

La consulta previa y los desafíos internacionales



Konrad Adenauer Stiftung

Por su diversidad étnica, la consulta previa es un tema de gran importancia y discusión en la mayoría de

pueblos latinoamericanos. Sin embargo, la falta de reglas claras en varios países, la legislación cambiante y el poco compromiso político son dificultades que aún se evidencian en la región.

Tres expertos latinoamericanos en la materia, Javier La Rosa Calle (Perú), Guillermo Padilla (Colombia) y Sarela Paz (Bolivia), integrantes del Grupo por el Pluralismo Jurídico en Latinoamérica (Prujula), apoyado por el programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer, compartieron con ÁMBITO JURÍDICO sus inquietudes sobre la consulta previa.

ÁMBITO JURÍDICO: ¿Cuál es la importancia de la consulta previa, libre e informada y en qué casos debe ser implementada?

Javier La Rosa Calle: Para aquellos países en los que su ciudadanía tiene una variada composición étnica, el derecho a la consulta adquiere un significado preponderante para la adecuada gobernabilidad. En la medida en que los Estados asuman que se trata de devolverles su lugar a los pueblos indígenas y afrodescendientes, históricamente invisibilizados, debería aprovecharse para dialogar en condiciones de igualdad y para transformar las relaciones y la configuración de los Estados.

Así mismo, cada vez que se adopten disposiciones que afecten a los colectivos indígenas y tribales, tendrá que implementarse y, en algunos casos, se tendrá, incluso, que obtener el consentimiento de estos pueblos.

Guillermo Padilla: Es importante por razones de orden histórico, político y de justicia. En primer lugar, porque se aplica a pueblos históricamente excluidos en la construcción del Estado-Nación, los que, aun siendo las primeras naciones y los que encarnan la diversidad étnica y cultural del continente, no se les tuvo en cuenta más que para explotarlos y usurparles su tierra y riquezas. Con este derecho pasan a ser protagonistas de las decisiones administrativas y medidas legislativas que los afecten antes de que sean aplicadas y, en algunos casos, cuando el impacto ponga en riesgo su sobrevivencia, se requiere su consentimiento. Frente a gravísimos problemas como el cambio climático, es un acto de justicia escuchar la opinión de pueblos que nunca dejaron de sacralizar la naturaleza y que no cayeron en la trampa de definirla como depósito de materias primas, como ocurre con el capitalismo.

Sarela Paz: La consulta es un camino hacia la restitución del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas que les fue despojado con el proceso de colonización. Su reconocimiento y procesamiento tiene una gran importancia en el desafío de descolonizarlos, por dos razones. La primera, devuelve a los pueblos indígenas la condición política de pueblo, lo que significa la restitución del derecho de decisión sobre sus territorios. La segunda, transforma cualitativamente la concepción de soberanía del Estado basada en un poder único que radica en el “pueblo” compuesto por ciudadanos; el Estado, al reconocer el derecho de libre determinación, se obliga a desarrollar una noción de soberanía negociada.

La consulta debe ser implementada en todos los



“Este tema es importante por razones de orden histórico, político y de justicia”.
Guillermo Padilla (Colombia).

casos en los que el Estado tome una medida legislativa o administrativa que afecte a un pueblo. En ese sentido, el espíritu de la consulta trabajado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y profundizado en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no sugiere que hay materias exentas de esta, todo lo contrario, formula que cuando un pueblo queda afectado por una política de Estado, este debe ir a un proceso de consulta.

Á. J.: Recientemente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, caso 12.053) reiteró la necesidad de que los Estados avancen en la adopción de reglas en materia de consulta previa frente a proyectos que afecten a comunidades indígenas. En relación con este y otros pronunciamientos internacionales, ¿cuál es su opinión?

J. L. R. C.: La CIDH sostiene que se requiere que los Estados hagan consultas plenamente informadas con los pueblos indígenas y tribales. La manera como los países adapten sus legislaciones internas debe depender de cada contexto; así, en algunos será la jurisprudencia la que cumpla con esta recomendación a través de fallos judiciales vinculantes, en otros, donde la judicatura no está lo suficientemente legitimada, se requerirá un desarrollo legislativo. En ambos casos, las regulaciones deberán respetar el derecho internacional de los pueblos.

