

**DELIMITACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA
INDÍGENA EN EL CONSTITUCIONALISMO
INTERAMERICANO**

TESIS DOCTORAL

Beatriz Fernández Carrillo

Director: Dr. Abraham Barrero Ortega

Sevilla, 2019

“Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales, ...”

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos
Indígenas

13 septiembre de 2007

INTRODUCCIÓN.....	16
PRIMERA PARTE. EL DERECHO A LA CONSULTA EN EL DERECHO INTERNACIONAL	
CAPÍTULO I. ASPECTOS GENERALES Y FUNDAMENTOS.....	16
1. <i>Precisiones conceptuales y terminológicas</i>	16
1.1. Los pueblos indígenas.....	16
1.2. Pueblos indígenas y minorías étnicas.....	24
1.3. Consulta popular y consulta indígena	28
2. <i>Antecedentes y fundamentos jurídicos</i>	32
2.1. La doctrina de la personalidad jurídica en el ámbito internacional.....	32
2.2. La institución de la consulta vinculada a la subjetividad indígena colectiva. Antecedentes históricos.	36
2.3. Los derechos colectivos.....	39
2.4. La subjetividad indígena desde la titularidad de los derechos colectivos y el principio de universalidad de los derechos humanos	43
3. <i>El principio de libre determinación como fundamento para el derecho a la consulta.</i>	46
3.1. El principio de libre determinación en el derecho internacional público.....	46

3.2. La evolución del principio y derecho a la libre determinación.....	47
3.3. Dimensión interna y dimensión externa.....	52
3.4. La libre determinación en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	56
3.5. La expresión de la libre determinación en las relaciones internacionales	60
4. <i>El principio de no discriminación y la protección a los grupos vulnerables.</i>	62
CAPÍTULO II: LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	66
1. <i>Del nacimiento de los derechos humanos y la invisibilidad de los derechos de los indígenas.</i>	66
2. <i>La acción de los órganos de supervisión de los derechos humanos</i>	71
3. <i>La aparición de una normativa internacional específica:</i>	76
3.1. Los Convenios 107 y 169 de la OIT	76
3.2. La regulación de la consulta en el Convenio 169.....	80
3.3. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)	84
3.4. La Declaración Americana.....	88
CAPÍTULO III: APORTACIONES DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.....	92

1. <i>La jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos</i>	92
1.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos	92
1.2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	93
2. <i>Evolución jurisprudencial sobre la consulta en otras regiones.</i>	103
2.1. Desarrollo jurisprudencial en Norte América.....	103
2.2. La jurisprudencia del sistema africano de derechos humanos.	106
2.3. El enfoque jurisprudencial en el ámbito europeo.	109
CAPÍTULO IV: DEBATES DOCTRINALES SOBRE LA NATURALEZA Y EL ALCANCE DE LA CONSULTA	
113	
1. <i>Naturaleza jurídica de la norma y contenido esencial</i>	113
2. <i>El alcance jurídico del derecho a la consulta</i>	115
2.1. La consulta y su carácter vinculante en función de la protección de otros derechos fundamentales	116
2.2. La consulta vinculante como expresión de la libre determinación.....	117
2.3. La consulta y el consentimiento: normas independientes.	120
2.4. El carácter vinculante de la consulta en determinados supuestos.	124
3. <i>Límites del derecho a la consulta</i>	127

3.1. Límites exógenos: Derechos y objeciones de los Estados:.	127
3.2. Límites endógenos	140

SEGUNDA PARTE. EL DERECHO A LA CONSULTA EN EL PLANO CONSTITUCIONAL NACIONAL

CAPÍTULO I. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LA NORMATIVA DE DERECHOS HUMANOS.....

<i>1. Aplicación inmediata de los tratados internacionales: pacta sunt servandae</i>	<i>156</i>
--	------------

<i>2. Rango y naturaleza constitucional del Derecho internacional de los derechos humanos</i>	<i>164</i>
---	------------

<i>4. Interpretación de la jurisprudencia constitucional sobre la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos.</i>	<i>170</i>
---	------------

4.1. La tesis de coordinación o integración	171
---	-----

4.2. Doctrina del bloque de constitucionalidad.	178
--	-----

4.3. Aplicación de las normas de derechos humanos y las disposiciones constitucionales. El principio de normatividad.	184
--	-----

4.4. El control de convencionalidad	186
---	-----

CAPÍTULO II. LA CONSIDERACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA EN LAS CONSTITUCIONES Y LOS PROCESOS DE REFORMA.....

<i>1. Breves referencias al Derecho Constitucional comparado.....</i>	<i>194</i>
---	------------

1.1. Rasgos comunes y tendencias.	194
--	-----

1.2.	Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda	195
1.3.	Europa.....	197
1.4.	Asia.....	199
1.5.	África.....	202
2.	<i>El engranaje constitucional de los derechos de los pueblos indígenas y los modelos plurinacionales en América Latina</i>	<i>203</i>
2.1.	Nuevos modelos plurinacionales.....	203
2.2.	La ampliación de los derechos fundamentales	207
2.3.	El derecho a la consulta en las reformas constitucionales de América Latina.....	212
2.4.	Rasgos comunes. El nexo ausente de la consulta y la libre determinación.....	226
3.	<i>La reforma y la regulación constitucional de la consulta, mediante consulta.....</i>	<i>229</i>
4.	<i>El desarrollo legislativo de la consulta y las lagunas normativas.....</i>	<i>234</i>
4.1.	Principales desafíos para el legislador	237
4.2.	Escenarios actuales	239
CAPÍTULO III: DELIMITACIÓN Y TUTELA DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA CONSULTA EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL		246
1.	<i>Contexto general: La jurisprudencia constitucional y la protección del derecho a la consulta</i>	<i>246</i>

2. <i>Naturaleza jurídica</i>	249
2.1. Principio general del derecho	250
2.2. Derecho fundamental	252
2.3. Obligación estatal.....	264
3. <i>El objeto de la consulta: identificación de las medidas que han de someterse a consulta.</i>	279
3.1. Reformas constitucionales.....	282
3.2. Tratados internacionales	283
3.3. Adopción de leyes	284
3.4. Medidas administrativas	285
3.5. Los estudios de impacto social y medioambiental.....	289
3.6. Estándar de “afectación directa”. Algunos supuestos.....	292
4. <i>Forma de la consulta: previa, libre, informada</i>	298
4.1. Consulta previa	304
4.2. Consulta libre.....	308
4.3. Consulta informada	310
4.4. De buena fe	313
5. <i>El fin de la consulta</i>	316
5.1. La consulta encaminada a lograr acuerdos	316
5.2. El carácter vinculante del resultado de la consulta.....	319

6. <i>Consecuencias de la omisión de una consulta adecuada</i>	329
6.1. Declaración de inconstitucionalidad de las leyes	329
6.2. Nulidad de las resoluciones administrativas y suspensión de los proyectos	331
CONCLUSIONES	337
JURISPRUDENCIA Y DOCUMENTACIÓN UTILIZADA.....	362
BIBLIOGRAFIA CITADA.....	377

INTRODUCCIÓN

Pocas cuestiones relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas en la región de América Latina han suscitado tanta atención en los años recientes como el derecho a la consulta. No en vano, se ha considerado como una pieza jurídica clave en la resolución de los conflictos generados a partir de la masiva explotación de los recursos naturales en los territorios habitados por estas comunidades.

Entre toda la nueva gama de derechos y ángulos de protección de derechos indígenas que surgen a partir de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, ha emergido con notoriedad el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados. Según la Comisión de la OIT, una de las cuestiones que se ha examinado con más frecuencia desde que el Convenio N° 169 entró en vigor está relacionada con la “obligación de consultar”. Ello ha motivado numerosas observaciones individuales y generales al respecto.

Sin embargo, a pesar de ser objeto de numerosas resoluciones judiciales y estudios académicos, la protección efectiva del derecho continúa presentando interrogantes en cuanto a la delimitación de su contenido esencial y las consecuencias que se han de derivar de su incumplimiento.

Lo primero que hay que destacar es que la tutela efectiva de la consulta, como derecho fundamental, afecta de lleno a la vida cotidiana de una gran parte de la población en América Latina; precisamente, los pueblos y naciones que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, incluso en riesgo de extinción.

Se estima que existen aproximadamente 45 millones de indígenas en la región. Forman parte de 826 Pueblos y representan el 8,3 por ciento de la población total en América Latina y el Caribe. La mayoría se encuentra en Brasil, Colombia, Perú, México y Bolivia. En Guatemala, un 41 por ciento se identifica a sí misma como indígena y en Bolivia los indígenas representan

más del 60 por ciento de la población.¹ La cara más invisible la presentan los doscientos pueblos que se encuentran en situación de aislamiento voluntario o contacto inicial en las zonas más remotas del Amazonas en Brasil, Perú y Bolivia, y el Chaco en Paraguay.

Tanto si viven en situación de aislamiento como si no, la supervivencia y condiciones dignas de vida de todos estos pueblos se encuentran seriamente amenazada por múltiples factores. Entre ellos, sobresale la creciente proximidad e intrusión en sus territorios de actores externos, principalmente de la mano de empresas nacionales y multinacionales dedicadas a la ejecución de proyectos extractivos.²

El primer Relator Especial sobre las libertades y los derechos de los pueblos indígenas en Naciones Unidas, Rodolfo Stavenhagen, ya alertó hace más de una década del impacto negativo de estas actividades. Por ello, recomendó a los gobiernos y a los inversores que tuvieran en cuenta la perspectiva de los pueblos indígenas y consideró que el consentimiento previo, libre e informado constituía una garantía fundamental a la hora de solucionar controversias y distribuir beneficios.³

Desde mediados de los años 90, la región de Latinoamérica ha venido experimentando cambios muy relevantes en relación al reconocimiento legal y social de los pueblos indígenas. Tales avances se han producido en el marco de procesos de reforma constitucional cuyas características similares permiten hablar de un neoconstitucionalismo pluricultural o multicultural.

En la transición hacia la democracia los nuevos regímenes constitucionales han reflejado la diversidad étnica y cultural de la sociedad. La incorporación y homogeneización de estándares regionales de derechos humanos y derechos

¹ POPOLO, JASPERS & CEPAL, 2014: 42-45.

² CIDH, 2013: 54.

³ E/CN.4/2003/90/Add.3, párr. 67(d).

fundamentales ha contribuido a conformar principios y características comunes en el Derecho Constitucional de los países de la región.

La consulta aparece en la jurisprudencia de la Corte Interamericana como una norma vinculante para los Estados que se ha incorporado al Derecho Constitucional de muchos países. Es una figura jurídica que ha ido ganando mayor aceptación al tiempo que se configura como un mecanismo que contribuye al fortalecimiento de los sistemas democráticos.

En respuesta al alto número de casos presentados, la jurisdicción constitucional ha debido delimitar y dotar de contenido al derecho y el deber correspondiente de los Estados. Alrededor de un 25% de los casos examinados por la Corte Constitucional de Colombia entre 1992 y 2012 (77 sentencias) trataron la cuestión de la consulta previa. Desde el año 2012, el número no ha hecho sino aumentar.

Los tribunales han debido examinar el grado efectivo de incorporación en la regulación constitucional teniendo en cuenta la relación formal entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional. Se han considerado aspectos normativos concretos como el rango constitucional de la norma y la resolución de los conflictos que se producen en sede legislativa y judicial.

El derecho a la consulta, como derecho de reciente cuño, presenta una complejidad añadida en el estudio. Tiene una naturaleza colectiva en cuanto a su sujeto y multidimensional en cuanto a su alcance. La consulta se sitúa como piedra angular en torno a la cual va a girar la garantía de otros derechos indígenas tan fundamentales como los derechos territoriales. Aunque en ocasiones se ha menospreciado su carácter eminentemente procedimental, el derecho contiene una entidad sustantiva insoslayable en tanto que supone una expresión de la libre determinación y una revisión en profundidad de las estructuras estatales actuales.

La actual Relatora ha mostrado preocupación sobre el hecho de que el centro de atención en algunos países gire únicamente en torno al derecho a la consulta cuando el acento se pone solo en sus aspectos procedimentales. Y es que, a pesar de la gravedad de los problemas estructurales que se observan, la cuestión de la consulta parece estar abordándose como un tema de seguridad y garantía para las inversiones y no de derechos humanos.

Precisamente, una de las cuestiones centrales ha sido dilucidar si el contenido nuclear del derecho a la consulta según la jurisprudencia constitucional latinoamericana incluye elementos de fondo además de elementos de forma. Se trata de discernir que valor tiene el resultado final de una consulta y si la respuesta de los pueblos consultados ha de vincular legalmente a los Estados. Ello va unido al interés general, al que se han referido los tribunales en múltiples ocasiones para matizar el alcance jurídico de la consulta.

Sin duda, el derecho a la consulta ha generado una atención mayúscula en tanto que ha permitido conectar la causa indígena con una revisión o profundización de conceptos y principios. Así, la comprensión sobre las nociones básicas de los derechos, el concepto de soberanía o la democracia. El mayor interés por los derechos de participación y la atención particular a la realización de consultas y sus consecuencias responden a los anhelos por parte de la sociedad de una democracia más participativa y sustantiva.

El escenario latinoamericano y su transformación constante se ha presentado así como “laboratorio” y región pionera en el anhelo de reconstitución de los Estados. El impulso definitivo ha venido de la mano de la incidencia incansable de las organizaciones indígenas tanto en el ámbito jurídico como político.

En definitiva, el derecho a la consulta se ha convertido en la punta de lanza de muchas organizaciones y movimientos indígenas que la relacionan con el derecho a la libre determinación y el principio del consentimiento. Según

ellos, una consulta sin carácter vinculante no respondería fielmente a las nuevas bases que han de sustentar la relación entre los pueblos indígenas y los Estados.

Esta consideración permite además establecer un eslabón con la historia y con los crímenes y agravios que aún quedaron sin resolver en la época de la poscolonización. En este sentido, ciertamente, la consulta indígena emerge como un mecanismo de justicia transicional que trasciende a lo jurídico.

El desarrollo económico en América Latina bajo los parámetros de la globalización afecta de lleno a los pueblos indígenas que se han visto inmersos, sin ser consultados previamente, en grandes proyectos para la construcción de carreteras, presas o yacimientos petrolíferos. Desde los años 90, la inversión privada y extranjera para la extracción de recursos naturales ha aumentado exponencialmente en casi todos los países y afecta de forma particular a territorios indígenas y a territorios donde estos habitan. Frente a poderosos actores económicos nacionales y multinacionales, los pueblos indígenas han centrado sus reivindicaciones en sus derechos territoriales y en el derecho a ser consultados de forma previa, libre e informada para poder otorgar o denegar su consentimiento a los proyectos propuestos.

La consulta se presenta, por tanto, en un contexto de alto litigio y el número de conflictos sociales y medioambientales de ámbito local no deja de aumentar. Ante este contexto político y económico, los tribunales constitucionales se enfrentan a una tarea laboriosa. Para empezar, han de incorporar estándares internacionales en territorios jurídicos poco conocidos que hacen referencia a las categorías de los derechos colectivos y los derechos culturales. A esto se suma el hecho de que el derecho a la consulta viene a integrar lo que se consideran nuevos derechos fundamentales, o nuevos contenidos de los mismos, cuya delimitación corresponderá a la jurisdicción constitucional.

PRIMERA PARTE

**EL DERECHO A LA CONSULTA EN EL DERECHO
INTERNACIONAL**

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES Y FUNDAMENTOS

1. Precisiones conceptuales y terminológicas

1.1. Los pueblos indígenas

1. El objeto de estudio requiere en primer lugar la determinación de los sujetos del mismo. Esto es, de los titulares del derecho y los derechos que serán examinados. No es cuestión baladí. La lucha por derechos de los pueblos indígenas tuvo como prioridad un reconocimiento conceptual y, en gran medida, un debate terminológico que era indispensable para lograr la configuración política y jurídica de sus derechos.

2. En muchos países esta necesidad de “clarificación” conceptual, real o aparente, aún persiste y supone una excusa para llevar a cabo las reformas necesarias. A pesar de haberse logrado una concreción jurídica en el plano internacional, no son pocos los Estados que alegan dificultades a la hora de reconocer la existencia y caracteres distintivos de los pueblos indígenas. En gran parte, estos casos presentan cuestiones más políticas que científico-jurídicas. En otros supuestos, la falta de acuerdo deriva de una realidad tan diversa como compleja.

3. Conviene también reconocer la dificultad intrínseca de tratar de “conceptualizar” y hallar categorías para colectividades humanas y seres humanos. No es tarea para la que ninguna persona pueda sentirse capacitada, ni mucho menos autorizada; tampoco desde un ámbito jurídico. Es por ello, que en este recorrido se utilizarán fuentes que emanan de las propias colectividades y voces de los pueblos, esto es, de los propios sujetos. La metodología no ha de ser otra que la ya aplicada por los mecanismos y

organismos creados a este efecto en el seno de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales: un máximo respeto a la autoidentificación y a las técnicas de estudio propias de los pueblos indígenas.

4. El carácter interestatal del Derecho Internacional Público contribuyó y aun contribuye a dejar en un segundo plano la caracterización de colectividades humanas como pueblos que aspiran a tener entidad en el sistema legal vigente. Sin embargo, la mayoría de los pueblos indígenas reclaman que su estatus diferenciado -como sujetos desde luego- data de un tiempo anterior a la constitución de los Estados modernos.

5. La consideración del término “pueblos” no es una cuestión puramente semántica y no es desde luego irrelevante para los propios actores indígenas. Gran parte de sus esfuerzos en las instituciones de Naciones Unidas se centró en sustituir el término población por el de “pueblo”.⁴ El término poblaciones ofrecía una imagen equivocada de conglomerado de personas que no comparten necesariamente una identidad precisa. El término “pueblos”, en cambio, alude a la idea de estructuras organizadas, “con cultura e identidad propias, destinadas a perdurar.”⁵

6. En general el término “pueblo” es objeto de distintas interpretaciones y resulta difícil encontrar un concepto unívoco. La caracterización legal de los “pueblos” no se ha definido ni precisado en el ámbito Derecho Internacional.

El concepto de “pueblo” se ha equiparado al de “nación” como un conjunto de ciudadanos que constituyen un país, o como un conjunto de rasgos que caracterizan un conglomerado humano en términos territoriales, históricos, culturales y étnicos que proporcionan un sentido de identidad. Conviene recordar que en América del Norte se ha considerado a los indígenas como

⁴ No obstante, en la práctica de las organizaciones internacionales todavía existe una confusión notable en la utilización de ambos términos “población” y “pueblo”.

⁵ BRONSTEIN, 1998: 7.

Naciones y en Canadá aún se les denomina “Primeras Naciones” (“First Nations”).

7. Por otra parte, se ha considerado que un pueblo tiene una dimensión más amplia que una nación al identificarse ésta última con una ideología, aspiración política y sentimiento nacionalista más concreto. En la organización de las Naciones Unidas el término “pueblo” ha venido a remplazar, aunque sin sustituir completamente, al término “nación”.⁶

8. En el Derecho Internacional han existido varios intentos de formular una definición de los pueblos indígenas. En lo que se refiere a la Organización Internacional del Trabajo, el Convenio N° 50 de 1936 sobre el reclutamiento de trabajadores dispone que los trabajadores indígenas comprenden a los trabajadores que “pertenecen o están asimilados a las poblaciones indígenas de los territorios dependientes de los Miembros de la Organización, así como a los trabajadores que pertenecen o estén asimilados a las poblaciones indígenas dependientes de los territorios metropolitanos de los Miembros de la Organización.”⁷

9. El Convenio 107 de la OIT de 1957 se refería a las “poblaciones indígenas”.⁸ Posteriormente, en 1989, el Convenio 169, que sustituye al 107,

⁶ RUILOBA SANTANA, 1979: 305-314; y DE LA CRUZ, 1996: 10.

⁷ Artículo 2.b. del Convenio N° 50, sobre el Reclutamiento de Trabajadores Indígenas, adoptado el 20 de junio de 1936 en la 20ª Reunión de la CIT. Entró en vigor el 8 de septiembre de 1939.

⁸ El Convenio N° 107 de la OIT, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes fue adoptado en Ginebra el 26 de junio de 1957. Entró en vigor el 2 de junio de 1959.

incluye ya la denominación “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”.⁹

Esta consideración como Pueblos se ha mantenido desde entonces. El artículo primero de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) es muy claro en este extremo. Declara que los indígenas tienen derecho “como pueblos y como personas” a disfrutar plenamente de los derechos fundamentales que les han sido reconocidos.

10. Tanto el Convenio 107 como el 169 se refieren a los pueblos tribales. Ambas expresiones “pueblos indígenas” y “pueblos tribales” tienen significados equiparables a efectos jurídico-internacionales. En el momento de redactar el Convenio 107 el término “pueblo tribal” fue relevante para reconocer la existencia de pueblos que no eran indígenas, pero que vivían en similares circunstancias. El artículo 1 establece que las poblaciones indígenas pueden ser diferenciadas de las tribales o semi-tribales en base a los elementos de continuidad histórica y en relación a la “historia de conquista o colonización.”

La distinción parte de la premisa de que los pueblos tribales no podrían afirmar que descienden de habitantes originarios de un territorio. El término “semitribal” comprendería “los grupos y personas que, aunque próximos a perder sus características tribales, no están aún integrados en la colectividad nacional.”

11. El Artículo 1 del Convenio 169 indica que la libre determinación como indígena o tribal debe ser considerada como un criterio fundamental a la hora de concretar a qué grupos se aplica el Convenio. Es el caso, por ejemplo, de los pueblos afrodescendientes en América Latina o pueblos tribales en África

⁹ El Convenio N° 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Adoptado en la Sesión 76 de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) en 1989. Entró en vigor el 5 de septiembre de 1991.

quienes, aún no habitando la región con anterioridad a los habitantes actuales, conservan culturas ancestrales y formas de gobierno autónomas.

12. En la sentencia del caso *Saramaka c. Surinam*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos contribuyó a consolidar esta interpretación al afirmar que, aunque los Saramaka no pueden ser considerados como indígenas porque no habitaban en su territorio antes de la llegada de los poderes coloniales, se asemejaban a los mismos porque han mantenido sus propias normas, costumbres y tradiciones y un vínculo especial con la tierra.¹⁰

13. El término “pueblo” viene caracterizado en gran medida por el contexto local y cultural. En el caso de los pueblos indígenas, el Derecho Internacional ha reconocido la diversidad imperante y se ha derivado la cuestión de la determinación a los ordenamientos nacionales. Así, en la práctica actual, la definición y reconocimiento concretos se suelen producir en el Derecho Constitucional de cada país.

14. Cuando se observa el plano nacional se advierte que el uso de determinada terminología tiene una carga política notable. Muchos Estados muestran una feroz resistencia a la hora de reconocer la existencia misma de pueblos indígenas dentro de sus fronteras. Las divergencias se apoyan en las distintas interpretaciones del término “indígena” o “pueblos”. En algunas regiones de África los gobiernos prefieren hacer uso del término “minoría” o “grupo étnico” a pesar de que sus representantes rechazan de plano esta consideración.¹¹ Los términos “tribu” o “indio” han tenido connotaciones peyorativas en determinados contextos, pero no en otros. Por ejemplo, en

¹⁰Corte I.D.H., *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C Nº 172. [En adelante, *Caso Saramaka*].

¹¹Para una aproximación a la jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la identificación de comunidades rurales afro-descendientes como pueblos tribales, véase DULITZKY, 2010:13-48.

Estados Unidos se reconoce ampliamente el término tribu para referirse a los indígenas. En Canadá, en cambio, no tiene una aceptación general y se prefiere optar por el término “First Nations”.

15. Los propios pueblos indígenas han rechazado cualquier intento de definición externa.¹² De esta forma, han compartido las conclusiones de varios órganos internacionales con el mandato sobre cuestiones relacionadas con los pueblos indígenas, dirigidas a identificar elementos comunes y definiciones inclusivas.¹³

Como resultado, en la práctica internacional, el reconocimiento de la existencia y de los derechos indígenas no depende de que exista un consenso sobre quién es indígena y qué comunidades merecen tal consideración. Las Naciones Unidas han reiterado que no es necesario acordar una definición única. Tal definición, si existiera, resultaría excluyente y perjudicial para las colectividades indígenas.

16. El Relator Especial de la Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías, José R. Martínez Cobo, utilizó una definición “de trabajo” en su Estudio sobre el Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas. En ella se destaca la importancia de la continuidad histórica de comunidades, pueblos y naciones indígenas desde la era precolonial.¹⁴

¹² La posición de los representantes indígenas quedó suficientemente clara en el informe del Grupo de Trabajo, E/CN.4/Sub.2/1996/21.

¹³ El Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas (UNPFII) ha recogido una serie de elementos que considera distintivos de acuerdo con varios instrumentos de referencia (Convenio 169 de la OIT, Estudio sobre el Problema de la Discriminación contra la Población Indígenas, o Informe Martínez Cobo, e Informe del Grupo de Trabajo de la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, ACHPR).

¹⁴ E/CN.4/Sub.2/1986/7 Add.4, párr. 379.

17. De acuerdo con Martínez Cobo, estos pueblos muestran la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones los territorios en los que han habitado de forma ancestral, así como sus culturas, instituciones sociales y legales. Existen algunos factores esenciales:

- a) Ocupación de las tierras ancestrales o al menos de parte de ellas;
- b) Ascendencia común con los ocupantes originales de esas tierras;
- c) Cultura en general, o en ciertas manifestaciones específicas (tales como religión, vida bajo un sistema tribal, pertenencia a una comunidad indígena, trajes, medios de vida, estilo de vida, etc.);
- d) Idioma (ya se utilice como lengua única, como lengua materna, como medio habitual de comunicación en el hogar o en la familia, o como lengua principal, preferida, habitual, general o normal);
- e) Residencia en ciertas partes del país o en ciertas regiones del mundo;
- f) Otros factores pertinentes.¹⁵

18. Cabe destacar el hecho de que los pueblos indígenas están expuestos a amenazas y peligros específicos que ameritan especial protección. La supervivencia cultural de estos pueblos se considera un bien de interés general para la humanidad de acuerdo con distintos instrumentos internacionales.¹⁶

19. Asimismo, la existencia de culturas y formas de vida que difieren considerablemente de la cultura de la sociedad dominante constituye un factor central. Este factor tiene una dimensión subjetiva importante, tanto en el plano colectivo como en el individual. Una persona puede considerarse a sí

¹⁵ *Ibíd.*, párr. 380.

¹⁶ La Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural (2001) y las convenciones conexas: la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (1972), la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (2003) y la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (2005). Cada una de ellas reconoce el papel central de los pueblos indígenas como custodios de la diversidad cultural y la biodiversidad.

misma indígena y perteneciente a un pueblo indígena (conciencia de grupo); y ser reconocida y aceptada por esas poblaciones como uno de sus miembros (aceptación por el grupo).¹⁷

20. Las Naciones Unidas vienen aplicando el principio de autoidentificación. Este principio figura ya en los trabajos de la presidenta-Relatora, Erica-Irene A. Daes, miembro de la Subcomisión de Protección y Promoción de los Derechos Humanos y presidenta del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (1984-2001).¹⁸

21. El Artículo 1 del Convenio 169 recoge la conciencia propia de identidad indígena o tribal como criterio fundamental. Así, el Convenio dispone que “la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.”

22. Desde el ámbito regional, el Grupo de Trabajo de Expertos sobre las Poblaciones y Comunidades Indígenas establecido por la Comisión Africana resolvió aplicar una descripción socio-psicológica con base en el criterio de autodefinición.¹⁹ La Opinión Consultiva de la Comisión Africana de Derechos Humanos y los Pueblos recoge esta interpretación y zanja la cuestión afirmando que “no existe una definición universalmente aceptada del término y no existe una definición única capaz de abarcar las características de las poblaciones indígenas. Más bien, es mucho más relevante y constructivo

¹⁷ ANAYA, 2004: 102-103.

¹⁸ Los documentos que incluyen el principio de auto-identificación recogen los puntos de vista de varios líderes indígenas, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, Add. 1.

¹⁹ La Comisión Africana comenzó a ocuparse de la situación de los derechos de los pueblos indígenas a partir de 1999. En el 2000, se creó un Grupo de Trabajo con el objetivo de precisar el concepto de comunidades indígenas y examinar la Carta África en relación a sus derechos. ACHPR/Res. 51 (XXVIII)00, 2000.

intentar resaltar las principales características que permitan la identificación de las poblaciones indígenas y las comunidades en África.”²⁰

23. La doctrina ha identificado algunos rasgos conceptuales que subrayan también la caracterización propia. ANAYA introduce la siguiente descripción:

“Son indígenas porque tienen vínculos ancestrales con las tierras en las que viven, o en las que desearían vivir, de manera mucho más profunda que otros sectores de población que viven en esas mismas tierras, o junto a éstas. Además, son pueblos en la medida de que constituyen comunidades diferenciadas con una continuidad de existencia e identidad que los vincula con las comunidades, tribus o naciones de su pasado ancestral”.²¹

1.2. Pueblos indígenas y minorías étnicas

24. Al igual que en el caso de los pueblos indígenas, tampoco existe una definición internacional consensuada sobre minorías étnicas o minorías nacionales.²²

En 1977, el Relator Especial de la Subcomisión para la Prevención y la Protección de Minorías, Francesco Capotorti, afirma que una minoría es “un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, en una posición no dominante, cuyos miembros – nacionales del Estado – poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas que difieren del resto de la

²⁰OUA/ACHPR & IWGIA, 2005: 10-13.

²¹ANAYA, 2004: 3. [ANAYA, S. James, Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional, ed. Trotta en coedición con la Universidad Internacional de Andalucía. Traducción de Luis Rodríguez-Piñero Royo, en colaboración con Pablo Gutiérrez Vega y Bartolomé Clavero Salvador. Madrid 2005.]

²² HR/PUB/10/3.

población y muestran, aunque sea implícitamente, un sentido de solidaridad dirigido a preservar su cultura, tradiciones, religión o lenguaje.”²³

25. Esta colectividad puede estar asentada en un territorio estatal o fronterizo y se identifica a partir de un patrimonio cultural propio. Se encuentra sujeta a la dependencia política en relación a la estructura de poder dominante en el país o países donde habitan. Lo determinante en el concepto de minoría no sería tanto la inferioridad numérica como la estructura de poder que domina y produce esa dependencia.

26. Como se infiere de los elementos anteriores, existen varias similitudes importantes con los pueblos indígenas, pero también algunas diferencias. Ambos grupos se encuentran en una posición no dominante en la sociedad en que viven, y sus culturas, idiomas o creencias religiosas pueden ser diferentes de los de la mayoría. Tanto los pueblos indígenas como las minorías desean conservar y promover su identidad. Pueden, por tanto, encontrarse casos en los que un grupo indígena se encuentre en posición similar a la de una minoría e, igualmente, algunas minorías pueden tener un estrecho vínculo con las tierras donde habitan.

Sin embargo, no siempre se puede establecer una equiparación. La conexión especial y/o ancestral con el territorio no constituye un rasgo esencial de las minorías.

27. Aunque las minorías han hecho hincapié en la protección de sus derechos ejercidos como grupo -por ejemplo, a través de la participación efectiva en la vida pública y la salvaguardia de su pluralismo cultural, religioso y lingüístico- los pueblos indígenas han incidido en su consideración como sujetos de derechos colectivos. En particular, han reclamado el derecho colectivo a la tierra y a los recursos, a la libre determinación y su derecho a

²³CAPOTORTI, 1991: 6.

participar en la adopción de decisiones que les afectan, inclusive mediante la consulta. Todos estos, se consideran derechos eminentemente indígenas.

28. Los derechos de las minorías se desarrollaron en un contexto europeo. Adquieren, por consiguiente, una visión más homogénea y eurocéntrica que la de los pueblos de África, Asia y el Pacífico donde la distinción entre minoría étnica y pueblo indígena puede desdibujarse a partir del gran crisol de étnicas y culturas que conviven en un mismo territorio.

En América Latina, los pueblos indígenas y los afrodescendientes han sido capaces de mantener un estatus político y jurídico similar, que se diferencia respecto al resto de la población. Este estatus se ha consagrado en la mayoría de las legislaciones nacionales.²⁴

29. Inicialmente, la normativa de derechos humanos se ocupó de la protección a las minorías. Los derechos contemplados en el Artículo 27 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos son derechos individuales reconocidos a “personas pertenecientes a tales minorías” aunque sean ejercidos “en comunidad con otros miembros de su grupo.”²⁵

30. En 1992 se adopta la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas que pertenecen a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o Lingüísticas²⁶ cuyo artículo 4.2 dispone que los Estados han de crear condiciones favorables para que estas personas puedan expresar sus características y desarrollar su cultura, lengua, religión, tradiciones y

²⁴Para un análisis detallado de esta cuestión, ver HOOKER, J., 2008. Véase, también KYMLICKA, 2008: 1-32, para una crítica a los enfoques que integran o acomodan a las minorías en los ordenamientos jurídicos nacionales de la Europa post-comunista y la influencia de las organizaciones internacionales.

²⁵Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 27.

²⁶ A/RES/47/135.

costumbres (con la excepción de prácticas que puedan ir en contra de la ley nacional y los estándares internacionales).

31. El Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de Naciones Unidas debatió que los pueblos indígenas pudieran gozar de la cualidad de minorías, pero no alcanzó una conclusión.²⁷ En 1999, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías puso de manifiesto que estos grupos humanos no son minorías en el sentido utilizado por las Naciones Unidas.

32. Aunque la mayoría de los expertos han coincidido en destacar las particularidades y derechos diferenciados, se ha generado un rico debate doctrinal en torno a esta cuestión. Un sector afirma que, a partir del progresivo reconocimiento de los indígenas como pueblos en la normativa internacional, se ha superado definitivamente su consideración como minorías.²⁸

33. Otro sector, en cambio, opina que tratar de forma separada el tema de los derechos indígenas y el de las minorías carece de fundamento, pues no es fácil encontrar un pueblo indígena que no sea una minoría étnica y/o dentro de un Estado.²⁹ Además, los propios representantes indígenas han optado por ambas categorías a la hora de formular sus posiciones en el ámbito internacional de acuerdo con el momento histórico y las circunstancias particulares del caso.³⁰

Para algunos autores la diferencia entre pueblo/nación y pueblo/minoría no se encuentra tanto en aspectos ligados a consideraciones históricas o etnoculturales, sino en las relaciones establecidas en torno a territorios

²⁷ TORRECUADRADA, 2001: 52.

²⁸ APARICIO, 2002: 5.

²⁹ Ver, por ejemplo, REMIRO BROTONS, 2007: 200.

³⁰ EIDE, 1992: 23, párr. 100- 101.

específicos y las dinámicas de poder que se generan cuando las mayorías ejercen un control preponderante sobre un territorio o Estado.

34. En cualquier caso, se ha señalado que ni los criterios de prioridad en el tiempo ni la conexión con el territorio pueden utilizarse en todos los casos para explicar las diferencias entre los pueblos indígenas y las minorías. El criterio de autoidentificación sí que sería definitivo puesto que las minorías reclaman derechos individuales mientras que los pueblos indígenas ponen el acento en sus derechos colectivos.³¹

1.3. *Consulta popular y consulta indígena*

35. Antes de entrar en el plano jurídico, cabe precisar las distintas acepciones del término. La consulta puede tener significados muy diversos que se verán influidos por la cosmovisión y la tradición de cada Pueblo. En general, se le atribuye el significado de escuchar y tener en cuenta el punto de vista del otro. En su versión más restrictiva la consulta puede considerarse cumplida simplemente con el acto de informar a los afectados. Entre los pueblos indígenas, sin embargo, el significado de consulta tiene un alcance más amplio y consiste, normalmente, en concertar y reconocer a los consultados la capacidad de decidir.³²

36. En los sistemas legales modernos el término consulta se ha hecho común, utilizándose de manera amplia en la ley y la política.

La consulta popular asociada a la figura del referéndum es la referencia legal más utilizada y se ha contemplado en numerosos textos constitucionales con la intención de equilibrar los sistemas de democracia representativa y

³¹ Para un análisis completo de esta cuestión, véase THORNBERRY, 2002: 33-61.

³² Pineda, 2002, citado en GALVIS & RAMÍREZ, 2013: 119.

hacerlos más participativos. Se trata de que los ciudadanos puedan participar en la toma de decisiones a través de una multiplicidad de mecanismos.³³

37. La aparición de la consulta indígena en el marco jurídico constitucional de los países latinoamericanos, produjo una asociación inicial con la más conocida consulta popular. No obstante, la naturaleza y contenido de ambas difieren claramente.

Para empezar, la consulta indígena se erige como un derecho humano en el Derecho Internacional y como derecho fundamental en numerosos ordenamientos jurídicos nacionales. Conlleva un deber específico del Estado de llevarlas a cabo de forma efectiva. Esta consideración la aleja de la figura del referéndum facultativo, presente en muchos textos constitucionales, que deja un amplio margen de discrecionalidad al poder político en cuanto a su convocatoria. La iniciativa de convocar una consulta constituye una decisión política fundamental de una asamblea constituyente que consiste en atribuir a un determinado órgano la facultad de convocar la manifestación directa de la voluntad popular.

38. Cabría señalar mayores paralelismos con la consulta popular cuando esta pudiera generar un veto de carácter suspensivo o absoluto en la aprobación de iniciativas legislativas de trascendencia. En este caso, la consulta podría configurarse como mecanismo para dirimir discrepancias

³³ El Tribunal Constitucional Español ha diferenciado la consulta popular del referéndum, entre otras, en la STC 103/2008, STC 31/2010 y STC 154/1988. El artículo 71 de la Ley de Bases de Régimen Local establece que los alcaldes, con el acuerdo previo por mayoría absoluta del Pleno municipal y autorización del gobierno del Estado, pueden convocar consultas a los vecinos en asuntos de especial relevancia que sean de la estricta competencia municipal, con la excepción de los relativos a la hacienda local

entre la voluntad popular y la de sus representantes bajo un arbitraje institucional.³⁴

39. En general, la experiencia práctica en la formalización y aplicación de los mecanismos de participación directa no ha estado exenta de dificultades y precisa de mayor perfeccionamiento jurídico-constitucional.³⁵

Tanto el referéndum como las consultas populares han sido muy criticadas por la doctrina. En primer lugar, se ha argumentado que los ciudadanos pueden no estar capacitados para contestar a la cuestión específica que se les pregunta. Además, el voto del referéndum puede ser fuertemente condicionado desde el poder político y desde los medios de comunicación.³⁶

Una de las causas del reconocimiento tardío de la consulta indígena puede encontrarse en la lenta evolución de los conceptos de democracia participativa, más amplia que la democracia formal y los procesos electorales.

En cualquier caso, se ha consolidado la premisa de que es preciso establecer mecanismos de participación directa como una pieza central en el progreso democrático y el fortalecimiento de los Estados de Derecho.³⁷ Ello requiere mecanismos de relacionamiento más amplios con los Estados y formas más avanzadas de consenso antes de tomar una decisión.

40. Como ha afirmado el Relator Especial Anaya:

“Los principios conexos de soberanía popular y democracia se oponen ambos al gobierno por imposición y respaldan el imperativo del gobierno por

³⁴ CRUZ VILLALÓN, 1980: 146-148.

³⁵ *Ibíd.*, 167.

³⁶ CARRERAS, 2017: 40.

³⁷ Téngase en cuenta, sin embargo, como se utilizó el referéndum por parte de las dictaduras en varios países como medio para legitimar decisiones de regímenes autoritarios. Para un análisis a la luz de acontecimientos actuales, véase, SAUNDERS, 2018: 63-98.

consentimiento. En consonancia con esos principios, el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que estos puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura, están arraigados.”³⁸

41. Además, el impulso de la democracia participativa en conexión con un mayor ejercicio de los derechos de participación de los pueblos indígenas está asentado a su vez en una concepción de ciudadanía más inclusiva y dinámica en América Latina.³⁹

En este sentido, se han identificado dos tipos de ciudadanía, una individual y otra colectiva, a las cuales se les atribuye diferentes características. La ciudadanía individual se situaría en el pensamiento del Estado liberal, según el cual solo se garantizan derechos y libertades individuales. A la ciudadanía colectiva le corresponde un modelo de Estado multicultural que reconoce una pluralidad cultural y garantiza el disfrute de derechos tanto individuales como colectivos.⁴⁰ Entre estos derechos, se encontraría el derecho a la consulta indígena.

³⁸ A/HRC/12/34, párr. 41.

³⁹ SIEDER, 2002: 6.

⁴⁰ KYMLICKA, 1996: 75.

2. Antecedentes y fundamentos jurídicos

2.1. *La doctrina de la personalidad jurídica en el ámbito internacional*

42. Uno de los principales obstáculos que han encontrado los pueblos indígenas en la acción política ha sido el reconocimiento de su subjetividad colectiva en el plano internacional.⁴¹

43. En los primeros encuentros entre los pueblos indígenas y las fuerzas colonizadoras durante el siglo XV y XVI, estos pueblos actuaron como entes autónomos con capacidad para suscribir acuerdos y tratados. Esto sucede, sobre todo, en América del Norte, Australia y Nueva Zelanda. Sin embargo, el avance y predominio de las fuerzas colonizadoras despojaron gradualmente a los indígenas de tal estatus.

44. En el Derecho Internacional clásico, los pueblos no fueron objeto de atención. Los Estados, únicos sujetos en este ámbito y conformaron este ordenamiento jurídico a su medida.

De forma progresiva, el Derecho Internacional comienza a considerar a los pueblos indígenas como receptores de las normas. Se tiene en cuenta la situación particular y el tratamiento que reciben, junto a las minorías, para estudiar la necesidad de medidas protectoras.⁴²

45. Los sujetos de Derecho Internacional son aquellos que simultáneamente son destinatarios de las normas y gozan de legitimidad para reclamar su incumplimiento o, de ser ellos los infractores, pueden incurrir en responsabilidad. La subjetividad internacional supone la capacidad del sujeto de ostentar derechos y obligaciones.

⁴¹ BARSH, 1994.

⁴² DIEZ DE VELASCO, 2013: 660.

46. No existe en Derecho Internacional una norma general atributiva de personalidad jurídica. En principio, para indagar sobre esta cuestión habrá que estar a las características de cada norma y situación, considerando quienes son los destinatarios de las normas y si los pueblos indígenas como tales son titulares de derechos y obligaciones.⁴³

En su dictamen sobre los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas de 1949 la Corte Internacional de Justicia aclaró que los sujetos internacionales son muy diferentes entre sí, al igual que sus derechos y obligaciones.⁴⁴ La Corte define la personalidad internacional mediante la formulación de dos elementos: la subjetividad legal internacional y el *jus standi* internacional.

47. La doctrina más calificada ha afirmado que sólo los Estados y las Organizaciones internacionales son sujetos del Derecho Internacional, y, de forma más limitada, los individuos.

48. La consolidación de los derechos humanos como principio fundamental influyó en la comprensión de la subjetividad internacional para ampliarla y acoger nuevos actores. Las personas se consideran sujetos de derechos humanos y ostentan, por tanto, cierto grado de subjetividad internacional frente a los Estados.⁴⁵ Con el tiempo, el desarrollo de la normativa de derechos humanos sitúa como destinatarios de la protección tanto a los pueblos indígenas como a las minorías.

49. La Sociedad de Naciones comienza a ocuparse de la problemática de las minorías. Esta atención particular se trasladará a las Naciones Unidas en el marco de su primer Programa de Derechos Humanos mediante la creación

⁴³ MIAJA DE LA MUELA, 1966: 43.

⁴⁴ C.I.J. Recueil 1949, p. 178.

⁴⁵ CARRILLO 2001: 33.

de la Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías.

50. El artículo 22 (1) del Pacto de la Sociedad de Naciones utiliza el término indígena para aludir a pueblos que no tienen capacidad institucional para autogobernarse y se encuentran bajo dominación colonial. Se considera que no pueden regirse por sí mismos “en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno, deberá aplicarse el principio que el bienestar y el desarrollo de los pueblos constituyen una misión sagrada de civilización...”⁴⁶ La visión en relación a los pueblos sometidos a dominación colonial parte de una supuesta incapacidad, inferioridad y subordinación a otros poderes estatales. En el artículo 23, los miembros de la Sociedad “se comprometen a asegurar un tratamiento equitativo a las poblaciones indígenas en los territorios sometidos a su administración”.

51. La Unión Panamericana, organismo predecesor de la Organización de los Estados Americanos (OEA), consideró que los indígenas no se caracterizan por una incapacidad para gobernarse sino por su vulnerabilidad. Esta posición de desventaja era la que permitía interpretar que el Pacto de la Sociedad de Naciones solo se aplicara a los pueblos africanos bajo el régimen colonial.⁴⁷ En la Carta de las Naciones Unidas se consagra el principio de igualdad de trato y derechos a grupos en situación de marginación y se abandona definitivamente el tratamiento de inferioridad y la teoría legal y política que había justificado la colonización europea.⁴⁸

52. Ante la duda de la subjetividad, CASSESE considera que la inclusión del término “pueblos” en conexión con el derecho a la libre determinación en los Pactos de 1966 les caracteriza, al menos, como socios de los Estados en el

⁴⁶ Artículo 22(1) del Pacto de la Sociedad de Naciones de 1919.

⁴⁷ BÁRCENAS, 2006: 35 y 26.

⁴⁸ ANAYA, 2010a: 31.

Derecho Internacional. O sea, no serían meros beneficiarios de derechos formulados de forma individual, sino que se convertirían en co-actores en la comunidad internacional. De lo contrario, el lenguaje utilizado en el artículo primero de ambos Pactos no tendría significado alguno.⁴⁹

53. La codificación del Derecho Internacional en esta materia avanzó muy lentamente debido a los problemas que siempre suscitó la compleja relación entre las minorías y los Estados. En el caso de los pueblos indígenas, la codificación alcanzó una fase de regulación convencional mediante los Convenios de la OIT.

54. Posteriormente, la Declaración de Naciones Unidas de 2007 ha reconocido en cierta medida la subjetividad legal internacional de los indígenas como Pueblos. Sin embargo, no ha venido acompañada de un instrumento legal vinculante o mecanismo de supervisión, principalmente mediante un *jus standi* judicial internacional; es decir, el derecho a personarse o acceder a un tribunal.

55. Los pueblos quedarían excluidos de una subjetividad internacional plena por no contar con todas las cualidades mencionadas anteriormente.⁵⁰ Tanto en el caso de los individuos como el de los pueblos, sólo han logrado aproximarse al estatus predominante del Estado soberano, a pesar de haberse convertido en coprotagonistas en las Relaciones Internacionales.⁵¹

56. Los pueblos indígenas han logrado alcanzar un estatus particular a la hora de participar en órganos semi-judiciales y procesos políticos internacionales, por ejemplo, mediante el Foro Permanente de Naciones Unidas sobre las Cuestiones Indígenas que asesora al Consejo Económico y Social (ECOSOC) y realiza recomendaciones sobre el desarrollo económico y

⁴⁹ CASSESE, 1995: 144.

⁵⁰ PASTOR RIDRUEJO, 2012: 280.

⁵¹ CASSESE, 1991: 235.

social y sobre la promoción de los derechos humanos. Se conforma así un *jus standi* político o un tipo de “derecho a la participación cualificada” de los pueblos indígenas a diferencia de otros colectivos de la sociedad civil.

57. A lo largo de los años, se han hecho evidentes las limitaciones del Foro Permanente a la hora de dirimir cuestiones fundamentales y resolver desacuerdos entre los pueblos indígenas y los Estados.⁵² La efectividad de las recomendaciones del Foro al ECOSOC está en tela de juicio por no tener carácter vinculante. Este mecanismo de participación especial no es suficiente y resulta necesario reforzar el *ius standi* judicial de los pueblos indígenas a la luz de las transformaciones sociales y legales.⁵³

2.2. La institución de la consulta vinculada a la subjetividad indígena colectiva. Antecedentes históricos.

58. La noción de consulta como figura jurídica estuvo presente en el Derecho desde el origen de la formación de los sistemas legales. Si se rastrean los antecedentes en varias regiones del mundo se encuentra en el *juris corpus* como el término latino de *consultare* -consultar o solicitar consejo-; y como *consulere*- recibir consejo, reunirse y considerar-.⁵⁴ SEFERIADES identificó elementos del concepto de consulta en los escritos de los autores clásicos Herodoto y Cicerón.⁵⁵

⁵² Para un análisis crítico del Foro Permanente, consúltese SCHULTE-TENCKHOFF & KHAN, 2011, donde, además del déficit de representatividad, se destaca la capacidad insuficiente del Foro para influenciar a los Estados y organismos de la ONU.

⁵³ Ver MEIJKNECHT, 2001. La autora argumenta que, aunque no es necesario el *ius standi* para ser considerado sujeto internacional, es este un derecho que eleva la categoría del sujeto en las relaciones internacionales.

⁵⁴ ANTELO, 1938: 8.

⁵⁵ SEFERIADES, 1939: 35-40.

59. En Derecho Internacional clásico, la consulta tuvo un carácter marcadamente interestatal y fue considerada como parte de las relaciones diplomáticas.⁵⁶ Grocio se refirió a la consulta en relación a la noción de “coloquio”.⁵⁷

60. La firma del Acuerdo de la Paz de Westfalia en 1648 muestra un uso relevante de la técnica de consulta y la identifica con la conciliación.⁵⁸ En la Sociedad de Naciones se dan experiencias consultivas con Estados no miembros como los Estados Unidos de Norteamérica en los que la consulta cumple una función al servicio de la paz internacional.

61. Los Estados europeos que llevaron a cabo la colonización en América del Norte trataron con las naciones indígenas como entidades políticas soberanas que poseían poderes de gobierno con control efectivo sobre los territorios y las poblaciones que allí habitaban. Inglaterra y sus colonias firmaron multitud de acuerdos sobre el control de las tierras, el comercio o la jurisdicción con las tribus de la costa Este de América del Norte y, para ello, se celebraron negociaciones con los indios. Incluso la corona inglesa recibió visitas diplomáticas de representantes tribales.

España también firmó alrededor de veinte tratados con las naciones indias en el Sur de Estados Unidos, al igual que Francia y Holanda que mantuvieron relaciones diplomáticas con las naciones indias.

⁵⁶ VAN ASBECK, 1976: 7.

⁵⁷ GROTIUS, 1987=1604.

⁵⁸ ANTELO, 1938: 43.

Todos estos acuerdos estuvieron basados en consultas previas amplias que permitían llegar al consentimiento de ambas partes del que emanaba el valor vinculante de los acuerdos.⁵⁹

62. En la historia de Estados Unidos, desde 1781, tanto el poder ejecutivo como el Senado han ejercido sus poderes para llegar a acuerdos con las tribus nativas americanas. El Congreso ha adoptado numerosas leyes que han exigido la consulta y el consentimiento en relación a determinadas cuestiones. En 1787, el Congreso de la Confederación aprobó la Ordenanza de Noroeste para incorporar las tierras en el Territorio del Noroeste. Esta ley dio continuidad a la relación consensual que los Estados Unidos había mantenido con los gobiernos indios.

63. La ley establece que los Estados Unidos negociarán siempre con las naciones indias para obtener su consentimiento antes de la compra de tierras tribales: “El máximo de buena fe deberá ser siempre observada hacia los Indios, sus tierras y propiedad nunca deberá ser tomada sin su consentimiento...”⁶⁰ En 1848, el Congreso ejecutó esta ley y desarrolló una relación consensual con los indios en Oregón.

64. La Constitución Americana de 1789 incluye en el artículo primero la autoridad del Congreso para tratar con las tribus indias.⁶¹ También comprende una cláusula que ratifica 9 tratados que se habían firmado previamente con las naciones indias, autoriza la competencia de contraer nuevos acuerdos que se considerarán “supreme Law of the Land.”⁶²

⁵⁹ GLOVER, 2014. Ver una descripción de la forma en la que se llegaba a los acuerdos y tratados en DE PUY, 1917=2001.

⁶⁰ MILLER, 2000: 5.

⁶¹ U.S. CONST. art I, § 8, cl. 3 (“Congress shall have power . . . To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes . . .”).

⁶² U.S. CONST. art. VI, cl. 2.

65. El Presidente George Washington mostró alta consideración por los tratados con los indios americanos al igual que hizo con el resto de los tratados de carácter internacional. Se firmaron al menos 366 tratados con las naciones indias entre 1789 y 1871. Algunos tratados incluían cláusulas que especificaban que cualquier modificación futura requería el consentimiento de las tribus. Algunos incluso especificaban que se necesitarían tres cuartas partes del número de adultos hombres de la tribu. La Corte Suprema llegó a equiparar los tratados internacionales con los tratados con los indios americanos caracterizándolos como “contratos entre las naciones”.⁶³

66. Desde entonces, el Congreso americano ha requerido al poder ejecutivo que garantice la consulta previa con las tribus para obtener su consentimiento en numerosas ocasiones. Por ejemplo, cuando el Congreso adoptó una política para intentar reubicar a las tribus hacia el Oeste del río Misisipi, insistió en la necesidad de contar con su consentimiento:

“el deber de la consulta federal y el consentimiento de las naciones indias está claramente establecida como un principio legal en la historia, estatutos, regulaciones administrativas y jurisprudencia de los Estados Unidos.”⁶⁴

2.3. Los derechos colectivos

67. El reconocimiento de la naturaleza colectiva de los derechos indígenas, incluido el derecho a la consulta, no se ha abierto paso sin dificultades. Desde el principio, la consagración de los derechos colectivos ha colisionado frontalmente con la ideología individualista que ha fundamentado la construcción de los Estados modernos y los derechos fundamentales.⁶⁵ Pero

⁶³ *Washington v. Washington Commercial Passenger Fishing Vessel Ass'n*, 443 U.S. 658, 675 (1979).

⁶⁴ MILLER, 2015.

⁶⁵ La atención prestada por la doctrina a esta cuestión es amplia. Véase un comentario completo en OLIVA, 2005: 47-100. Otros autores han analizado la problemática en el

es precisamente esta dimensión colectiva de los derechos de carácter político de los pueblos indígenas la que sustenta las propias relaciones interpersonales, sociales y políticas de dichos pueblos.⁶⁶

68. En el ordenamiento jurídico internacional la aceptación de una categoría de derechos humanos colectivos ha experimentado un largo proceso de debate que continúa produciéndose en la actualidad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que los primeros antecedentes jurídicos de los derechos colectivos se encuentran en una interpretación conjunta del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 27 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos. Aunque ambos instrumentos se caracterizan básicamente por el reconocimiento de derechos individuales, tanto uno como otro reconoce la existencia de derechos que solo podrían ser gozados por una colectividad.⁶⁷

69. Es realmente el Convenio 169 de la OIT el primer instrumento a través del cual los Estados reconocen por primera vez los derechos colectivos. Se altera de forma irreversible el paradigma tradicional según el cual el individuo sería considerado como un ente aislado de su comunidad o pueblo y ajeno a las relaciones culturales.⁶⁸

70. Recientemente, la situación de particular vulnerabilidad de los pueblos indígenas frente a la explotación masiva de los recursos naturales en los territorios donde habitan ha justificado una mayor protección de sus derechos mediante un instrumento universal, la Declaración de Naciones Unidas del 2007, que reconoce, por primera vez, la subjetividad colectiva de tales

ámbito de las Relaciones Internacionales desde una perspectiva más política, véase, por ejemplo, VARESE, 2010: 259-277.

⁶⁶ Ver análisis exhaustivo en WIESSNER, 1999: 57-128.

⁶⁷ OEA/Ser.L/VII.108 Doc. 62.

⁶⁸ CHUJI, BERRAONDO y DAVALOS, 2010: 27.

derechos. Con ello se reconoce también la capacidad jurídica colectiva de los pueblos indígenas y se supera el modelo de tutela indígena instaurado en las colonias.⁶⁹ Resulta este, por tanto, un aspecto clave para ejercer de forma efectiva los derechos de autogobierno que ya se habían contemplado en varios ordenamientos jurídicos nacionales.

71. En los sistemas legales nacionales, la consagración de los derechos colectivos ha sido larga o simplemente inexistente. Un amplio número de Estados no han reconocido siquiera la existencia física de pueblos indígenas en sus territorios. Son escasas y excepcionales las constituciones que reconocen derechos colectivos.⁷⁰

72. Al igual que ocurre con las tensiones que se pueden generar en torno a los derechos humanos y el respeto a la diversidad cultural, también se ha puesto de relieve el conflicto entre los derechos colectivos y los derechos individuales.

73. En contra de esta controversia, se ha situado parte de la doctrina que opina que los derechos individuales y colectivos no deberían entrañar conflictos diferentes a aquellos que surgen en las relaciones sociales y que son regulados por el Derecho con normalidad. Los derechos individuales han sido normalmente limitados por leyes de carácter colectivo que emanan del pueblo. En realidad, la posibilidad de conflictos entre los derechos colectivos y los derechos individuales es inherente a la ciencia jurídica.

⁶⁹ YRIGOYEN, 2009: 22.

⁷⁰ Pueden encontrarse referencias a derechos colectivos en constituciones de nuevo cuño (ej. Ecuador, Bolivia y Nepal).

El derecho indígena, comprendiendo los derechos de una colectividad, puede entrar en colisión con el derecho estatal del mismo modo que lo hacen los derechos individuales.⁷¹

Desde esta perspectiva, la relación entre los derechos fundamentales tradicionales y los derechos colectivos de los pueblos indígenas (entendidos éstos como “ley de los Pueblos”) no debería presentar mayores problemas que la yuxtaposición de los derechos fundamentales y el Estado.

74. La discusión, por tanto, no debe girar en torno a la primacía de unos derechos sobre otros. En la teoría y en la práctica, la gran mayoría de los derechos colectivos no buscan imponer a la comunidad frente al individuo, sino que persiguen valores relacionados con la justicia. Los pueblos indígenas, gozando de derechos diferentes, pueden convivir con otros grupos que ejercen sus derechos con normalidad.⁷²

75. La supuesta controversia entre derechos individuales y colectivos ha sido objeto de revisión desde la perspectiva liberal. Una de las conclusiones más llamativas es que, los derechos diferenciados que protegen a las minorías culturales, lejos de confrontarlos, promueven los principios liberales.⁷³

Podrían distinguirse dos dimensiones. Una dimensión interna infiere el derecho de un grupo a limitar las libertades de sus miembros en interés del grupo. Pero una segunda dimensión supone que el derecho de un grupo minoritario limita los poderes de la mayoría establecida (protecciones externas). La segunda dimensión no cuestiona la libertad individual y, al contrario, brinda una protección externa y añadida a los grupos étnicos y minorías nacionales y a sus miembros.

⁷¹ CLAVERO, 1994: 121-122.

⁷² TRIGGS, 1992: 156.

⁷³ KYMLICKA, 1996: 111.

De acuerdo con esta concepción, un derecho colectivo como la consulta puede configurarse como una protección o garantía de refuerzo a los derechos individuales cuyo contenido, en cualquier caso, ha de delimitarse por parte de las instituciones correspondientes, de acuerdo con las características de cada caso.

76. Tal y como se ha observado, los derechos indígenas tienen una dimensión propia sustantiva, y, en segundo lugar, una dimensión vehicular en tanto que permiten el ejercicio efectivo de otros derechos individuales ya existentes desde la óptica y particularidad indígenas, en relación con los Estados.⁷⁴

2.4. La subjetividad indígena desde la titularidad de los derechos colectivos y el principio de universalidad de los derechos humanos

77. El principio de universalidad como principio rector de los derechos humanos ha sido duramente cuestionado por parte de un buen número de Estados. A esta crítica pronto se sumaron los colectivos indígenas que consideraban que los derechos humanos se habían construido desde una posición puramente occidental y en respuesta a las perspectivas e intereses de las potencias occidentales. Esta reticencia no era nueva y partía ya de una gran desconfianza, cuando no rechazo, hacía el derecho internacional público en general. Los pueblos indígenas consideraban a este una herramienta básica y justificante legal del sistema colonial imperante y excluyente de sus culturas.

78. Las visiones contradictorias se hicieron patentes a lo largo de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Naciones Unidas en junio de 1993 en Viena. Se trataba de dilucidar si los derechos humanos eran universales y aplicables, por tanto, en todos los países de la comunidad

⁷⁴ YRIGROYEN, 2009: 16.

internacional de la misma manera; o si, por el contrario, debía atenderse a las circunstancias históricas, culturales y religiosas de cada contexto.

Surgieron dos teorías aparentemente opuestas: el universalismo y el relativismo cultural, con los Estados occidentales defendiendo la primera y los países islámicos y un buen número de países en vías de desarrollo apoyando la segunda. A este segundo grupo se unieron los pueblos indígenas.

79. Como conclusión, la Declaración de Viena ofrece una fórmula de compromiso, afirmando que la naturaleza universal de los derechos humanos no se pone en cuestión al tiempo que ofrece un margen de apertura para acoger “diferentes enfoques” hacia los derechos humanos.

80. A medida que el derecho internacional público se “humaniza”⁷⁵ e incorpora nuevas demandas, la posición de rechazo de muchos colectivos se suaviza. En el caso de los pueblos indígenas da un giro de 180 grados. Desde que se hace patente que existe un nuevo régimen internacional a raíz de la segunda guerra mundial, las organizaciones indígenas se organizan y llevan a cabo una labor de incidencia sostenida para lograr el reconocimiento de sus derechos en el derecho internacional de los derechos humanos.

Algunos autores apuntan incluso a la ironía que supone que los pueblos indígenas hayan hecho valer sus propias filosofías de vida y sistemas normativos a partir de un lenguaje conceptual y legal eminentemente occidental.⁷⁶ El uso del lenguaje es ilustrativo de la ambigüedad que fluye de

⁷⁵ MERON, 2006.

⁷⁶ Patrick Glenn también considera una ironía de la historia que los países con los sistemas legales más avanzados en el reconocimiento de derechos indígenas, a saber, Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, se opusieran a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En: GLENN, 2011: 171-183.

los principios y debates históricos ya que se asientan en la universalización de la ley y el derecho (“the law that oppresses promises liberation”).⁷⁷

81. El esfuerzo de los líderes indígenas se dirigió durante décadas en revisar los tratados sobre pueblos indígenas y tribales de la OIT (Convenios 107 y 169) y lograr la aprobación de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el año 2007.

82. Como resultado, el mayor protagonismo de los pueblos indígenas y sus derechos en el derecho internacional público ha generado un impacto que va más allá de los efectos directos en dichos pueblos.⁷⁸ No cabe duda de que la cristalización de estándares relativos a los derechos indígenas, ha enriquecido el derecho internacional adoptando un carácter más diverso y humanizándose aún más. Se expande la posibilidad de que existan nuevas categorías de sujetos diferentes a los Estados y las organizaciones internacionales.

83. Así, el proceso que posibilita el reconocimiento de la persona como sujeto de derechos humanos individuales experimenta ahora una segunda fase en la cual se reconocen los derechos humanos colectivos de los pueblos que pueden oponerse ante los Estados en el orden internacional.

84. No obstante, los Estados continúan resistiéndose a reconocer la subjetividad de los pueblos y el ejercicio de sus derechos colectivos con efectos jurídicos tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Ello se constata cuando se analiza el alcance del derecho a la consulta y la libre determinación y las limitaciones existentes a la hora de considerar a los pueblos indígenas como actores independientes, participando en pie de igualdad con los Estados en la creación de normas internacionales o utilizando mecanismos jurídicos internacionales para resolver controversias.

⁷⁷ THORNBERRY, 2002: 63.

⁷⁸ GLENN, Op.Cit.

85. Los largos debates previos a la adopción de la Declaración respondieron a la necesidad de alcanzar compromisos en torno a la delimitación del derecho a la libre determinación. La fórmula que se consensuó abre un margen para evoluciones futuras en función de diversas interpretaciones y matizaciones en la práctica de los Estados.

3. El principio de libre determinación como fundamento para el derecho a la consulta.

3.1. El principio de libre determinación en el derecho internacional público

86. El principio legal y político de la libre determinación o autodeterminación ha sido objeto de amplia atención por parte de la doctrina. La libre determinación se ha entendido como un derecho de tipo colectivo: “de colectividad humana, unida por la conciencia y la voluntad de constituir una unidad capaz de actuar en función de un futuro común”.⁷⁹

87. El principio surge unido a la aparición de los Pueblos y la reclamación de sus derechos en el contexto de las relaciones internacionales en el momento en el que las estructuras estatales y coloniales cobraban más fuerza.

88. En el siglo XIX y principios del XX se comienza a tratar la cuestión de las nacionalidades en el ámbito europeo. Los Catorce Puntos que Woodrow Wilson propone al finalizar la Primera Guerra Mundial incluyen la libre determinación como respuesta a algunas aspiraciones nacionales en Europa.⁸⁰ Los pueblos sometidos a dominación colonial quedaban al margen de estas propuestas a tenor del Derecho Internacional vigente que había avalado el régimen colonial. El principio de libre determinación tampoco se contempló en el pacto constitutivo de la Sociedad de Naciones que instauró,

⁷⁹ DÍAZ MÜLLER, 1991: 58.

⁸⁰ DIEZ DE VELASCO, 1973: 660.

en cambio, un régimen de administración internacional de las colonias tras la primera guerra mundial.

3.2. *La evolución del principio y derecho a la libre determinación.*

89. Tras la Segunda Guerra Mundial el asunto de la libre determinación de los pueblos bajo régimen colonial se convierte en una cuestión urgente y comienza a ser objeto de regulación en el contexto del antagonismo ideológico de la guerra fría. La libre determinación en el contexto de la descolonización se contempla por primera vez en la Carta de las Naciones Unidas de 1945.⁸¹ Los artículos 1.2 y 55 hacen referencia al principio de la libre determinación de los pueblos como fundamento de las relaciones de amistad entre las naciones.⁸² Los capítulos XI, XII y XIII de la Carta hacen referencia a este principio de forma tácita.

90. La Resolución 1514, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1960 y considerada como la Carta Magna de la descolonización, desglosa tres artículos diferenciados. Uno de ellos es el derecho a ser consultado: “supone para un pueblo colonial su derecho a ser consultado, a expresar libremente su opinión sobre cómo desea conformar su condición política y económica y, si tal fuera su deseo, el derecho a convertirse en un Estado soberano e independiente”.⁸³ La Resolución aludía claramente a la posibilidad de vincular el derecho de libre determinación al derecho de independencia.

91. Según DIEZ DE VELASCO, del texto de la Resolución 1514 resulta patente que los Pueblos tienen el derecho de decidir en plena libertad y sin

⁸¹ La Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945, entró en vigor el 24 de octubre de 1945.

⁸² REMIRO BROTÓNS, 2007: 165.

⁸³ GUTIÉRREZ ESPADA, 1995: 199.

traba alguna su destino político y desarrollo en condiciones de igualdad. Nada se establece en relación a una supuesta falta de preparación -pretexto que en su día alegaron las potencias coloniales para no dar cumplimiento a la misma. A tenor de lo anterior, la doctrina entendió que estos pueblos han de considerarse titulares plenos de algunos derechos y de su disfrute inmediato. Son sujetos de Derecho Internacional aunque con una subjetividad mucho más limitada que los Estados.⁸⁴

92. Posteriormente, la Asamblea General adopta otra Resolución, la Número 1541 (XV), para indicar los elementos que sirven para identificar qué se entiende concretamente por pueblo colonial.⁸⁵ La Asamblea General precisa que el concepto de pueblo colonial incluye a aquel pueblo que no ha alcanzado una plenitud de gobierno propio pero se encamina progresivamente hacia ese objetivo. El pueblo ha de habitar en un territorio que está separado geográficamente del país que lo administra y es distinto de éste en sus aspectos étnicos o culturales. Además, se pueden tener en cuenta otros elementos de carácter administrativo, político, económico o histórico; susceptibles de influir en las relaciones entre la Metrópoli y el territorio como reflejo de que éste se encuentra en una situación de subordinación de forma arbitraria (principios I, IV y V de la Resolución).

En la práctica, la identificación de la situación de pueblo colonial vino dada por su inclusión en una lista confeccionada por el Comité de Descolonización, creado en 1961 en virtud de la Resolución 1654 (XVI) de la Asamblea General.

93. Aunque en el momento de adopción de la Resolución 1541, la independencia del territorio se consideraba como un objetivo normalmente

⁸⁴ DIEZ DE VELASCO, Op.Cit. p. 292-294.

⁸⁵ Esta concreción se hace necesaria a la hora de dilucidar los efectos de la obligación de transmitir información, de acuerdo con el inciso e) del artículo 73 de la Carta de Naciones Unidas.

prevalente, la Resolución reconoce otros posibles desenlaces en el ejercicio de la libre determinación: la libre asociación o la integración con un Estado independiente (principio VI).

94. Lo decisivo, en cualquier caso, es que el resultado sea fruto de la libre elección del pueblo a través de unos procedimientos democráticos: “el territorio que se asocia debe tener derecho a determinar su constitución interna sin ninguna injerencia exterior.” En esta asociación se ha de “respetar la individualidad y las características culturales del territorio y sus pueblos” (principios VII y IX).

Bajo estas directrices, la Organización de las Naciones Unidas llevó a cabo labores de supervisión. Se llevaron a cabo misiones de observación de procesos de consulta popular, por ejemplo, en Namibia.

95. Casi una década después, el 24 de octubre de 1970, la Asamblea General adoptó la Resolución 2.625 (XXV), que contiene la Declaración de los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados. En esta Resolución se establece que todos los pueblos, sin injerencia externa, tienen derecho a determinar su condición política y de gestionar su desarrollo económico, social y cultural.

96. En el ámbito regional la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, auspiciada por la Unión Africana y adoptada en 1981, recoge el artículo 20, epígrafe primero, que también prevé el derecho a la autodeterminación de los pueblos.⁸⁶

97. Aparte de estas declaraciones que no tienen naturaleza legal vinculante per se, la cuestión de la libre determinación no ha sido objeto de regulación

⁸⁶ OUA, Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 27 de junio de 1981, CAB/LEG/67/3, Rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), entró en vigor el 21 de octubre de 1986. [En adelante, Carta Africana].

general. La naturaleza del principio, por tanto, tiene carácter de norma perentoria o principio general del derecho internacional pero los detalles para su implementación siguen estando indeterminados.⁸⁷

98. En la cuestión del Sahara occidental de 1975, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) tuvo la oportunidad de aportar más elementos en relación al contenido y alcance de la libre determinación, pero se limitó a afirmar “la necesidad de prestar atención a la voluntad libremente expresada de los pueblos” en el sentido de que pueden determinar su futuro.⁸⁸

99. Durante décadas se ha planteado la cuestión del alcance del derecho a la libre determinación y si este incluía a los pueblos indígenas. Lo principal es que los Estados adoptaron una posición común en el rechazo directo a cualquier posibilidad de secesión por parte de ningún grupo, nación o minoría.⁸⁹ Los Estados, incluyendo los nuevos Estados independientes surgidos a partir del proceso de descolonización, se aferraron al principio de integridad territorial y el principio de no interferencia en asuntos internos.⁹⁰

100. En el ámbito de los derechos humanos, la libre determinación de los pueblos se había recogido en el artículo primero del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹¹ y del Pacto Internacional de

⁸⁷ DIEZ DE VELASCO, Op.Cit.

⁸⁸ CIJ Rec., 1975, 33 (párr. 58 y 59).

⁸⁹ CASSESSE, Op.Cit.

⁹⁰ Ver deliberaciones de los Estados en la Asamblea General de Naciones Unidas -por ejemplo, la intervención de El Líbano-, Actas Oficiales de la Asamblea General, sesión 7, Comité Tercero, 454, párr. 15-16).

⁹¹ ONU, Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Resolución de la Asamblea General 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 3 de enero de 1976.

Derechos Civiles y Políticos⁹², ambos adoptados en 1966.⁹³ Estos artículos son idénticos y establecen lo siguiente:

- “1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.”

101. Durante largo tiempo la interpretación de este artículo entendía que solo se aplicaba a los pueblos sujetos a dominación colonial. Se dejaba fuera, por tanto, a aquellos pueblos que habitaban en Estados con sistemas democráticos a los que se suponía las condiciones necesarias para garantizar las libertades fundamentales y participación democrática de acuerdo con su singularidad.⁹⁴

102. Por tanto, los pueblos indígenas se vieron amparados en un principio por el Artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que reconoce una

⁹² ONU, Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Resolución de la Asamblea General 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

⁹³ La libre determinación recibe un reconocimiento en esas mismas fechas durante la Octava Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos en Teherán en 1968.

⁹⁴ Para un análisis detallado sobre la evolución del derecho de autodeterminación en relación a los pueblos indígenas, ver XANTHAKI, 2007.

serie de derechos a las minorías cuyo disfrute se produce de forma colectiva en relación a su singularidad lingüística, religiosa, cultural o étnica.

103. La relación entre el Artículo 1 y el 27 se hizo patente mediante la interpretación del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En la Observación General Número 23 de 1994, el Comité trata de diferenciar los dos artículos afirmando que el derecho a la libre determinación pertenece a los pueblos y el derecho amparado por el artículo 27 concierne a las personas como tales. En el “caso de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría” algunos aspectos del artículo 27 como el derecho a disfrutar una determinada cultura puede estar relacionado con “los modos de vida asociados al territorio y al uso de sus recursos”.⁹⁵

3.3. *Dimensión interna y dimensión externa*

104. Desde entonces, la interpretación de las reglas han evolucionado para diferenciar dos dimensiones de la libre determinación, una externa y otra de carácter interno. La externa correspondería a aquellos grupos que desean separarse de un Estado y se encuentran sujetos a un régimen colonial y/o bajo ocupación militar extranjera. En estos supuestos es preciso determinar un nuevo estatus internacional y reconocer la soberanía nacional. La libre determinación en su dimensión externa sería también aplicable a grupos o pueblos que se encuentran sometidos a opresión, por ejemplo, en el caso de dictaduras.⁹⁶

⁹⁵ De esta forma, se ha entendido que la Observación establece un vínculo claro entre el artículo 27 y el contenido del derecho a la libre determinación contemplado en el artículo 1. Ver, por ejemplo, HENRIKSEN, 2008: 27-40.

⁹⁶ Ver STC 114/2017, “El defendido derecho de separación solo cabe en supuestos de dominación colonial, pueblos anexionados por conquista, dominación extranjera u ocupación y pueblos oprimidos por violación masiva y flagrante de sus derechos. Es igualmente claro que el ejercicio de ese derecho ha de hacerse de conformidad con las

105. Cuando se alude la libre determinación interna se hace referencia a aquellas normas que dan virtualidad a determinados derechos particulares de las minorías y los pueblos dentro de un Estado para que puedan determinar su futuro y controlar un desarrollo propio. En este sentido, se haría referencia principalmente al derecho a la autonomía y al autogobierno.⁹⁷

106. A mayor abundancia, el derecho de libre determinación se vincula con la posibilidad de crear y mantener instituciones y jurisdicciones propias. En lo que podría ser su aspecto más dinámico, ANAYA señala que la libre determinación supone que el orden institucional de gobierno permita a los individuos y grupos vivir y desarrollarse libremente de manera continuada.⁹⁸

107. Una muestra interesante es el de las autoridades tribales en los Estados Unidos. Las más de 550 tribus estadounidenses gozan de una autonomía restringida. Ejercen el autogobierno y operan como entidades de gobierno con jurisdicción política y legal sobre sus territorios, así como sobre los integrantes de las tribus que se encuentran fuera de los mismos.

Los gobiernos de las tribus de Los Estados Unidos tienen potestad para establecer los requisitos para ser miembro de las mismas, regular la propiedad privada, regular relaciones entre sus miembros, castigar delitos cometidos por sus miembros dentro de las reservas. Es decir, tienen un control efectivo y cuasi-exclusivo sobre el territorio y la población. Cada tribu

disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y del resto de principios de derecho Internacional, así como de la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, y entre esos principios destaca el de integridad territorial, que condiciona el derecho a la libre determinación de los pueblos a los muy limitados supuestos ya señalados, ninguno de los cuales tiene relación con la Ley aquí impugnada.”

⁹⁷ALSTON, 2001; CASSESE, 1995: 67-140.

⁹⁸ANAYA, 1993: 157.

ejerce su relación con el gobierno federal de manera particular, en base a los tratados, acuerdos y leyes que en su caso resulten aplicables.⁹⁹

108. La práctica consolidada en el Derecho Internacional contemporáneo da fundamento al derecho de libre determinación de los pueblos indígenas con una dimensión interna que excluye, por tanto, la secesión de los Estados donde estos pueblos se insertan.¹⁰⁰

109. La dimensión interna se ha conectado con el carácter económico derivado del control y desarrollo de los recursos. Desde este punto de vista, los pueblos indígenas ostentarían la potestad de rechazar o aceptar la explotación de estos recursos y la ejecución de proyectos de desarrollo en sus tierras.

110. Los pueblos indígenas argumentan que tanto el derecho a la libre determinación como el derecho a la consulta están directamente vinculados al principio de soberanía que incluye una serie de competencias para el gobierno y el uso regular de todos los recursos que se encuentran en el suelo y subsuelo de los territorios donde habitan. Algunos sistemas legales nacionales han plasmado algunas expresiones de soberanía, aunque éstas siempre han venido acompañadas de obstáculos para su ejercicio efectivo.

111. En su trabajo como Relatora, DAES señaló que era necesario volver a examinar el concepto de soberanía de acuerdo con su sentido actual. Tradicionalmente los Estados soberanos han ostentado un poder absoluto, pero es posible que esta soberanía, en lo que hace al gobierno sobre los recursos, pueda ser ejercida también por los pueblos indígenas sin que esto conlleve siempre el conflicto entre ambos. La Relatora precisa que tal

⁹⁹ En el año 1832, el Juez Marshall en su fallo de la Corte Suprema de Justicia, *WORCESTER vs. GEORGIA* (31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832)), determinó que los gobiernos de los Estados de la Unión no gozan de jurisdicción reguladora o impositiva sobre los territorios indígenas.

