



UNITED NATIONS  
**HUMAN RIGHTS**  
OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER

## **“Consulta y consentimiento: principios, experiencias y desafíos”**

**Presentación de la Relatora Especial de las Naciones Unidas  
sobre los derechos de los pueblos indígenas,  
Victoria Tauli-Copuz  
para el  
Coloquio Internacional sobre la consulta libre, previa e informada:  
Estándares y experiencias internacionales y regionales  
(Ciudad de México, 8 de noviembre de 2016)**

### **Introducción**

Señoras y señores,

Me gustaría dar las gracias a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en México, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Universidad del Claustro de Sor Juana por organizar este importante evento sobre el tema de la consulta.

Quisiera también presentar mis respetos a los pueblos indígenas de esta tierra, cuyos derechos sobre sus tierras, culturas y otros derechos humanos fundamentales son el tema de discusión en este coloquio.

Como Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, mi tarea es examinar los obstáculos, desafíos, barreras y buenas prácticas de los Estados en la protección, respeto y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas. En este sentido, este tipo de eventos me proporciona una excelente oportunidad para recibir información sobre las cuestiones y problemas a los que se enfrentan los pueblos indígenas y para debatir e intercambiar opiniones sobre cómo superar los problemas que afectan al disfrute de sus derechos.

En el curso de mi mandato, la cuestión de la consulta y el consentimiento libre, previo e informado ha surgido en el contexto de casos específicos que se me han presentado a través del procedimiento de comunicaciones, en mis visitas a países y en reuniones con representantes tanto indígenas como gubernamentales. La preocupación que se me ha comunicado reiteradamente es la falta de una aplicación efectiva de la consulta en el contexto de medidas legislativas o de planes para la explotación de recursos naturales o proyectos de inversión.

La regulación de la consulta es un objetivo de muchos pueblos indígenas y Gobiernos. He recibido información sobre iniciativas en muchos países, como en el caso de Perú, en el que se ha adoptado legislación específica al respecto, pero donde todavía persisten los problemas. En otros Estados, se me ha informado sobre iniciativas en marcha para la elaboración de legislación

sobre este tema. Este es el caso aquí en México, al igual que en Brasil, Colombia y Honduras, además de otros países. Más recientemente, en Honduras se me ha pedido asesoría técnica en el proceso de elaboración de legislación sobre consulta que está llevando a cabo el Gobierno de Honduras con el apoyo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Este proceso proporciona valiosas lecciones sobre las dificultades que presenta este tipo de procesos tanto en términos del contenido sustantivo que debería tener la legislación, como sobre el proceso para consultar con los pueblos indígenas sobre propuestas de ley sobre consulta.

En mi presentación, quisiera comenzar comentando los fundamentos legales de los principios de la consulta y el consentimiento y sus propósitos y objetivos en el marco más amplio del derecho internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas. Trataré a continuación sobre las dificultades que surgen en la aplicación de los estándares de consulta y consentimiento, incluyendo en los procesos de elaboración de legislación, del desarrollo institucional y la necesidad de coordinación transversal, ilustradas por algunas experiencias comparadas en distintos países. Por último, presentaré algunas recomendaciones sobre el posible camino a seguir.

## **1. Fuentes jurídicas de la consulta y el consentimiento**

En toda la región de América Latina, el hito de referencia para establecer las obligaciones de los Estados en el área de la consulta ha sido el Convenio n° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales ('Convenio 169'), que es el principal tratado internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas y que ha sido ratificado por México y por la inmensa mayoría de los Estados de América Latina. El principal artículo del Convenio 169 sobre el tema señala que los Estados Parte deberán consultar a los pueblos indígenas "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." (art. 6.1.a).

**La importancia jurídica del Convenio 169 es incuestionable, pero no es la única fuente de las obligaciones legales de los Estados en relación con la consulta.** El deber de los Estados de consultar a los pueblos indígenas deriva además de instrumentos universales y regionales de derechos humanos de aplicación general y de la jurisprudencia interpretativa de los mecanismos de supervisión de estos instrumentos. Entre estos instrumentos, ratificados por México y por la vasta mayoría de los países de América Latina, se incluye el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por ejemplo, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial ha señalado que, entre las obligaciones estatales bajo la Convención, se incluye la de garantizar que "los miembros de las poblaciones indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado."<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> CEDR, Recomendación General No. 23 (1997), art. 4.d.

La **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas** (‘la Declaración’) explicita cómo aplicar los instrumentos de derechos humanos mencionados en el caso particular de los pueblos indígenas. Dado que es una resolución de la Asamblea General que contó con el voto favorable de la mayoría de los Estados Miembros de la ONU, la Declaración refleja el consenso actual de la comunidad internacional sobre el contenido y ámbito de los derechos de los pueblos indígenas, que también se basan en los instrumentos internacionales de derechos humanos de aplicación general.<sup>2</sup> En relación con la consulta, la Declaración señala, en su artículo 19, que 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.”

En la región de América Latina, otra fuente fundamental de obligaciones emana de los tratados y resoluciones de derechos humanos del sistema interamericano de derechos humanos. La recientemente adoptada Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se refiere a la consulta con los pueblos indígenas antes de la adopción de medidas legislativas o administrativas que les afecten (art. XXIII.2) en términos similares a la Declaración de la ONU. Este instrumento reafirma aún más los compromisos expresados por los Estados americanos con la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Además, la jurisprudencia de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha jugado un papel importante en la definición de los preceptos legales de la consulta derivados, en especial, de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte Interamericana ha determinado que el deber estatal de consultar a los pueblos indígenas, por medio de procesos de consulta especiales y diferenciados, siempre que sus derechos e intereses pudieran verse afectados, constituye un principio general del derecho internacional. Como señaló la Corte, esta obligación ha sido ampliamente reconocida en el desarrollo legislativo y jurisprudencial en numerosos países del mundo, incluidos aquellos que no han ratificado el Convenio 169 o la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>3</sup>

Teniendo en cuenta estas fuentes jurídicas, debe destacarse la importancia de la reforma constitucional realizada en México en 2011, la cual establece un nuevo paradigma en materia de derecho constitucional y derechos humanos. La reforma constitucional eleva a rango constitucional los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, consagra el principio *pro persona*, es decir, la aplicación de la norma más favorable a la persona, y establece el deber de que las leyes nacionales y su aplicación se ajusten a los tratados internacionales, incluyendo la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Considero que esta es una reforma constitucional trascendental que sirve de modelo para otros países y que debería servir para sentar las bases para procesos necesarios de adecuación de leyes nacionales tanto en materia de derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios, recursos naturales y otros derechos, como en materia de leyes sectoriales sobre minería, hidrocarburos, energía, aguas, recursos naturales, participación política, ordenamiento

---

<sup>2</sup> Véase, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas James Anaya a la Asamblea General, A/64/338 (4 de septiembre de 2009), párr. 43-49.

<sup>3</sup> Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012 [“caso Sarayaku”], párr. 164.

territorial, y otras áreas que repercuten en los derechos de los pueblos indígenas. Como expondré más adelante, este tipo de reformas de leyes nacionales es crucial para garantizar que la regulación de la consulta previa cumpla sus objetivos.

A. La consulta como un deber y como salvaguarda de los derechos humanos

**De acuerdo con las fuentes jurídicas internacionales mencionadas, está claro que la consulta es considerada un deber de los Estados,** aunque comúnmente nos refiramos a la consulta como un derecho de los pueblos indígenas. Este deber debe incorporarse de forma adecuada en las iniciativas legislativas nacionales y en las decisiones y sentencias de los organismos judiciales. Para ese fin, es importante recordar el papel que tienen los principios de consulta y consentimiento en la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Como resaltó mi predecesor, el profesor James Anaya, la consulta y el consentimiento no deben considerarse derechos aislados o independientes, ni procedimientos necesarios para la aprobación de medidas previamente adoptadas, sino que se deben entender como salvaguardas esenciales que complementan y ayudan a que se hagan efectivos los derechos humanos sustantivos de los pueblos indígenas.<sup>4</sup> Esto está en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana que afirma que los procesos de consulta constituyen salvaguardas contra medidas o actividades propuestas por el Estado que podrían tener como resultado la restricción de su propiedad colectiva o de su identidad cultural.<sup>5</sup>

Por lo tanto, en el caso de propuestas estatales de medidas legislativas o administrativas y de proyectos de desarrollo e inversión, el punto de partida indispensable para formular procedimientos adecuados de consulta y consentimiento es el enfoque en los derechos sustantivos afectados.<sup>6</sup> Algunos de estos derechos sustantivos que pueden verse afectados, por ejemplo, en el contexto de las actividades extractivas o de explotación de recursos naturales incluyen, entre otros, los derechos a la propiedad, cultura, religión, salud, medio ambiente, a la definición de las propias prioridades de desarrollo y a la libre determinación. Estos son derechos reconocidos en las instrumentos internacionales de derechos humanos antes mencionados y se articulan en la Declaración.<sup>7</sup> Por consiguiente, el desarrollo de reformas legislativas para proteger adecuadamente estos derechos sustantivos debe comprenderse como un objetivo imprescindible además de los esfuerzos de regular el deber de la consulta.

Debe asimismo recordarse que además de la consulta y el consentimiento deben aplicarse otras salvaguardas, particularmente en el caso de medidas o actividades que afecten a los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales y a otros derechos. Entre estas otras salvaguardas podríamos incluir estudios de impacto social, cultural y ambiental “que presten una atención adecuada a toda la gama de derechos de los pueblos indígenas; el establecimiento de medidas de mitigación para evitar o reducir al mínimo los efectos que menoscaben el ejercicio de estos derechos; y la distribución de beneficios y pago de

---

<sup>4</sup> Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, (6 de julio de 2012), A/HRC/21/47, [“Informe del RE de 2012”] párr. 49.

<sup>5</sup> Corte IDH, *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam*, Sentencia de 28 de noviembre de 2007 [“caso Saramaka”], párr. 129, 130; y caso *Sarayaku*, párr. 212-220.

<sup>6</sup> Informe del RE de 2012, párr. 84.

<sup>7</sup> *Ibid.* párr. 50.

indemnizaciones, en caso de efectos adversos, de conformidad con las normas internacionales pertinentes.”<sup>8</sup> Como subrayó mi predecesor, “[t]odas esas salvaguardias, entre las que se incluye el deber del Estado de celebrar consultas, son expresiones concretas de un criterio de precaución que debe orientar la adopción de decisiones sobre cualquier medida que pueda afectar los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos, así como otros derechos que sean fundamentales para su supervivencia.”<sup>9</sup>

#### B. El principio del consentimiento libre, previo e informado

El objetivo de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas debe entenderse en el marco de la interpretación de la función de la consulta como una salvaguarda de los derechos humanos sustantivos de los pueblos indígenas. El Convenio 169 señala que la consulta con los pueblos indígenas debe llevarse a cabo “de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (art. 6.2). Como señalé anteriormente, la Declaración señala que el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas debe obtenerse antes de la adopción de medidas legislativas o administrativas que les afecten (art. 19) y antes de la aprobación de proyectos de desarrollo que afecten a sus tierras, territorios y otros recursos (art. 32.2).

Al analizar los estándares sobre consulta contenidos en la jurisprudencia interamericana, la Declaración y otras fuentes, el anterior Relator Especial enfatizó que, más allá de ser el objetivo de las consultas, se requeriría el consentimiento indígena a propuestas de medidas y actividades “siempre que los derechos afectados sean esenciales para la supervivencia de los grupos indígenas como pueblos distintos y los efectos previstos en el ejercicio de los derechos sean importantes.”<sup>10</sup> Se entiende, en general, que los derechos necesarios para la supervivencia de los pueblos indígenas incluyen, por ejemplo, sus derechos sobre las tierras y recursos, estén reconocidos oficialmente o se basen en la práctica consuetudinaria, o sus derechos sobre las tierras de especial significación cultural, como lugares sagrados o recursos naturales tradicionales esenciales para su supervivencia.<sup>11</sup>

Lo dicho demuestra la importancia de llevar a cabo evaluaciones de impacto social, cultural y de derechos humanos antes de la aprobación de actividades extractivas, de generación de energía y similares, o de medidas que potencialmente pudieran afectar a las tierras, recursos, culturas y a otros derechos de los pueblos indígenas. Estas evaluaciones pueden ayudar a determinar las necesarias medidas de mitigación y de otro tipo para garantizar que no se afectan derechos sustantivos o que la supervivencia de un pueblo indígena determinado no se ve amenazada. La información de estas evaluaciones debe editarse de forma accesible, para que los pueblos indígenas puedan adoptar una decisión informada sobre la medida propuesta y otorgar o denegar su consentimiento.

---

<sup>8</sup> Ibid., párr. 52, *citando* el caso Saramaka, párr. 138-140.

<sup>9</sup> Informe del RE de 2012, párr. 52.

<sup>10</sup> Ibid., párr. 65.

<sup>11</sup> Ibid.

Cualquier decisión que adopten los Estados de seguir adelante con una medida o actividad a la que los pueblos indígenas afectados no han dado su consentimiento y que restringe derechos sustantivos, debe demostrar que cumple con los estrictos estándares internacionales sobre las limitaciones aceptables a los derechos humanos. Estos estándares tienen que ver con la necesidad y la proporcionalidad relacionadas con una finalidad pública válida coherente con un marco general de respeto a los derechos humanos. En el contexto de las actividades extractivas que afecten a pueblos indígenas, el anterior Relator Especial ha advertido que “los meros intereses comerciales o los objetivos de generación de ingreso” no serían una finalidad pública válida que debe estar apoyada, como mínimo, en un marco de derechos humanos.<sup>12</sup> Al evaluar los requisitos de necesidad y proporcionalidad, deben considerarse debidamente los derechos potencialmente afectados por una medida y su significación para la supervivencia de los pueblos indígenas. Dada la fundamental importancia de las tierras, territorios y recursos naturales para la supervivencia de los pueblos indígenas como pueblos diferenciados, sería difícil argüir proporcionalidad en la limitación de tales derechos esenciales por parte del Estado. Por tanto, esto reafirma la regla general del consentimiento indígena para actividades extractivas o medidas y actividades de otro tipo que afectan derechos sustantivos fundamentales.<sup>13</sup>

Cuando las medidas o actividades propuestas por el Estado no obtengan el consentimiento de la parte indígena, los Estados deberían tener la obligación de demostrar que existen medidas que garantizan que sus derechos sustantivos y su supervivencia como pueblo diferenciado no se verán afectados, y que se cumplen los requisitos legales internacionales de necesidad, proporcionalidad y finalidad pública válida. Para ello, considero que deberían establecerse mecanismos para la revisión judicial por parte de un organismo competente, de modo que se garantice que cualquier decisión de un organismo estatal que no cuente con el consentimiento de los pueblos indígenas afectados cumpla con los requisitos antes descritos y con otros estándares internacionales aplicables sobre los derechos de los pueblos indígenas. Si esto no queda probado, debería concluirse que no se debería proceder con la medida o actividad.

## **2. Desafíos en la aplicación de los estándares de consulta y consentimiento**

Durante el ejercicio de mi mandato, he recibido información de iniciativas de muchos Estados para aplicar los estándares internacionales sobre consulta y consentimiento a través del desarrollo de legislación específica, resoluciones de las instituciones nacionales de derechos humanos, desarrollo de jurisprudencia, creación de instituciones específicas y otro tipo de medidas.

En mi propio país, Filipinas, en 1997 se adoptó la Ley sobre los derechos de los pueblos indígenas (Ley de la República n° 8371) que se refiere extensamente al consentimiento libre, previo e informado. La ley define el consentimiento libre, previo e informado como “el consenso de todos los miembros de las comunidades culturales indígenas/pueblos indígenas alcanzado de acuerdo con sus respectivas leyes y prácticas consuetudinarias, libre de cualquier manipulación, interferencia y coerción externas, y obtenido después de que se haya informado plenamente de la intención y ámbito de la actividad, en un lenguaje y a través de un proceso comprensibles para la

---

<sup>12</sup> Véase, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya: Industrias extractivas y pueblos indígenas, (1 de julio de 2013), A/HRC/24/41 [“Informe del RE de 2013”], párr. 34, 35.

<sup>13</sup> Ibid., párr. 36.

comunidad.” Debe obtenerse el consentimiento libre, previo e informado, bajo los auspicios de la Comisión Nacional sobre Cuestiones Indígenas regulada por la misma ley, antes de los procesos de demarcación en tierras de dominio ancestral. La ley también establece el requisito de consentimiento expreso de las comunidades indígenas en la sección 58 para cuestiones ambientales, incluidas cuencas hídricas de gran importancia, santuarios de vida silvestre o áreas protegidas. Según el artículo 35 de la Ley, se exige también el consentimiento libre, previo e informado para el acceso a los recursos biológicos y genéticos en tierras ancestrales. Por último, la ley exige un requisito previo de certificación ante la Comisión antes de la emisión, concesión o renovación de concesiones, licencias o permisos temporales para garantizar que no tengan lugar dentro de tierras ancestrales, y señala la obligación de la Comisión de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas antes de emitir la certificación.

La mayoría de las iniciativas de regulación de la consulta se han llevado a cabo en América Latina, donde la ratificación generalizada del Convenio 169, junto con importantes procesos de reformas constitucionales, han ofrecido la oportunidad a los pueblos indígenas de demandar la aplicación de este deber, particularmente dada la alta incidencia de conflictos sociales debidos a la aprobación de planes de explotación de recursos naturales y otros proyectos de inversión que afectan a las tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas.

Perú fue el primer Estado en adoptar legislación específica sobre esta cuestión, la Ley n° 29785 *del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo* de 2011 y sus reglamentos en 2012. Sin embargo, la adopción de la ley no se ha producido sin desafíos, y los pueblos indígenas y grupos de la sociedad civil en Perú han expresado reiteradamente sus preocupaciones respecto a la ley, a sus reglamentos de aplicación y a la guía metodológica que se desarrolló posteriormente para su implementación. Muchas de estas preocupaciones se reflejan en el informe de 2012 de mi predecesor sobre *La situación de los derechos de los pueblos indígenas en Perú, en relación con las industrias extractivas*.<sup>14</sup>

Estas preocupaciones se refieren a aspectos sustantivos de la ley, como la ausencia de la exigencia específica de que el consentimiento sea un prerequisite en el caso de medidas que produzcan impactos significativos. La ley contempla la creación de una base de datos encaminada a identificar a los pueblos y grupos indígenas que deben ser consultados. Esto ha generado inquietud, dado que los criterios utilizados por el Gobierno pueden conducir a la exclusión de ciertos pueblos indígenas de la base de datos. Otra preocupación es el carácter no retroactivo de la ley, que sería problemático especialmente en el caso de proyectos que siguen generando efectos a pesar de haber sido aprobados antes de la adopción de la ley.<sup>15</sup>

Además, persisten problemas relativos a la necesidad de una mayor capacidad en el Gobierno para la aplicación de la consulta previa en términos metodológicos, logísticos y presupuestarios. Dado que diferentes sectores del Estado tienen la tarea de determinar elementos clave de los procesos de consulta, esto puede conducir a incoherencias en la aplicación de la ley. Esto ha generado problemas sobre cómo se aplicaría la consulta en las diferentes etapas en relación con

---

<sup>14</sup> A/HRC/27/52/Add.3 (3 de julio de 2014), párr. 32-44.

<sup>15</sup> Ibid.

el sector de hidrocarburos. En el sector minero, no ha habido consultas antes de la concesión de las licencias.

Teniendo en cuenta las experiencias en Perú y las iniciativas en otros países para desarrollar legislación similar, quisiera comentar algunas cuestiones y problemas clave que los pueblos indígenas, las autoridades gubernamentales, la sociedad civil y otros actores relevantes deberían considerar en la búsqueda de formas de aplicar los estándares y obligaciones internacionales relativos a la consulta y el consentimiento en el nivel nacional.

#### A. La cuestión de si adoptar legislación para la aplicación

Aunque es cierto que el desarrollo de legislación específica en Perú fue un paso importante dadas las demandas de los pueblos indígenas y la voluntad del Gobierno de Perú de legislar sobre esta cuestión, considero que la adopción de legislación específica no es necesariamente la única forma de aplicar la obligación estatal de consultar a los pueblos indígenas.

En muchos países, incluido Perú, un problema reiterado es que los proyectos de ley o las leyes ya adoptadas no reflejan adecuadamente los estándares internacionales antes mencionados sobre consulta y consentimiento. Pueblos indígenas en Colombia, por ejemplo, han expresado que el desarrollo de una ley estatutaria sobre consulta puede no ser la mejor manera, ya que todos los proyectos de ley elaborados y discutidos con instituciones del ejecutivo pueden eventualmente cambiar una vez que dichos proyectos de ley entran en el proceso de debate legislativo. Los pueblos indígenas, en Colombia y en otros países de la región, han optado en su lugar por desarrollar protocolos de consulta o protocolos biculturales como un modo por el que un determinado pueblo o comunidad indígena puede establecer métodos de consulta entre Estados y pueblos indígenas.

En Colombia, la ausencia de una ley específica sobre consulta ha llevado a la Corte Constitucional a desarrollar un amplio *corpus* de jurisprudencia sobre el deber de consultar en los casos específicos que ha examinado. Esto ha tenido como resultado sentencias que declararon la inconstitucionalidad de medidas legislativas y de proyectos de explotación de recursos naturales que habían sido aprobados sin consultas adecuadas. Ello incluyó un caso sobre un decreto de consulta con los pueblos indígenas antes de la explotación de recursos naturales existentes dentro de sus territorios, que tanto la Corte Constitucional colombiana como la OIT dictaminaron como incompatible con el Convenio 169.<sup>16</sup> Por tanto, la Corte Constitucional de Colombia, y tribunales similares en otros países, han jugado un importante papel en la promoción de la exigibilidad de los estándares internacionales sobre consulta, independientemente de la existencia de legislación específica sobre consulta.<sup>17</sup>

**Otra cuestión importante que debe considerarse es que la ausencia de legislación no exime a los Estados de su obligación de consultar a los pueblos indígenas en cumplimiento**

---

<sup>16</sup> Véase, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-652 de 1998 (“Caso Urrá”).

<sup>17</sup> Como referencia general, véase, María Clara Galvis Patiño & Ángela María Ramírez Rincón, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*, Due Process of Law Foundation (2013).



de sus compromisos y obligaciones internacionales. Soy consciente de que, en muchos países, los organismos gubernamentales y el sector privado han señalado reiteradamente que la ausencia de una legislación específica sobre consulta ha sido un impedimento para la aplicación del Convenio 169 y otros estándares internacionales. Como señalé antes, la adopción de legislación es solo un ejemplo de posibles mecanismos para la aplicación del deber, y los Estados deben formular otros tipos de mecanismos para aplicar la consulta si no existe legislación sobre esta cuestión. Debe señalarse que los mecanismos de supervisión de la OIT han afirmado que el derecho de los pueblos indígenas a la consulta y la obligación de los gobiernos de llevar a cabo consultas con los pueblos indígenas derivan directamente del Convenio 169, y no del reconocimiento de este derecho en la legislación nacional.<sup>18</sup>

## B. Procesos de consulta sobre medidas legislativas

Si las entidades del Estado deciden desarrollar leyes u otro tipo de instrumentos legales para regular la consulta, deben recordar que el propio instrumento debe ser producto de una consulta adecuada con los pueblos indígenas. El anterior Relator Especial explicó que los procesos de consulta exigen un clima de confianza y mutuo respeto entre el Estado y las partes indígenas por lo que “el procedimiento consultivo en sí deber ser el resultado del consenso.”<sup>19</sup> Comparto las observaciones de mi predecesor de que “en muchos casos, los procedimientos de consulta no son efectivos ni gozan de la confianza de los pueblos indígenas porque estos no son incluidos debidamente en las deliberaciones que dan lugar a la definición y aplicación de los procedimientos de consulta.”<sup>20</sup>

En Honduras, el Gobierno y la oficina del PNUD en el país han dado pasos importantes para desarrollar un proyecto de ley sobre consulta. A lo largo de este año han convocado reuniones con pueblos indígenas, que fueron consideradas consultas, para discutir los contenidos del proyecto de ley, con el objetivo de reunir comentarios y presentar un borrador revisado al Congreso dentro de un plazo determinado previamente por el Gobierno. Sin embargo, en mi opinión, los representantes indígenas necesitarían más tiempo y espacio para prepararse adecuadamente para el proceso consultivo requerido para este tipo de legislación, de modo que puedan reflexionar sobre el contenido de la ley y elaborar comentarios y propuestas sustantivas.

En este caso, un importante sector de pueblos indígenas del país no estaba de acuerdo con cómo se llevó a cabo el proceso y no participó en las citadas reuniones. Por tanto, parecieran existir problemas de legitimidad en relación con este proceso que exigen un esfuerzo concertado por las partes del gobierno y del sistema de la ONU en Honduras para garantizar una mayor inclusión de todos los pueblos y organizaciones indígenas y, lo que es igualmente importante, para que los procesos para consultar esta y otro tipo de leyes sean el producto del consenso y del acuerdo.

---

<sup>18</sup> OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT*, Organización Internacional del Trabajo: Ginebra (2009) [“Guía OIT”], pág. 66, citando Consejo de Administración, 282.a reunión, noviembre de 2001, Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Colombia, GB.282/14/3.

<sup>19</sup> Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34 (15 de julio de 2009) [“Informe del RE de 2009”], párr. 51.

<sup>20</sup> Ibid.

La experiencia en Honduras subraya la importancia de instituir mecanismos adecuados para “consultar sobre la consulta”. Como explicó mi predecesor, esto implica un proceso de diálogo abierto y exhaustivo entre las partes sobre los distintos aspectos del procedimiento de consulta incluyendo, *inter alia*, la determinación de las diferentes etapas para la consulta, los plazos correspondientes y las modalidades o métodos específicos de participación. En consecuencia, en este tipo de diálogos no deberían existir posiciones predeterminadas sobre estos aspectos.<sup>21</sup> Esto, por supuesto, implica un diálogo intercultural y el conocimiento de las estructuras representativas de los pueblos indígenas, su concepción del tiempo, sus procesos de adopción de decisiones y otros factores relacionados.

### C. Capacitación, asistencia técnica y fortalecimiento de las estructuras representativas indígenas

En relación a las medidas necesarias para garantizar la participación adecuada de los pueblos indígenas en los procesos de consulta, deben adoptarse medidas especiales para corregir los desequilibrios de poder y otras desventajas que sufren los pueblos indígenas. Como observó el anterior Relator Especial, “por lo general los pueblos indígenas se encuentran en desventaja en cuanto a influencia política, recursos financieros, acceso a la información y educación pertinente con respecto a las instituciones estatales o las partes del sector privado, como las empresas, que son sus contrapartes en las consultas.”<sup>22</sup> Para superar este desequilibrio de poder, los Estados deben garantizar “a los pueblos indígenas la asistencia financiera, técnica y de otro tipo que necesiten y haciéndolo sin utilizar dicha asistencia como palanca o para influir en las posiciones de los indígenas en las consultas.”<sup>23</sup>

Como observó asimismo mi predecesor, la construcción de confianza y de un consenso genuino exige también respeto hacia las propias instituciones representativas y de adopción de decisiones de los pueblos indígenas. Estoy de acuerdo en que “tal vez los pueblos indígenas también necesiten mejorar o revisar sus propias instituciones, mediante sus propios procesos de adopción de decisiones, con el fin de establecer estructuras representativas que faciliten el proceso de consulta.”<sup>24</sup> Como han indicado los órganos de supervisión de la OIT, los pueblos indígenas tienen que identificar cuáles son sus instituciones representativas y esto debe ser “el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”<sup>25</sup>. Pese a las dificultades que pueden presentarse en este sentido, los órganos de la OIT han subrayado que “si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio.”<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica* (30 de mayo de 2011), A/HRC/18/35.Add.8, párr. 32.

<sup>22</sup> Informe del RE de 2009, párr. 50.

<sup>23</sup> *Ibid.*, párr. 51.

<sup>24</sup> *Ibid.*, párr. 52.

<sup>25</sup> Guía OIT, pág. 61, citando Consejo de Administración, 289ª reunión, marzo de 2004. Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, GB.289/17/3.

<sup>26</sup> Guía OIT, pág. 61, citando Consejo de Administración, 282ª reunión, noviembre de 2001. Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Ecuador, GB.282/14/2, párrafo 44.

Por lo tanto, en el contexto de propuestas de proyectos de desarrollo que afecten a las tierras y recursos de los pueblos indígenas o a iniciativas legislativas que afecten a los pueblos indígenas, como es el caso del proyecto de ley de consulta en Honduras, los pueblos indígenas y sus estructuras representativas requieren el tiempo necesario para prepararse y construir capacidad para participar de manera eficaz en los procesos de consulta y para poder tener acceso a asesoría y asistencia técnica independientes.

Además, los Gobiernos deben garantizar que no actúan de modo que provoquen divisiones o debiliten las estructuras indígenas representativas. Parece que ese fue el caso en las consultas relativas al proceso de licitación para la continuación de las actividades de producción petrolera en el Lote 192 en la Amazonía peruana.<sup>27</sup> Comunidades indígenas afectadas por décadas de contaminación por la producción petrolera han iniciado en los últimos años negociaciones con las instituciones gubernamentales y alcanzaron acuerdos en los que establecían prerequisites para la continuación de la explotación petrolera los cuales incluyen medidas de remediación ambiental, atención médica y reconocimiento de los derechos sobre sus tierras. Las comunidades seleccionaron a sus propias organizaciones representativas para el proceso de consulta, que elaboraron y firmaron un exhaustivo acuerdo sobre la consulta con el gobierno. Pero en las últimas fases del proceso, el Gobierno apoyó la incorporación de una ONG indígena que no era parte del acuerdo original, sin ninguna consulta con las organizaciones representativas. Esto generó divisiones y problemas que, junto con la falta de cumplimiento con los acuerdos previamente firmados, ha minado lo que podría haber sido una importante referencia para los procesos de consulta en la región.

#### D. Desarrollo de la institucionalidad estatal y reformas institucionales y legislativas transversales

Como se recoge en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la obligación de consultar a los pueblos indígenas sobre asuntos que puedan afectar a sus derechos e intereses “implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.”<sup>28</sup>

Un serio problema que he podido observar es la necesidad de garantizar una adecuada capacitación, coordinación interministerial y recursos técnicos y financieros para las instituciones estatales en el área de consulta. Este es un problema tanto cuando el Estado ha

---

<sup>27</sup> Las negociaciones relativas al Lote 192 han sido objeto de comunicaciones enviadas al Gobierno del Perú por la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas y el Relator Especial sobre las repercusiones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y desechos peligrosos el 8 de diciembre de 2014, el 28 de mayo de 2015 y el 27 de agosto de 2015.

<sup>28</sup> Caso Sarayaku, párr. 166.

decidido designar una agencia específica para dirigir y coordinar los procesos de consulta con otras entidades estatales, como es el caso de la Dirección de Consulta Previa en Colombia, como si los procesos de consulta son llevados a cabo por la entidad específica que propone una determinada medida o actividad que afecta a los pueblos indígenas, con apoyo de una agencia designada al efecto, como el papel adoptado por el Viceministro de Interculturalidad en Perú.<sup>29</sup> Estas instituciones necesitan más recursos y mayor autoridad de decisión y exigibilidad para coordinarse de manera efectiva con otras instituciones de sectores como la minería, los hidrocarburos u otros, y para garantizar que todas las medidas y actividades pertinentes contempladas por las agencias estatales son efectivamente identificadas y sujetas a consulta y que se cumplan los estándares internacionales de derechos humanos.

Junto con la coordinación interinstitucional y la capacitación sobre los derechos de los pueblos indígenas, son necesarias otras acciones relacionadas para garantizar que los procesos de consulta cumplan con su verdadero objetivo. Deben hacerse esfuerzos para garantizar que la legislación sobre otras áreas como la relativa a los sectores de minería, hidrocarburos o energía, entre otras, estén en consonancia con los estándares internacionales de derechos humanos, no solo en relación con los estándares de consulta como tal, sino también con los derechos sustantivos, como los derechos sobre tierras, territorios, recursos naturales, cultura, religión y otros derechos de los pueblos indígenas. Esto implicaría no solo la adopción de legislación armonizada con estos estándares, sino también la modificación o derogación de disposiciones legales contrarias a los mismos. Además, deben establecerse mecanismos eficaces, judiciales, administrativos o de otro tipo, para garantizar que los pueblos indígenas puedan realmente exigir el cumplimiento de los estándares internacionales sobre el deber de consultar y la protección de sus derechos sustantivos.

### **3. Recomendaciones sobre acciones futuras**

Tal como se ha reflejado en esta presentación, hay varios factores que deben considerarse en relación con la aplicación de los principios de consulta y consentimiento que forman parte de las obligaciones que se derivan de los compromisos internacionales de derechos humanos adoptados por México y por la mayoría de los Estados de América Latina. Un punto de partida fundamental es entender que la consulta y el consentimiento no son conceptos aislados o meros procedimientos que solo implican proporcionar información sobre una acción que el Gobierno u otros actores ya han decidido. Como señala la propia OIT, el establecimiento de mecanismos eficaces de consulta con los pueblos indígenas es la piedra angular del Convenio 169. Por lo tanto, es esencial para el disfrute de los derechos enunciados en este instrumento.<sup>30</sup>

Como salvaguarda de los derechos sustantivos a las tierras, recursos naturales, cultura y otros derechos de los pueblos indígenas, el deber de consultar implica también esfuerzos concertados en todos los ámbitos del Gobierno para garantizar que exista el conocimiento y capacidad adecuados y, en última instancia, la voluntad política de respetar y proteger los derechos de los

---

<sup>29</sup> Para más información sobre experiencias comparadas sobre iniciativas legislativas, jurisprudenciales e institucionales sobre consulta previa en Perú, Colombia, Chile y otros países, véase, Due Process of Law Foundation, *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina: Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*, (2015), págs. 70-77.

<sup>30</sup> Guía de la OIT, p. 59.

pueblos indígenas. Sin ese esfuerzo, es difícil establecer los cimientos para construir la necesaria buena fe, el diálogo intercultural y el entendimiento que el Convenio 169 y otros instrumentos y jurisprudencia internacionales exigen para los procesos de consulta. Las instituciones ejecutivas, legislativas y judiciales del Estado deben ser conscientes del papel tan importante que pueden desempeñar en este sentido. Es un imperativo, dada la necesidad urgente de resolver los actuales conflictos sociales que se están produciendo en México y en otros países debido a la falta de consulta y consentimiento en relación con proyectos de explotación de recursos naturales y a otras medidas y actividades que afectan a los derechos e intereses de los pueblos indígenas.

La sensibilización y la capacitación son necesarias tanto en las instituciones gubernamentales como entre las empresas privadas y otros sectores cuyas acciones también afectan las vidas de los pueblos indígenas. Son necesarios mecanismos legislativos y de otro tipo para regular y supervisar las acciones de las empresas privadas en el contexto de actividades extractivas, energéticas y de otra índole, para garantizar que se respeten los derechos de los pueblos indígenas.

Asimismo, los procesos nacionales de planificación del desarrollo y de la política energética deben incluir a los pueblos indígenas teniendo en cuenta los estándares internacionales relativos a la protección de sus culturas, tierras y recursos tradicionales; consulta previa y consentimiento libre, previo e informado; la realización de estudios de impacto social, cultural, ambiental y de derechos humanos; y la definición consensuada de medidas de mitigación, indemnización y beneficios.<sup>31</sup> Los Estados, empresas y otros actores deben reconocer que los pueblos indígenas tienen mucho que aportar con respecto a la planificación del desarrollo local y nacional gracias a sus conocimientos milenarios y especial relación con sus tierras tradicionales. Mediante procesos verdaderos de consulta y participación, los pueblos indígenas deben tener un espacio para contribuir a la planificación del desarrollo, incluyendo mediante sus propias propuestas y alternativas con respecto a los tipos de proyectos comúnmente promovidos por los Estados, las empresas y las instituciones financieras.<sup>32</sup>

En relación con el propio deber de consultar, debe recordarse que es una obligación que existe independientemente de la existencia de legislación nacional al respecto. Es importante evaluar si los pueblos indígenas, en cada Estado determinado, consideran necesaria una legislación específica o algún otro tipo de mecanismo, como el reconocimiento de protocolos de consulta de pueblos o comunidades indígenas específicas. Si la senda elegida es la adopción de legislación para regular la consulta, los Estados deben garantizar que la elaboración, discusión y aprobación de dicha legislación sean, en sí mismas, el resultado de un proceso adecuado de consulta con el mayor número de pueblos y organizaciones representativas indígenas. Esto incluiría el consenso con los pueblos indígenas concernidos sobre la metodología, los plazos y otros aspectos importantes relativos a consultas sobre este tipo de iniciativas.

A la vez, es necesario que, en consulta con los pueblos indígenas, se adopten reformas legislativas para proteger y reforzar los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios, recursos naturales y otros derechos sustantivos. Ello constituye un elemento crucial

---

<sup>31</sup> Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a Honduras, A/HRC/33/42/Add.2, (21 de julio de 2016), párr. 97.

<sup>32</sup> *Ver*, *Ibid.*, Anexo: Observaciones sobre la situación de Río Blanco, párr. 66.

para asegurar que cualquier mecanismo de regulación de la consulta previa cumpla su papel de salvaguarda de derechos sustantivos reconocidos en los instrumentos y jurisprudencia internacionales.

Por otro lado, deben también adoptarse medidas para garantizar que los pueblos indígenas puedan tener el tiempo y el espacio necesarios para fortalecer o desarrollar sus instituciones representativas para participar de manera efectiva en los procesos de consulta y que puedan disponer también de asesoría y asistencia técnica especializadas. Como recomendó mi predecesor, “[l]os organismos y programas pertinentes del sistema de las Naciones Unidas, así como las ONG interesadas, deben elaborar formas de proporcionar a los pueblos indígenas acceso a la capacidad técnica y los recursos financieros que necesitan para participar efectivamente en las consultas y las negociaciones conexas.”<sup>33</sup> Las agencias y programas de la ONU pueden desempeñar también un papel importante para garantizar que las instituciones estatales puedan obtener la necesaria capacidad y asistencia para cumplir efectivamente con sus obligaciones internacionales de derechos humanos. Eso puede incluir la provisión de la asistencia técnica necesaria y actividades de monitoreo para garantizar que las entidades estatales lleven a cabo procesos de consulta adecuados, de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos antes descritos.

---

<sup>33</sup> Informe del RE de 2009, párr. 71.