G. P.: Esta resolución ratifica la obligación del Estado de demarcar y titular los derechos territoriales de comunidades mayas del distrito de Toledo (Belize), sobre su tierra ocupada ancestralmente, pero no titulada por el Estado, así como a reparar los perjuicios y a abstenerse, el Estado o terceros, de actos que afecten



“La consulta debería aprovecharse para transformar las relaciones y la configuración de los Estados”.
Javier La Rosa Calle (Perú).

el uso y goce de estos bienes. Tanto la CIDH como la Corte Interamericana han ejercido un papel progresivo que convoca a los Estados a garantizar los derechos de los pueblos, confirmando la necesidad de medidas especiales que garanticen su supervivencia física y cultural. Esta lectura y la jurisprudencia interamericana son las fuentes de derecho internacional más garantistas en materia de consulta que, a su vez, son vinculantes para los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

S. P.: En este y en otros pronunciamientos, la CIDH ha sentado una jurisprudencia significativa y altamente valorable para que el derecho de los pueblos indígenas sea desarrollado, y se ha convertido en un ámbito importante de protección jurídica para los pueblos cuando los Estados no están dispuestos a respetar sus derechos.

Á. J.: ¿Cuál es el estado de la consulta previa en los países de la región?

J. L. R. C.: Desde septiembre del 2011, en Perú está vigente la Ley 29785, lo que ha permitido la aprobación de una serie de regulaciones en la materia. Sin embargo, hasta finales del 2013, solo ha sido posible desarrollar un proceso de consulta en una región amazónica.

La discusión principal en Perú tiene que ver con la definición de quiénes son indígenas. Si bien no existen dudas en el caso de los pueblos amazónicos, se produce una tensión en los pueblos andinos y en algunos de la costa, que, bajo la denominación de comunidades campesinas, no tienen el reconocimiento estatal como titulares del derecho a la consulta. Por ello, se han producido conflictos, debido a la presión constante



“Paradójicamente, Latinoamérica está mostrando fuertes retrocesos en relación con la temática”. Sarela Paz (Bolivia).

de las empresas extractivas que plantean facilitar las condiciones para la exploración y explotación de los recursos naturales, no siempre con el respeto a los derechos de los pueblos.

G. P.: México: con más de 20 años de vigencia del Convenio 169 y aunque la Constitución Federal lo contempla, de manera acotada, en el artículo 2º, no ha habido ningún caso de consulta que se adecúe a los estándares internacionales. El Congreso Federal no ha tramitado una ley que contribuya a la reglamentación de este derecho. En algunos congresos estatales hay anteproyectos, pero nada concreto. La Suprema Corte de Justicia y la Comisión Nacional de Desarrollo de los pueblos indígenas produjeron protocolos para funcionarios, que incluyen la consulta, pero no ha habido avances en la práctica.

Guatemala: un poco más de 70 municipios afectados por megaproyectos y con mayoría de población indígena celebraron, a partir del 2005, lo que llaman consultas comunitarias o de buena voluntad, donde con una participación superior al 90 % de los habitantes han votado en contra de estos proyectos. La Corte de Constitucionalidad opinó que estas consultas constituían un ejercicio democrático legítimo, pero sin carácter vinculante para el Estado, por no haber tenido su participación y aquiescencia. En el 2011, el Gobierno produjo un decreto que pretendía reglamentarla, pero fue rechazado por los pueblos y organizaciones, al no haber sido consultados. A través de un amparo ante la Corte de Constitucionalidad, el decreto fue suspendido.

Costa Rica: existen algunas experiencias de consulta, como la del proyecto hidroeléctrico Diquis, donde las comunidades afectadas fueron consultadas entre el 2011 y el 2012, por el Instituto Costarricense de Electricidad, siguiendo los lineamientos internacionales al respecto, pero no hay avances en su reglamentación por el Estado. Ningún país centroamericano ha reglamentado la consulta.

Brasil: se han dado pasos para la reglamentación, pero no se ha concluido, porque el movimiento indígena se niega a dialogar con el gobierno mientras este siga sobreponiendo el llamado “interés público” a los derechos indígenas, en particular los relativos a proyectos de infraestructura y de reconocimiento de sus territorios. Son ejemplos los complejos hidroeléctricos de Belo Monte y el proyectado para el río Tapajós, en la Amazonía occidental brasileña.

S. P.: Paradójicamente, Latinoamérica está mostrando fuertes retrocesos en relación con la temática. Si en la década de los noventa la mayoría de los Estados avanzaron en proteger los derechos de los pueblos indígenas, hoy se ha instaurado un sentido político de limitar la consulta a un mero procedimiento administrativo, que pasa por dar a conocer a los pueblos indígenas los proyectos del Estado, independientemente de lo que ellos piensen o decidan.

En otras palabras, el principio de libre determinación como derecho fundamental que inspira la consulta está siendo abandonado por las políticas públicas de los gobiernos en la región. Claramente, países como Bolivia, Colombia, Ecuador y México, que habían avanzado de manera diferenciada en relación a los derechos indígenas, hoy tienen propuestas de ley de consulta que evidencian fuertes recortes al derecho de libre determinación de los pueblos. Como ejemplo, ninguna de las propuestas de ley que se tienen en los países mencionados desarrolla el derecho de consulta fundamentado en el principio de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas.