que luego se convirtieron en Estados independientes, permanecieron durante varios siglos sometidos a relaciones de opresión y vulneración de sus derechos fundamentales, excluidos de participación en la adopción de las decisiones gubernamentales que afectaban su subsistencia como pueblos, su forma de vida e identidad cultural.

Es por ello que el derecho a la consulta previa, reconocido inicialmente en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y luego recogido en otras declaraciones internacionales aprobadas por los Estados, debe considerarse como un importante hito en la reivindicación histórica de los pueblos indígenas, secularmente excluidos por las sociedades y culturas dominantes en numerosos Estados.

La consulta previa supone un derecho de participación de los pueblos indígenas, que constituye expresión del desarrollo de la democracia política y social, del respeto a la diversidad y pluralidad étnica y cultural existente en múltiples Estados y regiones del mundo. Constituye una forma de eliminación de la desigualdad y de la discriminación que tradicionalmente han padecido estas colectividades humanas. Busca posibilitar su intervención en la formación y adopción de decisiones gubernamentales, de tipo legislativo o administrativo, que puedan afectar sus derechos e intereses colectivos como pueblos, o en la implementación de proyectos de desarrollo o de explotación de recursos naturales, ubicados en sus tierras y territorios ancestrales. La aplicación del procedimiento de consulta previa, tiene por finalidad procurar lograr u obtener el acuerdo o consentimiento de los pueblos indígenas para la aprobación de medidas o ejecución de actividades que tengan incidencia en su hábitat e identidad.

Consideramos que el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas viene experimentando, durante la última década, positivos avances en cuanto a la ampliación del contenido y alcances originalmente previstos en el Convenio 169 de la OIT, expresados en declaraciones internacionales adoptadas en Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos (OEA) y en los aportes trascendentales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, mediante informes y decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La historia de América ha estado plagada de funestas experiencias de saqueo de nuestros recursos naturales, iniciadas durante la dominación colonial y continuadas en la vida independiente de los Estados, por obra de la voracidad de potencias imperialistas o de muchas empresas transnacionales que, en forma mayormente impune, no sometieron su actuación al respeto de los derechos de los pueblos indígenas, considerando su condición de seres humanos, ni se preocuparon de proteger el medio ambiente. El derecho a la consulta de los pueblos indígenas, busca así marcar una diferencia y un punto de cambio frente a dicha realidad oprobiosa.

De allí que la consulta previa no solo materializa un derecho de participación política democrática de los pueblos indígenas, en la formación y aprobación de decisiones gubernamentales sobre asuntos que les atañen directamente, sino que también adquiere actualmente singular significación económica, porque la obligación impuesta a los Estados de solicitar la necesaria intervención y consentimiento de estos pueblos, se constituye en una exigencia jurídica internacional para la ejecución de proyectos de desarrollo, de actividades destinadas a la explotación de recursos naturales o de industrias extractivas, ubicadas en tierras y territorios ocupados por estos pueblos.

## **1. El Convenio 169 de la OIT y el reconocimiento del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas**

El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas fue reconocido en el Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), instrumento internacional considerado como el más importante tratado en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas. Este convenio fue adoptado en la Conferencia Internacional del Trabajo del 27 de junio de 1989, entrando en vigencia el 5 de setiembre de 1991, en la 76° Conferencia de la OIT. A la fecha se encuentra ratificado por 22 Estados<sup>1</sup>.

El Convenio 169 marcó un cambio fundamental respecto de la concepción sobre los pueblos indígenas plasmada en el Convenio 107 de la propia OIT, su antecesor, considerado el primer tratado sobre derechos de los pueblos indígenas, adoptado en 1957. Este instrumento partía de la concepción de que los pueblos indígenas son sociedades «atrasadas» y transitorias, cuya supervivencia temporal requiere una sucesiva incorporación y asimilación cultural hacia la sociedad moderna

---

<sup>1</sup> El Convenio 169-OIT está ratificado por 22 Estados, siendo estos: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, España, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Nicaragua, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú, República Centroafricana y Venezuela. Como se puede ver, dos tercios de ellos son Estados latinoamericanos.

preponderante. En cambio, el Convenio 169 reconoce el carácter «permanente» de los pueblos indígenas y la necesidad de proteger la continuidad de su existencia, como expresión de la diversidad cultural y étnica y del respeto a sus formas de vida, identidad, cultura y tradiciones.

Si bien el Convenio 107 abordó cuestiones importantes, como el derecho sobre la tierra, el trabajo y la educación; desconocía aspectos esenciales de los propios pueblos indígenas. Por ello, a partir de 1980, estos aspectos comenzaron a ser abordados en diversos foros internacionales, como el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, creado en el seno de la Organización de Naciones Unidas (1982). Fue así que para atender los múltiples cuestionamientos existentes sobre el Convenio 107, la OIT convocó a una Reunión de Expertos en el año 1985, buscando que se diera una revisión del mismo, trabajos de los que surgiría el Convenio 169.

### **1.1. ¿Quiénes son indígenas para el Convenio 169?**

El Convenio 169 de la OIT, en su artículo 1, numeral 1, establece que este instrumento internacional se aplicará a los pueblos tribales e indígenas, definiendo en sus literales a) y b), respectivamente, a cada uno de ellos. Respecto de los pueblos indígenas, los define como:

[...] a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Esta definición comprende un «elemento objetivo» para el reconocimiento de los pueblos indígenas, constituido por la existencia de personas descendientes de los habitantes que ocupaban originariamente espacios territoriales en los actuales Estados o regiones, antes de que se produjeran los procesos de conquista y colonización; las mismas que conservan elementos comunes y propios a nivel sociocultural (origen histórico, lengua, costumbres, tradiciones, identidad étnica, formas de organización social, normas) que los diferencian de otros sectores de la sociedad, y que se asientan en un determinado territorio.

Este criterio «objetivo» se complementa con otro elemento constitutivo de tipo «subjetivo», previsto en el artículo 1.2 del Convenio 169, según el cual, la propia conciencia del grupo acerca de su identidad indígena, será factor determinante para la aplicación del Convenio; es decir, un componente subjetivo grupal de «auto-identificación como indígenas».

Debe tenerse presente la precisión que establece el artículo 1.3 del Convenio respecto a la denominación «pueblos» que utiliza, indicando que no deberá ser interpretada en un sentido similar o equiparable al que se atribuye a este término en el derecho internacional, como el elemento humano componente de un Estado independiente.

En el artículo 7.1 del Convenio 169 se establece que los pueblos indígenas tendrán el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe a su proceso de desarrollo, «en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente».

## **1.2. ¿En qué casos debe realizarse la consulta previa?**

El derecho a la consulta aparece recogido en diversas normas, y para distintos supuestos, en el Convenio 169 de la OIT. Se menciona, por primera vez, en el artículo 6.1, señalando que los gobiernos deberán: «a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente».

Un fundamento de este derecho de consulta se encuentra, según refiere la OIT, en la voluntad de superar la discriminación tradicionalmente padecida por los pueblos indígenas y de brindarles un derecho de participación en la adopción de decisiones gubernamentales, de carácter legislativo o administrativo, que puedan afectarlos en su subsistencia como pueblos, en la preservación de su forma de vida y de los intereses que les conciernan<sup>2</sup>. Para ello, el artículo 6.2 del Convenio 169 dispone que: «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».

Otro supuesto donde resultará procedente efectuar la consulta previa, se encuentra previsto en el artículo 15 del Convenio 169, tratándose de recursos naturales ubicados en tierras ocupadas por pueblos indígenas; estos recursos recibirán especial

---

<sup>2</sup> «El objetivo del Convenio es superar las prácticas discriminatorias que afectan a estos pueblos y hacer posible que participen en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas. Por lo tanto, los principios fundamentales de consulta y participación constituyen la piedra angular de este Convenio». Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales. 1989 – núm. 169. OIT, 2013.

protección y dichos pueblos participarán en su utilización, administración y conservación<sup>3</sup>. Agrega la norma que cuando los recursos naturales pertenezcan al Estado (minerales, recursos del subsuelo o en la tierra) el gobierno deberá consultar a los pueblos indígenas sobre los perjuicios que puedan ocasionar a sus intereses antes de emprender o autorizar actividades de prospección o explotación de tales recursos naturales; debiendo dichos pueblos, en lo posible, participar también en los beneficios que produzcan estas actividades y recibir la indemnización justa que corresponda por el daño que puedan ocasionarles.

Un alcance distinto para la consulta previa se contempla en el artículo 16 del Convenio 169, cuando se trate del traslado y reubicación de los pueblos indígenas de las tierras que ocupan<sup>4</sup>. Dicho traslado tendrá carácter excepcional y deberá contar con el consentimiento libre y con conocimiento de causa expresado por los pueblos indígenas afectados. Sin embargo, paradójicamente, la norma señala que de no obtenerse este consentimiento, el Estado deberá seguir los procedimientos adecuados para efectuar dicho traslado, procurando siempre la posibilidad de un retorno de los indígenas desplazados a sus tierras. Otro supuesto para la realización

---

<sup>3</sup> Convenio 169 - OIT, Artículo 15:

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

<sup>4</sup> Artículo 16:

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.
2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, solo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación solo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.
3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.
4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.
5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

de la consulta se contempla en el artículo 17.2 del Convenio<sup>5</sup>, cuando se considere la capacidad de los pueblos indígenas para enajenar sus tierras, o transferir derechos sobre estas, fuera de su propia comunidad,

## **2. De la consulta para lograr el acuerdo o consentimiento, a la necesidad de obtener un consentimiento previo, libre e informado**

El artículo 6.2 del Convenio 169 establece que la consulta previa a los pueblos indígenas, que deberá ser realizada por el Estado de buena fe, se realizará «con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas». Sin embargo, a partir del propio texto de esta norma, surgieron interpretaciones jurídicas divergentes acerca de los alcances de la consulta, a saber: Si su finalidad es «tratar» de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento del pueblo indígena, lo que podría alcanzarse o no; o si se requiere necesariamente «obtener» ese acuerdo y consentimiento sobre la materia objeto de consulta. En vinculación con este debate, surgía otra interrogante: ¿La negativa del pueblo indígena a arribar a un acuerdo u otorgar su consentimiento, le confiere una suerte de «derecho de veto», que impediría al Estado aprobar la medida objeto de consulta?

Surgieron también dudas acerca de los alcances de la consulta en el caso del procedimiento especial previsto en el artículo 15.2 del Convenio, referido específicamente al aprovechamiento de los recursos naturales ubicados en tierras y territorios de pueblos indígenas, cuando la propiedad de los mismos corresponde al Estado. Siendo que la norma refiere que la consulta se realizará «con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras»: ¿la consulta tendría como fin simplemente determinar en qué medida la prospección o explotación de los recursos naturales podría perjudicar los intereses de los pueblos indígenas, o también se requería obtener su acuerdo o consentimiento respecto al desarrollo de dicha actividad?

Acudiendo a documentos de la propia Organización del Trabajo, cabe mencionar que, en el año 2007, el Departamento de Normas Internacionales de la OIT, a

---

<sup>5</sup> Artículo 17:

1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.
2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.
3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

propósito de una consulta formulada por la Defensoría del Pueblo del Perú<sup>6</sup>, se pronunció sobre el derecho a la consulta aplicable al aprovechamiento de recursos naturales, su objetivo, el derecho a veto y las acciones coordinadas que deben existir entre el Estado y los Pueblos Indígenas. Al respecto, señaló: «[...] el concepto de consulta a las comunidades indígenas comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común».

A su vez, en el documento publicado el 16 de febrero de 2011 por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de OIT, se señala que habida cuenta de la trascendencia y diversidad de opiniones en torno al derecho a la consulta, así como a la existencia de diversas versiones en francés e inglés, la Comisión ha revisado las memorias detalladas del Convenio 169 desde que entró en vigor en 1991, a efectos de apreciar cuál era el real «objetivo y fin del Convenio». En este sentido, sostiene que los artículos 6 y 15 del Convenio «fueron objeto de amplios debates y modificaciones durante los dos años de discusiones preparatorias que condujeron a la adopción del Convenio 169». Señala también que de la lectura de estas memorias, podía determinarse que la redacción del artículo 6 tenía por objeto asegurar: 1) Que las poblaciones indígenas tienen el derecho a participar en la toma de decisiones relacionadas a sus tierras; 2) Que este derecho de participación debería ser efectivo, permitiéndoles «escuchar e influir»; 3) Que para que tal derecho sea efectivo, deberá contar con mecanismos adecuados de procedimiento, instaurados por cada país acorde a su realidad; y, 4) Que estos mecanismos deberían adaptarse a la situación de los pueblos indígenas interesados. Asimismo, que en la evolución de la redacción del artículo 6 hubo modificaciones importantes, desde un planteamiento inicial que incorporaba la frase «consultar plenamente» a los pueblos interesados, hasta llegar luego a una fórmula en donde las «consultas deberían realizarse de buena fe», permitiendo con ello aclarar que entonces no se quiso sugerir que las consultas «deberían resultar en la obtención de acuerdos o consentimientos», sino que el sentido de la redacción era que la finalidad de lograr un acuerdo o consentimiento, es un objetivo que puede o no producirse.

Respecto al sentido y objetivo del artículo 15, numeral 2 del Convenio 169, la Comisión señaló que inicialmente se planteó incorporar en el texto la frase «recabar el consentimiento», lo cual «no fue aceptable para un número suficientemente amplio de sus Miembros»; y que, por ende, fue modificada por la frase «con miras a consultar a los pueblos indígenas», que permitía habilitar el principio de buena fe contenido en el artículo 6 del Convenio.

---

<sup>6</sup> Documento denominado «OIT CEAR. Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio 169 OIT».



Partiendo de los pronunciamientos del Grupo de Expertos de la OIT, consideramos que dicha organización estimaba que la consulta aplicable para los casos de aprovechamiento de recursos naturales (artículo 15.2) debe realizarse con sujeción a las pautas generales previstas en los artículos 6 y 7 (derecho a participar y decidir sobre las prioridades de su propio desarrollo) del Convenio, quedando claro, entonces, que su finalidad es lograr el acuerdo o el consentimiento de los pueblos indígenas consultados, respecto de la medida legislativa o administrativa o del proyecto de prospección o explotación de recursos naturales ubicados en sus tierras y territorios, antes de su aprobación gubernamental.

Sin embargo, dichos documentos entienden que la finalidad de la consulta previa es lograr el acuerdo o el consentimiento de los pueblos indígenas, en un diálogo genuino y respetuoso de la interculturalidad, realizado de buena fe entre las partes, pero sin que ello obligue necesariamente a obtenerlo. De modo que la falta de obtención de este acuerdo o consentimiento, no implicaría que opere una suerte de derecho de veto de los pueblos indígenas, que impediría la aprobación gubernamental de la medida o proyecto de desarrollo consultados. Conforme ya señalamos, en el informe de la Dirección de Normas Internacionales de Trabajo de la OIT, emitido con ocasión de la consulta formulada por la Defensoría del Pueblo del Perú, se afirma que «... el concepto de consulta a las comunidades indígenas comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común...»; precisando luego este informe que «el Convenio núm. 169 no se refiere al derecho a veto...»<sup>7</sup>.

Esta interpretación jurídica sobre la inexistencia de reconocimiento en el Convenio 169 a un «derecho de veto» de los pueblos indígenas, que pudiera operar ante su falta de acuerdo o consentimiento con la materia consultada, se veía confirmada por lo dispuesto en el artículo 16 del propio Convenio. En efecto, si bien dicho precepto, aplicable cuando se trata de la consulta para el traslado y reubicación de los pueblos indígenas fuera de sus tierras y territorios, alude expresamente a la necesidad de obtener el consentimiento, libre y con pleno conocimiento de causa (y no solo de procurar alcanzarlo), líneas después señala que en caso de no obtenerse, se procederá a realizarlo siguiendo determinados procedimientos. De modo que ni siquiera en ese supuesto grave y excepcional, operaría un derecho de veto ante la negativa de consentimiento de los pueblos indígenas afectados con el traslado o reubicación.

---

<sup>7</sup> Informe ACD 5-169, del 23 de julio de 2007, emitido por la directora del Departamento de Normas Internacionales de Trabajo, Cleopatra Doumba-Henry.

No obstante, consideramos que esta interpretación respecto a la finalidad y los alcances de la consulta previa prevista en el Convenio 169, emanada de órganos de la OIT, tendría que considerar «un nuevo sentido» a partir de lo establecido en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en la Asamblea General de la ONU del 13 de setiembre de 2007, por 144 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones, luego de más de 20 años dedicados a su elaboración y debate. En el artículo 19 de esta Declaración<sup>8</sup>, se señala expresamente que «la consulta que realizará el Estado tendrá por finalidad obtener el consentimiento, previo, libre e informado de los pueblos indígenas», respecto de las medidas que puedan afectarlos. Con ello se advierte un claro tránsito en el sentido de la finalidad de la consulta previa, pasando de la búsqueda de lograr el acuerdo o consentimiento, a la necesidad de obtenerlo efectivamente.

Si bien esta Declaración no tiene aún efecto vinculante para los Estados, siendo lo que en el derecho internacional se denomina *softlaw*, si tendría un indudable valor político y moral, por expresar el acuerdo alcanzado entre una cifra abrumadora de Estados que la aprobaron. En ella, la «obtención del consentimiento (previo, libre e informado)» de los pueblos indígenas, «se convierte en un fin y un requisito taxativo de fondo para la consulta». Este consentimiento se requerirá tratándose de: traslado y desplazamiento forzoso de sus territorios (artículo 10); privación de bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales (artículo 11.2); consulta sobre medidas legislativas y administrativas (artículo 19); disposición, despojo y confiscación de tierras indígenas (artículo 28, numeral 1); almacenamiento o disposición de residuos tóxicos (artículo 29, numeral 2); aprovechamiento de recursos naturales (artículo 32, numeral 2).

Este mismo criterio ha sido recogido en la recientemente aprobada «Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas» (adoptada por Resolución de la OEA de junio de 2016) donde se alude expresamente a la «necesidad de obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas» en las consultas que realice el Estado sobre medidas legislativas o administrativas (artículo XXIII, numeral 2) o para la aprobación de proyectos de desarrollo o explotación de recursos naturales ubicados en sus tierras y territorios (artículo XXIX, numeral 4)<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Artículo XXIII. Participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas  
1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas.

### 3. Los aportes del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

Si bien la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derecho Humanos no consignan ninguna norma que haga mención expresa de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios o del derecho a la consulta previa, desde hace algún tiempo tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han venido interpretado que estos derechos se encuentran amparados por el «derecho a la propiedad» reconocido en los artículos XXIII de la Declaración y 21 de la Convención.

A fin de desarrollar el contenido mínimo del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, la CIDH y la Corte han recurrido a las normas del Convenio 169 de la OIT, que —en palabras de la CIDH— «es el instrumento internacional de derechos humanos específico más relevante para los derechos de los indígenas»<sup>10</sup>. Asimismo, se ha interpretado este derecho a la luz de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y al (entonces) Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, recientemente aprobada por la OEA.

Por esta vía, a través de las sentencias de la Corte y los informes temáticos o sobre casos de la CIDH, los órganos del Sistema Interamericano no solo han complemen-

- 
2. 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.

#### Artículo XXIX. Derecho al desarrollo

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y determinar sus propias prioridades en lo relacionado con su desarrollo político, económico, social y cultural, de conformidad con su propia cosmovisión. Asimismo, tienen el derecho a que se les garantice el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas.
2. Este derecho incluye la elaboración de las políticas, planes, programas y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo y la implementación de acuerdo a su organización política y social, normas y procedimientos, sus propias cosmovisiones e instituciones.
3. Los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de desarrollo que les conciernen y, en lo posible, administrar esos programas mediante sus propias instituciones.
4. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.<sup>1</sup>
5. Los pueblos indígenas tienen el derecho a medidas eficaces para mitigar los impactos adversos ecológicos, económicos, sociales, culturales o espirituales por la ejecución de los proyectos de desarrollo que afecten sus derechos. Los pueblos indígenas que han sido desposeídos de sus propios medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a la restitución y, cuando no sea posible, a la indemnización justa y equitativa. Esto incluye el derecho a la compensación por cualquier perjuicio que se les haya causado por la ejecución de planes, programas o proyectos del Estado, de organismos financieros internacionales o de empresas privadas.

<sup>10</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, en adelante), Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, 9 de marzo de 2001, capítulo IX, párr. 12. CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú, 2 de junio de 2000, capítulo X, párr. 7.

tado y desarrollado el contenido y los alcances del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, previsto en el Convenio 169 OIT, sino que lo han ampliado y actualizado sustancialmente.

La CIDH ha señalado que los Estados «tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios, tomando en consideración la especial relación entre los pueblos indígenas y tribales y la tierra y los recursos naturales»<sup>11</sup>. Para la CIDH, la consulta puede ser definida como «un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo» (párr. 292).

Precisa además la CIDH que la consulta no se limita únicamente a asuntos que afecten los derechos de propiedad indígena, pues «también son aplicables a otras acciones administrativas o legislativas de los Estados que tienen un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas» (párr. 292). Así, por ejemplo, cuando los Estados otorgan concesiones de exploración y explotación de recursos naturales para utilizar bienes y recursos ubicados dentro de los territorios ancestrales, tienen el deber de adoptar medidas adecuadas para desarrollar consultas efectivas, previas al otorgamiento de la concesión, con los pueblos indígenas que puedan ser potencialmente afectados por dicha decisión (párr. 289).

Para la CIDH, el término territorio se refiere a la totalidad de la tierra y los recursos naturales que los pueblos indígenas y tribales han utilizado tradicionalmente<sup>12</sup>. La Comisión ha valorado positivamente la incorporación de un concepto amplio de tierras y territorios indígenas, incluyendo dentro de esta categoría «no solamente los espacios ocupados físicamente, sino también aquellos que son utilizados para sus actividades culturales o de subsistencia, tales como las vías de acceso»<sup>13</sup>. Ello en atención a la realidad cultural de los pueblos indígenas y su relación especial con la tierra y el territorio, así como con los recursos naturales y el medio ambiente en que habitan.

La CIDH ha señalado que: «uno de los elementos centrales para la protección de los derechos de propiedad de los indígenas, es el requisito de que los Estados establezcan consultas efectivas y previamente informadas con las comunidades indígenas en relación con los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios tradicionales»<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA documentos oficiales; OEA/Ser.L. 2010, párr. 273.

<sup>12</sup> Sentencia de la Corte IDH, de fecha 28 de noviembre de 2007. Caso del Pueblo Saramaka *vs.* Surinam, nota al pie 63.

<sup>13</sup> CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA documentos oficiales; OEA/Ser.L. 2010, párr. 40.

<sup>14</sup> CIDH, Informe 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 142.

Para los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales tiene una especial importancia, porque «su goce efectivo implica no solo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra»<sup>15</sup>. En similar sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha evidenciado que los derechos territoriales de los pueblos indígenas se relacionan con «el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida»<sup>16</sup>.

La CIDH ha interpretado también que la aplicación del derecho a la consulta previa guarda relación con el respeto al derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas, señalando:

Como parte de los derechos económicos, sociales y culturales debe garantizarse el derecho a la identidad cultural, es decir, debe protegerse la cultura como forma de vida. En consecuencia, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para proteger la identidad de las minorías, lo que incluye el derecho de los pueblos indígenas a emplear su propio idioma, el derecho a su libre determinación, el derecho a ser consultados respecto a las decisiones que pudieran afectarlos, el respeto de sus tradiciones y costumbres, y el derecho a la propiedad y posesión de sus tierras ancestrales, entre otros<sup>17</sup>.

Debe destacarse lo establecido por la Corte Interamericana respecto a la obligatoriedad de la consulta previa, disponiendo que esta debe ser realizada por el Estado, sin que pueda delegarla a terceros ni a las empresas involucradas en proyectos de desarrollo o de explotación de recursos naturales en territorios ocupados por los pueblos indígenas. En las sentencias dictadas en los casos del Pueblo Saramaka con Surinam (2007) y del Pueblo Kichwa de Sarayaku con Ecuador (2012), precisó que la obligación de efectuar la consulta previa a los pueblos indígenas y tribales para otorgar concesiones mineras y forestales en sus territorios, resultaba exigible a Surinam a pesar de no haber ratificado el Convenio 169 y de que el Estado alegaba su condición de propietario de los recursos naturales; como al Ecuador, a pesar que cuando otorgó la concesión a una empresa privada para explotar recursos petroleros, aún no había ratificado dicho Convenio, (lo que hizo posteriormente, cuando esta concesión seguía produciendo efectos a los pueblos indígenas).

<sup>15</sup> Alegatos de la CIDH ante la Corte IDH en el caso de Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay. Cfr. Sentencia de la Corte IDH de fecha 17 de junio de 2005. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 120(c).

<sup>16</sup> Sentencia Corte IDH de fecha 17 de junio de 2005. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 146.

<sup>17</sup> CIDH. *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.LJ/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1050.

En la sentencia del caso del Pueblo Saramaka *vs.* Surinam, la Corte estableció que «el Estado tiene la obligación de consultar con el pueblo Saramaka [...], y que los Saramaka deben determinar, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, cuáles miembros de la tribu estarán involucrados en dichas consultas»<sup>18</sup>. De esta manera, la Corte reconoció que es el pueblo indígena, y no el Estado, quien debe decidir quiénes lo representarán en cada proceso de consulta; y, una vez realizada esta, «el pueblo Saramaka dará a conocer al Estado las decisiones tomadas al respecto, así como sus fundamentos» (párr. 19).

También en esta sentencia la Corte señaló algunos ejemplos de las medidas estatales que requerirían consulta previa, cuando ordenó al Estado de Surinam consultar con el pueblo Saramaka «al menos acerca de los siguientes seis asuntos»: 1) El proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka; 2) el proceso mediante el cual se otorgue a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran; 3) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; 4) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; 5) sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental; y, 6) en relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten el territorio Saramaka (párr. 16).

De otro lado, en el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay, la Corte exigió también consultas previas y el logro de un consenso con los pueblos indígenas en casos de «elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos»; pues tales decisiones «no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario»<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Sentencia de la Corte IDH de fecha 12 de agosto de 2008. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia, párr. 15.

<sup>19</sup> Sentencia de la Corte IDH de fecha 17 de junio de 2005. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 151.

En este mismo sentido, la CIDH ha interpretado que «[e]stá sujeta a consulta previa y a la obtención del consentimiento del pueblo respectivo toda decisión que pueda afectar, modificar, reducir o extinguir los derechos de propiedad indígenas»<sup>20</sup>. En efecto, para la CIDH, «los principios jurídicos internacionales generales aplicables en el contexto de los derechos humanos de los pueblos indígenas incluyen el derecho a que su título relativo a la propiedad y uso de territorios y recursos “sea modificado únicamente por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de ese bien”» (párr. 281). Existe, por tanto, un deber estatal de consulta y, en casos específicos, de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas y no solo procurar obtenerlo. Al respecto, la CIDH ha identificado una serie de circunstancias donde la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas sería obligatoria (párr. 334):

- a) Los planes o proyectos de desarrollo o inversión que impliquen el desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas de sus territorios tradicionales, es decir, su reubicación permanente. En estos casos, el requisito del consentimiento se establece en el artículo 10 de la Declaración de Naciones Unidas: «Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso».
- b) En los casos en que la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales privaría a los pueblos indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia.
- c) Cuando se pretende el depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas, según dispone el artículo 29 de la Declaración de Naciones Unidas.

#### **4. Principios y requisitos que deben observarse en la aplicación de la consulta previa**

La Corte Interamericana ha desarrollado y precisado, en alguna de sus sentencias, los principios y requisitos que debe respetar y cumplir el Estado al realizar la consulta a los pueblos indígenas. Los principales son: carácter necesariamente previo, consentimiento expresado en forma libre e informada, diálogo realizado

---

<sup>20</sup> CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA documentos oficiales; OEA/Ser.L. 2010, párr. 281. (Énfasis agregado).

de buena fe y a través de un procedimiento culturalmente adecuado, respetuoso de la identidad, cultura y tradiciones de los pueblos indígenas.

Así, por ejemplo, en el caso *Saramaka vs. Surinam*, en los Fundamentos 134 y 137 de la sentencia, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión «a gran escala», que tendrían un mayor impacto dentro del territorio indígena o tribal, el Estado tiene la obligación no solo de consultar, sino que debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos pueblos, según sus costumbres y tradiciones.

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

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



Es importante tener presente que tanto el Comité de Expertos Tripartito de la OIT, como el entonces Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas de Naciones Unidas, James Anaya, y los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han coincidido en que «no existe una fórmula específica para consultar a los pueblos indígenas aplicable a todos los países en todas las circunstancias»<sup>21</sup>. Con ello se reconoce que no puede existir una forma única o modelo de consulta a aplicar en todas partes, pues el procedimiento culturalmente adecuado requiere tomar en cuenta fundamentalmente las características y particularidades específicas de los pueblos indígenas en cada país, y de cada pueblo en particular, en cuanto a su situación y circunstancias, cultura, tradiciones, relación con sus tierras y los recursos naturales. En atención a ello, el diseño y contenido del procedimiento a aplicar y la información que se debe proporcionar a los pueblos indígenas, deben responder a una cierta flexibilidad, que resulte adecuada para alcanzar y cumplir la finalidad de la consulta.

La Corte también ha señalado, en el caso del Pueblo Saramaka *vs.* Surinam: que el procedimiento debe respetar tres garantías: a) «asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo [...], de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan [...] que se lleve a cabo dentro de su territorio»; b) «garantizar que los miembros del pueblo [...] se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio», y c) «el Estado debe garantizar que no se efectuará la acción pretendida dentro del territorio de los pueblos hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social».

Cabe también destacar que la Corte Interamericana ha fijado algunos deberes que se imponen al Estado como consecuencia de la aplicación de la consulta previa. Uno de ellos se refiere al denominado «deber de acomodo», de especial relevancia cuando la consulta no ha podido obtener el acuerdo o consentimiento de los pueblos indígenas involucrados. Requiere que todas las partes involucradas tengan la flexibilidad para «acomodar» los distintos derechos e intereses en juego, en aras de alcanzar algún grado de consenso y de brindar atención a lo expresado por los pueblos indígenas. Así, «[e]l deber de los Estados es el de ajustar o incluso cancelar el plan o proyecto con base en los resultados de la consulta con los pueblos indígenas, o, en defecto de tal acomodo, el de proporcionar motivos objetivos y razonables para no haberlo hecho»<sup>22</sup>. El no prestar atención a los resultados

---

<sup>21</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 12° período de sesiones. Tema 3 Agenda «Promoción y Protección de todos los derechos humanos, políticos, civiles, económicos, sociales y culturales incluido derecho al Desarrollo del Relator Especial para PPII, Dr. James Anaya. Página 13.

<sup>22</sup> CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA documentos oficiales; OEA/Ser.L. 2010, párr. 324.

de la consulta en el diseño final de los planes o proyectos de inversión o desarrollo o de las concesiones para actividades extractivas, contraviene también el principio de buena fe que rige el deber de consultar.

Los Estados también tienen el deber de «razonabilidad en las decisiones que adopte», lo que supone tomar en cuenta las preocupaciones, demandas y propuestas expresadas por los pueblos indígenas afectados. Si por motivos objetivos, razonables y proporcionales, no fuera posible incorporar los resultados de la consulta al plan final, la decisión administrativa que apruebe el plan de inversión o desarrollo debe ser debidamente motivada y formalmente comunicada al pueblo indígena respectivo.

Los Estados tienen un «deber regulatorio», que consiste en establecer, en su normativa interna, la regulación del procedimiento de consulta, a través de medidas legislativas o administrativas, en cumplimiento de lo previsto en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, como ha señalado la Corte Interamericana, la ausencia de dicha regulación no exime al Estado de cumplir con la obligación de realizar la consulta a los pueblos indígenas.

## **5. Dificultades y retos que afronta la aplicación de la consulta previa**

El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas se constituye actualmente en un indudable mecanismo de avance de la democratización del accionar del Estado, así como en una manifestación de justicia y reivindicación de la sociedad hacia dichos pueblos. Con ella se busca dejar de lado la «invisibilización» y exclusión social tradicionalmente impuesta a los pueblos indígenas, reconociendo la necesidad de su participación en la formación y aprobación de medidas y decisiones gubernamentales sobre asuntos que los atañen directamente en sus derechos e intereses colectivos. La consulta previa viabiliza también el ejercicio del derecho a la autodeterminación de su propio desarrollo y subsistencia como pueblos.

A pesar que la consulta previa a los pueblos indígenas se encuentra reconocida, como un derecho en el Convenio 169 de la OIT y en declaraciones internacionales aprobadas por los Estados, su aplicación concreta enfrenta diversas dificultades jurídicas y políticas. Un problema que subsiste es el reducido número de Estados que aún han ratificado el Convenio 169 (solo 22), a lo que se agrega que muchos de estos no han aprobado normas internas que den operatividad al procedimiento de consulta. Otra dificultad es la ausencia de reconocimiento formal del Estado a determinados pueblos indígenas o a su condición de tales, así como la falta de demarcación y titulación de las tierras que ocupan; aspectos que se utilizan para eludir la necesidad de realizar la consulta.

No obstante, consideramos que tales omisiones o la renuencia gubernamental en cuanto a efectuar la consulta, pueden considerarse superadas, de alguna manera, gracias a las sentencias de la Corte Interamericana que hacen aplicable a los Estados la obligación de realizar la consulta previa y de respetar la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales, por ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunque no hayan ratificado el Convenio 169 o dictado el marco normativo interno para su implementación.

Sin perjuicio de ello, los informes de la CIDH dan cuenta de que muchos de los Estados latinoamericanos no aplican la consulta previa, incluso los que han aprobado el Convenio 169; que recurren a pretextos para evadirla o que la ejecutan sin respetar cabalmente sus principios y requisitos esenciales. Los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han establecido que la finalidad de la consulta no es solo buscar el acuerdo o consentimiento de los pueblos indígenas respecto de las medidas, normas o proyectos consultados, sino que este procedimiento debe realizarse de buena fe y en forma culturalmente adecuada, para obtener dicho consentimiento, que debe ser previo, libre e informado.

Siendo los propios Estados quienes, en forma libre y voluntaria, han ratificado el Convenio 169 de la OIT y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cabe preguntarse a qué obedece esta renuencia a aplicar la consulta previa a los pueblos indígenas o a realizarla en forma adecuada. Consideramos que un aspecto importante que incide en esta conducta, proviene de los modelos de desarrollo económico adoptados por muchos Estados del Continente, que conllevan medidas políticas y normativas destinadas a liberalizar los requisitos que se aplican a las inversiones para la explotación de industrias extractivas y la ejecución de proyectos de gran escala, en tierras y recursos naturales ubicados en la región amazónica o en áreas ocupadas por pueblos indígenas.

Para estas concepciones, la aplicación de la consulta previa a los pueblos indígenas, en la medida que implica reuniones y negociaciones prolongadas y en lugares remotos o de difícil acceso, con la incertidumbre de si, finalmente, podrá o no arribarse a un acuerdo o a obtener el consentimiento, es percibida como un claro obstáculo que trava o desalienta a las inversiones, la implementación de proyectos de infraestructura o de explotación de recursos naturales. Bajo este modelo económico y político de «desarrollo», la aplicación de la consulta requiere ser dejada de lado o realizarse con carácter meramente formal, porque impide o dificulta severamente el impulso a la inversión y al progreso.

Sin embargo, numerosas experiencias recientes en nuestro Continente nos demuestran que son precisamente estas conductas estatales, que transgreden sus obligaciones internacionales y los derechos de los pueblos indígenas, las que propician

el surgimiento ulterior de graves conflictos sociales, que no solo suelen paralizar la ejecución de las medidas o proyectos aprobados sin la participación ni el consentimiento de los pueblos indígenas, sino que ocasionan la pérdida de vidas humanas, como consecuencia de los enfrentamientos de la población indígena con las fuerzas de seguridad estatal o de las empresas involucradas, y de la criminalización de la protesta social.

Resulta evidente, según viene señalando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que los Estados que incurran en tales actuaciones serán, en su momento, sancionados por su responsabilidad internacional derivada de la inobservancia de la consulta previa y de las consecuencias originadas por dicho proceder. En consecuencia, se impone un cambio de mentalidad y conducta política en las autoridades estatales, porque la necesidad de inversión y desarrollo que requieren nuestros pueblos, para la ejecución de proyectos de infraestructura o el aprovechamiento (razonable y sostenible) de los recursos naturales, puede y debe armonizarse con el respeto de estándares internacionales en materia de derechos humanos, en especial de los pueblos indígenas, y la preservación del medio ambiente.

En un Estado social y democrático de derecho, como el que propugnamos, el respeto y la vigencia de lo dispuesto por la Constitución y las normas internacionales sobre derechos humanos, resulta un imperativo político y moralmente ineludible. El modelo de desarrollo que adopte un gobierno, tiene que inscribirse en una visión integral y humanista, para que sea compatible con la democracia, la dignidad de la persona y el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

La falta de voluntad política estatal para aplicar la consulta a los pueblos indígenas y obtener su consentimiento previo, libre e informado, es aún el principal obstáculo para el debido cumplimiento de lo establecido en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han desarrollado y ampliado los alcances iniciales que la interpretación del Convenio 169 de la OIT otorgaba a la consulta previa y a los derechos de los pueblos indígenas que le sirven de fundamento y sustento. No cabe duda que la consulta debe realizarse antes de aprobar cualquier proyecto o concesión en tierras ocupadas por pueblos indígenas; y que los Estados deben garantizar que exista una participación de los pueblos indígenas en todo el proceso relacionado con el proyecto. Asimismo, que deberá procurarse que los pueblos indígenas puedan participar en los beneficios que generen las actividades de explotación de los recursos naturales ubicados en sus tierras y territorios.