¹⁰⁰ DIEZ DE VELASCO, Op.Cit., p. 296.

esquema de soberanía no implica considerar a los pueblos indígenas al mismo nivel que los Estados.¹⁰¹

112. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se ha referido a la conexión entre los derechos territoriales y el derecho de autodeterminación. En una declaración sobre la situación de los pueblos indígenas en Canadá el Comité expresó que “el derecho de libre determinación exige, entre otras cosas, que todos los pueblos puedan disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales y que no puedan ser privados de sus propios medios de subsistencia”.¹⁰²

113. El Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas ha manifestado la complementariedad entre los derechos de autodeterminación y los derechos territoriales.¹⁰³ En el ámbito regional, los órganos jurisprudenciales también se han ocupado de esta cuestión. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del caso *Saramaka contra Surinam* se refiere a la interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU según la cual el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas implica que los pueblos puedan “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” para que no se los prive de “sus propios medios de subsistencia”.¹⁰⁴

¹⁰¹ ONU E/CN.4/Sub.2/2004/30, párr. 18.

¹⁰² Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/79/Add.105, párr. 8.

¹⁰³ Para un análisis del contenido del derecho a la libre determinación en relación a los derechos territoriales desde la óptica de América Latina, consúltese APARICIO WIHELMI, 2006:402; y FIGUERA VARGAS Y ARIZA LASCARRO, 2015:65-76.

¹⁰⁴ *Caso Saramaka*, párr. 93-96.

3.4. La libre determinación en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

114. La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es el primer instrumento internacional que reconoce explícitamente el derecho a la autodeterminación para un Pueblo -esto es, un Pueblo Indígena- dentro de un Estado. De hecho, se ha afirmado que tal reconocimiento, junto a la consagración del carácter colectivo de este y otros derechos humanos, representa la novedad jurídica más relevante del texto.¹⁰⁵

115. También se ha subrayado que el valor de la Declaración, al no tener un carácter vinculante independiente como los tratados, es el de reafirmar normas convencionales y consuetudinarias ya existentes¹⁰⁶ o coadyuvar en el proceso de cristalización aún en curso.¹⁰⁷ En este punto no existe coincidencia en la doctrina ya que otros autores consideran que la Declaración, además de recoger y desarrollar Derecho vigente, crea nuevas normas e incluso altera paradigmas tradicionales del Derecho internacional público.¹⁰⁸ No es baladí que, junto a la cuestión del consentimiento, la libre determinación fue uno de los puntos frente a los cuales los Estados mostraron más férrea resistencia.¹⁰⁹

116. La libre determinación se encuentra contemplada como postulado general en el artículo 3. Mediante una redacción similar al primer párrafo del artículo 1 común a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, se refiere de forma específica a los pueblos indígenas como titulares del derecho:

¹⁰⁵ QUANE, 2011: 260.

¹⁰⁶ ANAYA, 2005: 7; ANAYA, 2004: 61-72

¹⁰⁷ XANTHAKI, 2009. 117.

¹⁰⁸ CLAVERO, 2013: 188.

¹⁰⁹ ANAYA, 2010b: 184.

“Artículo 3: Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.”

117. En la Declaración, la libre determinación es derecho y principio general. Claramente, la autodeterminación representa el eje central que articula el ejercicio de todos los derechos en su conjunto. Por ejemplo, el artículo 23 regula el derecho a determinar las prioridades de desarrollo:

“Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.”

118. El artículo 4 reconoce el derecho a la autonomía y al autogobierno para tramitar sus asuntos internos y locales, lo cual incluye el derecho a financiar sus funciones autónomas. Todas estas son expresiones del ejercicio de la libre determinación que complementan y ofrecen alternativas derivadas del derecho a participar en el gobierno del Estado.¹¹⁰

119. La Declaración incluye una cláusula que delimitará el ejercicio de la libre determinación. Se trata del artículo final, artículo 46, que en su párrafo primero establece la prohibición de “quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.”

120. Esta disposición fue clave a la hora de lograr la aceptación de los Estados y para prevenir cualquier interpretación que pudiera acoger un derecho a la secesión. Cláusulas de este tipo pueden también encontrarse en

¹¹⁰ E/CN.4/2004/30, párr. 17.

las constituciones de muchos países, tanto en aquellos donde habitan pueblos indígenas como en los que no.

121. La desconfianza hacia la libre determinación fue generalizada entre los Estados. En Comunicación No. 75/92, la Comisión Africana se vio inclinada a declarar que las diversas formas del derecho a la libre determinación como el autogobierno, el gobierno local, el federalismo, el confederalismo o el unitarismo deben siempre respetar los principios de soberanía e integridad territorial. Para la Comisión Africana el derecho a la libre determinación debe ejercerse respetando “la soberanía, la inviolabilidad de las fronteras adquirida durante la independencia de los Estados miembros y su integridad territorial.”¹¹¹

122. La resistencia de los Estados no era nueva. Se había puesto de manifiesto en la redacción del Convenio 169 de la OIT que, aunque no reconoce de forma explícita el derecho a la libre determinación, sí reconoce el derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades de desarrollo y a ejercer un control sobre su propio desarrollo económico, social y cultural (artículo 7).

123. Para los representantes indígenas la cuestión de la libre determinación fue siempre una prioridad. En las negociaciones se esforzaron en aclarar que su invocación no obedecía a aspiraciones separatistas, sino a la defensa de su identidad cultural. Se trataba de establecer principios que les reconocieran en sus países como co-partícipes en la toma de decisiones que podrían afectarles.¹¹²

124. Es más, la Relatora Especial del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, Erica Irene Daes, incidió en la importancia de la “unión”,

¹¹¹ OUA, ACHPR, 2007: 18.

¹¹² Ver Anexo V al borrador de la Declaración cuyo artículo 2 incluye el derecho a la libre determinación.

afirmando que la libre determinación debería ser interpretada como un derecho de los pueblos indígenas a negociar libremente su estatus político y su representación en los Estados en los que habitan. Según la Relatora, este proceso debería ser entendido como una refundación del Estado: “los pueblos indígenas podrían unirse a los Estados y el resto de su población siendo capaces de acordar unos términos justos, después de años de aislamiento y exclusión”.¹¹³

125. Como resultado, la Declaración contempla la dimensión interna de la libre determinación. Aún así, el preámbulo de la Declaración deja abierta la posibilidad de la auto-determinación en su dimensión externa, de forma plena y en plano de igualdad con otros pueblos cuando se dan las condiciones necesarias:¹¹⁴

“Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales...”

126. Posteriormente, la Declaración Americana de 2016 no ha replicado esta visión y ha adoptado un lenguaje más limitado, aunque similar al del artículo 3 de la Declaración de Naciones Unidas para referirse concretamente al derecho a la autonomía y autogobierno. De esta forma, la Declaración Americana parece aludir estrictamente a la dimensión interna de la libre determinación.

¹¹³ La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales: Informe final de la Relatora Especial, Erica-Irene Daes, E/CN.4/Sub.2/2004/3.

¹¹⁴ ERRICO, 2007: 748 y 749. La autora considera que, en determinados contextos, el derecho a la libre determinación adquiriría rasgos constituyentes en las relaciones con los Estados (“constitutional formulae”).

3.5. La expresión de la libre determinación en las relaciones internacionales

127. La manifestación de la libre determinación en su dimensión externa no se circunscribe a la separación o secesión física de un Estado. Supone también el ejercicio de competencias de soberanía junto al Estado bajo un esquema de soberanía. Esto incluye, por ejemplo, la participación de los pueblos indígenas en instancias internacionales y en el proceso de toma de decisiones sobre políticas y normas internacionales.

128. Desde una fase temprana las organizaciones indígenas habían expresado su disconformidad por la limitada participación en la negociación sobre el Convenio N° 169 de la OIT.¹¹⁵ El proceso de adopción de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ofrece un buen ejemplo del avance en el reconocimiento de la subjetividad de los pueblos indígenas por parte de la comunidad internacional.

129. Lo cierto es que, a pesar de todas las limitaciones existentes, los pueblos indígenas se han convertido en un interlocutor importante en el sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales. En el caso de la ONU han contribuido al trabajo de la organización construyendo mecanismos dirigidos a fortalecer las políticas globales en cuestiones que les afectan. La Asamblea General declaró en 1993 el Año Internacional de los Pueblos Indígenas y la Década Internacional de los Pueblos Indígenas (1995-2004) seguida por la Segunda Década en el 2004. Como resultado, la ONU estableció mecanismos institucionales y procesos dedicados a los pueblos indígenas.

¹¹⁵ Encuentro preparatorio de los pueblos indígenas, realizado en Ginebra entre el 27 al 31 de julio de 1987. ONU, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas en su quinta sesión, E/CN-4/Sub.2/1987/22.

130. El texto de la Declaración contiene un lenguaje muy particular cuando dispone que: “los Estados en consulta y cooperación con los pueblos indígenas adoptarán las medidas necesarias, incluyendo medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración.” De forma novedosa, el llamamiento a la acción incluye también al sistema de Naciones Unidas: “Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, incluso a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia” (arts. 38 y 42).¹¹⁶

131. En el momento de la adopción de la Declaración, la entonces Presidenta del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y actual Relatora sobre los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas, Victoria Tauli-Corpuz, dejó entrever la dimensión más universal y reparadora del principio cuando afirmó que el reconocimiento de la libre determinación en la Declaración haría posible una vía para la reconciliación y el fortalecimiento de las relaciones entre los Estados y los pueblos indígenas.¹¹⁷

ANAYA también vislumbró la función conciliadora de la libre determinación a la que caracterizó como “principio fundador que aglutina la constelación de derechos de los pueblos indígenas” y en torno a la cual se han de articular fórmulas de restitución y reparación a los pueblos indígenas:

“Seguramente, la mejor manera en que pueden interpretarse la Declaración y el derecho de libre determinación en ella afirmado, es como instrumentos de reconciliación. Bien entendida, la libre determinación es una fuerza impulsora de la reconciliación o, quizá más apropiadamente, de la

¹¹⁶ CLAVERO, 2013: 188-189.

¹¹⁷ Declaración de Victoria Tauli-Corpuz, presidenta del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Sesión 61 de la Asamblea General de Naciones Unidas, Nueva York, 13 de septiembre de 2007.

conciliación, con pueblos que han sufrido opresión a manos de otros. La libre determinación exige hacer frente y revertir los legados del imperialismo, de la discriminación y de la opresión de las culturas.”¹¹⁸

4. El principio de no discriminación y la protección a los grupos vulnerables.

132. El principio de no discriminación es otro de los principios que vertebran el sistema normativo de derechos humanos aplicable a los pueblos indígenas. En general, el principio ha supuesto reconocer la realidad de desventaja en la que se encuentran determinados colectivos y la necesidad de adoptar medidas específicas que corrijan esta situación de forma duradera.

133. En la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia, y las formas conexas de Intolerancia, celebrada en Durban entre el 31 de julio y el 8 de agosto de 2001, se mostró la preocupación de los Estados porque “las estructuras o instituciones políticas y jurídicas, algunas de ellas heredadas y que hoy persisten, no corresponde a las características multiétnicas, pluriculturales y multilingües de la población, y en muchos casos, constituyen un factor importante de discriminación en la exclusión de los pueblos indígenas”. Consiguientemente, se acordó la necesidad de luchar contra la persistencia del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia que los afectan.¹¹⁹

134. En el derecho internacional tradicional se consideró a los indígenas de una forma paternalista, poniendo el énfasis en su condición de “inferioridad”. Bajo las nuevas coordenadas de la no discriminación, el reconocimiento de la condición de vulnerabilidad, al contrario, no parte de una premisa supremacista, sino de admitir que existen estructuras

¹¹⁸ ANAYA, 2010b: 207.

¹¹⁹ A/CONF.189/12. Párr. 22 y 39.

discriminatorias que propician tal condición de vulnerabilidad. En otras palabras, la vulnerabilidad no es una condición intrínseca al pueblo indígena, sino que viene provocada por agentes y políticas exteriores.

135. Bajo estas circunstancias, los afectados por la discriminación pueden mostrar una posición ambivalente en cuanto a la faceta más proteccionista del principio de no discriminación. En ocasiones, las organizaciones indígenas han rehuído de que los indígenas sean categorizados como “vulnerables” que se les victimice por partida doble. Así, los pueblos indígenas han puesto el énfasis en su condición como sujetos y el reconocimiento de su autonomía. El principio de no discriminación ha de conjugarse con el principio de libre determinación.

136. En este contexto cobra aún mayor fuerza la institución de la consulta que ha de utilizarse, también, a la hora de diseñar cualquier medida o política dirigida a combatir la discriminación.

137. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha constatado que “es esencial que los Estados concedan protección efectiva a los pueblos indígenas que tome en consideración sus particularidades, sus características sociales y económicas, y también su situación especial de vulnerabilidad, leyes tradicionales, valores, costumbres y prácticas.”¹²⁰

Ello no debe conducir, sin embargo, a la imposición de medidas de manera paternalista que puedan contraponer las aspiraciones de los propios pueblos.¹²¹ Por ello este cualquier tipo de medida que tenga una afectación directa ha de ser consultada.

¹²⁰ *Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 270. Ver también, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, párr. 63; *Caso Saramaka*, párr. 178.

¹²¹ Convenio N° 169 de la OIT, art. 4.

138. La Corte ha entendido que la consulta, como medida afirmativa, está justificada y no constituye una medida discriminatoria en sí misma respecto al resto de los ciudadanos. En el caso *Saramaka*, la Corte aludió al artículo 1.4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial según el cual:

“ [l]as medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.”¹²²

139. Tanto el Convenio 169 como la Declaración de 2007 sustentan la tesis de que los pueblos indígenas merecen un nivel de protección superior al que se brinda al resto de la población. Esta tesis ha permeado en las constituciones nacionales de muchos países en América Latina que incluyen cláusulas de protección reforzada a favor de estos.

140. Al mismo tiempo, los indígenas disfrutan de forma individual de todos los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, al igual que cualquier otra persona. Tanto el Convenio 169 como la Declaración en su artículo primero dejan claro que los pueblos indígenas deben ejercer sus derechos sin discriminación alguna.¹²³

¹²² *Caso Saramaka*, párr. 103.

¹²³ A/HRC/9/9, párr. 20 y 21.

141. Desde una fase temprana el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas (CERD) comenzó a prestar atención a las causas estructurales de la violación de derechos derivadas de la discriminación racial. Desde los años 90, el Comité ha procedido a ampliar el alcance del concepto de discriminación racial desde el punto de vista de como afecta a determinados grupos. La acción del Comité suscitó el interés de las organizaciones indígenas que comenzaron a recurrir al mismo con más frecuencia para denunciar las prácticas discriminatorias en sus países.¹²⁴

142. En 1997, el Comité adoptó la Recomendación General 23 sobre los derechos de los pueblos indígenas donde se subraya el carácter estructural e histórico del tipo de discriminación que sufren los indígenas y que implica normalmente la desposesión de sus tierras. Esta discriminación genera daños que afectan a la identidad de estos pueblos, sus lenguas y sus medios de vida y, en fin, su desarrollo social y económico en general.

El Comité destaca también la persistencia en el tiempo de las políticas discriminatorias al subrayar que los pueblos continúan siendo privados de sus derechos. La preservación de sus culturas e identidades históricas se ven continuamente amenazadas por la pérdida de tierras y recursos en beneficio de colonos, empresas comerciales y empresas estatales.¹²⁵

¹²⁴ ÁLVAREZ, 2009: 361-362.

¹²⁵ CERD, Recomendación General No. 23, párr. 3.

CAPÍTULO II: LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

1. Del nacimiento de los derechos humanos y la invisibilidad de los derechos de los indígenas.

143. El conocimiento sobre la existencia de instituciones tradicionales indígenas y los sistemas propios de gobierno y justicia queda documentado en el siglo XV cuando Francisco de Vitoria afirmó que los “Indios” tienen derecho a sus propias instituciones.¹²⁶ En sus escritos Vitoria asegura que los pueblos de las Américas tienen derechos que son legítimos con independencia de su fe o creencias.¹²⁷

Es significativo que siglos más tarde las perspectivas indígenas no encuentren reflejo en los esfuerzos codificadores de los derechos humanos, ni en el marco del Derecho Internacional tradicional ni en los comienzos de lo que se conoce hoy como Derecho Internacional contemporáneo.

144. El periodo de formulación de derechos encuentra sus orígenes en las revoluciones liberales del siglo XVIII. La Declaración de Independencia de los Estados Americanos de 4 de julio de 1776 proclamó la vigencia de los derechos individuales y el derecho a la revolución. Las diez enmiendas de la constitución o carta de derechos de 15 de diciembre de 1791 limitan los poderes del gobierno federal y otorga protección a todos los ciudadanos, residentes y visitantes en el territorio americano. Se consagra la libertad de expresión, religión y el derecho a tener armas, así como la libertad de

¹²⁶ WILLIAMS, 1990: 97-98.

¹²⁷ Para THORNBERRY, Op.Cit. p. 427, incluso Vitoria, en última instancia, legitimaba la empresa colonialista. Se puede consultar una visión crítica del impacto de las enseñanzas de Vitoria en TODOROV, 1992.

asociación, entre otros derechos y libertades.¹²⁸ Estas ideas encontraron eco al otro lado del océano en tierras francesas donde los líderes revolucionarios adoptaron la Declaración del Hombre y del Ciudadano en 1789.

Tanto la declaración americana como la francesa fueron los pilares sobre los cuales se sostuvo posteriormente el desarrollo de los derechos humanos que adquieren así un tinte de liberalismo político claramente individualista y centrado en cuestiones civiles y políticas. Las dimensiones colectivas y los aspectos relativos a los derechos sociales, culturales y económicas estuvieron más bien ausentes en la génesis teórica. En general, los derechos vienen a considerarse como límites a los poderes estatales y pretenden erradicar prácticas discriminatorias en torno al concepto de ciudadanía y el principio de igualdad ante la ley.¹²⁹

145. En el siglo XX varios líderes indígenas intentan llamar la atención de los organismos internacionales recientemente creados. Acuden a la Sociedad de Naciones en Ginebra en 1920 pero no logran ser atendidos. En ese momento, no existe ningún mecanismo consultivo que permita reconocer su existencia y que les brinde la oportunidad de ser escuchados.

146. Con la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 los indígenas tuvieron constancia de que la interpretación de los derechos humanos reflejaba el monopolio cultural de los Estados que

¹²⁸ A pesar de la apariencia de lucha por las libertades, el constitucionalismo americano buscó asegurar el colonialismo, y no lo contrario, en detrimento de los derechos de los pueblos originarios. Ver CLAVERO, 2017: 24 y 25.

¹²⁹ Tradicionalmente, la doctrina general ha mantenido dudas sobre la aplicación concreta del carácter colectivo de los derechos. Por ejemplo, PEREZ LUÑO, 2001, argumenta que “se trata siempre de entes colectivos que reúnen las condiciones exigidas (delimitación de sus miembros, fines, medios...) para ser sujetos de derechos. Ningún ordenamiento admitirá, por ser contrario a la certeza del Derecho, el reconocimiento de dicha personalidad a entes indeterminados, imprecisos o difusos.”

dominaban la política internacional después de la Segunda Guerra Mundial.

147. Sin duda, aquella Declaración no fue capaz de reflejar los retos que los pueblos indígenas enfrentaban en sus territorios.

Los países no europeos que participaron en las negociaciones aceptaron las proposiciones liberales mientras que las tradiciones no occidentales, con una baja representación, no tuvieron la fuerza suficiente para hacer valer sus ideas.¹³⁰ Los líderes indígenas se sintieron excluidos de los procesos de negociación del texto de la Declaración.

148. De forma similar, las deliberaciones sobre los Pactos de derechos humanos sucesivos y la formación de los sistemas regionales de derechos humanos no pusieron a disposición de los pueblos indígenas fórmulas de participación.¹³¹

Como resultado, ni el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP)¹³² ni el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC)¹³³ contienen disposición alguna sobre la protección de los pueblos indígenas. Aunque ambos se refieren al derecho de libre determinación de los pueblos en su artículo primero, dicha disposición estuvo orientada a los pueblos que surgían del proceso de descolonización y aspiraban a una independencia efectiva.

149. Igualmente, en el continente americano y pese a la importancia de la población indígena, ni la Declaración Americana de los Derechos y

¹³⁰ Sobre el papel jugado por los países latinoamericanos en el debate y la adopción de la Declaración, ver GLENDON, 2003.

¹³¹ LITTLECHILD, 2010: 372.

¹³² PIDCP, de 16 de diciembre de 1966.

¹³³ PDESC, de 16 de diciembre de 1966.

Deberes del Hombre de mayo de 1948¹³⁴ ni la Convención Americana contienen referencias concretas a los pueblos indígenas.¹³⁵

150. Frente a este vacío¹³⁶, el único resorte jurídico válido para articular las demandas indígenas consistió en el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, única disposición que contempla una dimensión colectiva en el ejercicio de derechos. La noción de minorías étnicas, religiosas y lingüísticas sirvió como marco para la argumentación del Comité de Derechos Humanos, órgano encargado de supervisar el cumplimiento del Pacto.

“Artículo 27

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.”

151. Décadas después, en 1981, las Naciones Unidas emprenden la tarea de estudiar en profundidad las cuestiones indígenas mediante la creación de un Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas compuesto por cinco expertos. En 1984, la Subcomisión sobre la Discriminación y la Prevención de las Minorías de Naciones Unidas aprobó el informe elaborado por José

¹³⁴ Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1. Fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, en 1948.

¹³⁵ La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, entró en vigor el 18 de julio de 1978. La Convención incluye derechos a los beneficios de la cultura, preservación de la salud y educación, aplicables a los pueblos indígenas, obligando a los gobiernos a tomar medidas para asegurar estos derechos colectivos sin ninguna discriminación por razón de raza, color, sexo, lenguaje, religión, origen nacional o social u otra condición (Artículos 1, 8, 12, 13, 16 y 24).

¹³⁶ CLAVERO se ha referido a este hecho para observar la “humanidad ausente” como rasgo común en todos estos procesos de codificación (CLAVERO, 2000: 22).

Martínez Cobo. Las recomendaciones de este informe servirán de fundamento al trabajo futuro y a la elaboración de normas.

152. En septiembre de 1984 se celebra la cuarta conferencia del Consejo Mundial de los Pueblos Indígenas en Canadá. En este documento los representantes indígenas recogen una serie de principios entre los cuales se incluye la consulta de forma muy concreta como proceso de “autorización” y “consentimiento”:

“Principio 9: los pueblos indígenas tendrán derechos exclusivos sobre sus tierras tradicionales y recursos, en los casos en los que se han visto desposeídos de estas tierras y recursos sin su consentimiento previo e informado, dichas tierras y recursos han de verse restituidos.

[...]

Principio 16: los pueblos indígenas y sus autoridades tienen el derecho de ser consultados de forma previa y de autorizar el desarrollo de cualquier investigación científica o tecnológica dentro de sus territorios y de tener acceso a los resultados de dichas investigaciones.”¹³⁷

153. Poco después, en 1993, un gran número de líderes indígenas concurrieron a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos y lograron visibilizar sus demandas. La Declaración y Programa de Acción de Viena reconocen "la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de las poblaciones indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad". La Conferencia concluyó con un llamamiento para que se tomen:

"medidas positivas concertadas... a fin de garantizar el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas sobre la base de la igualdad y la no discriminación y reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social"¹³⁸.

¹³⁷ E/CN.4/Sub.2/1985/22, Anexo III, páginas 1 y 2. [Traducción de la autora].

¹³⁸ Folleto Informativo N° 9. Part I, párr. 14.

2. La acción de los órganos de supervisión de los derechos humanos

154. La ausencia de una normativa específica se ha suplido, al menos en parte, mediante la labor interpretativa de los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos. Aunque las decisiones de estos órganos no son vinculantes, ofrecen una guía autorizada en la interpretación y aplicación de las disposiciones. Los comités se han referido al derecho de consulta y otros derechos relacionados reflejando los estándares aplicables y la evolución del consenso en relación a determinadas cuestiones.¹³⁹

155. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha examinado el derecho a la participación de los pueblos indígenas en conexión a sus tierras tradicionales, territorios y recursos bajo el prisma del Artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

156. En sus observaciones finales a varios países, el Comité ha indicado que, en todo lo relacionado a las culturas de los pueblos indígenas y el uso de sus tierras, el artículo 27 incluye el deber positivo de los Estados de “garantizar la participación efectiva de los miembros de las minorías en las decisiones que les afectan.”

157. El Comité se ha referido específicamente al deber de consultar a los pueblos indígenas en repetidas ocasiones.

En el 2004, el Comité subrayó la falta de instancias de consultas con los representantes de las comunidades en Colombia para dirimir cuestiones relacionadas con la distribución de tierras.¹⁴⁰

Respecto a Venezuela, el Comité encomió la inclusión de una disposición constitucional -artículo 120- que establece la previa información y consulta a las comunidades indígenas cuando el Estado

¹³⁹ O’FLAHERTY, 2006:27-52.

¹⁴⁰ CCPR/CO/80/COL.

quiera aprovechar los recursos naturales en sus hábitats. Pero, al mismo tiempo, lamentó la falta de información para aplicar de forma efectiva tal disposición.¹⁴¹

En el caso de Chile y Nicaragua, el Comité recomendó en 2007 “consultar con las comunidades indígenas antes de conceder licencias para la explotación económica de las tierras objeto de controversia y garantizar que en ningún caso la explotación de que se trate atente contra los derechos reconocidos en el Pacto.”

158. El Comité se ha referido al consentimiento como finalidad del proceso de consulta. En el caso de Panamá, mostró preocupación “por la ausencia de un proceso de consultas con miras a buscar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades para la explotación de los recursos naturales de sus territorios.”¹⁴² En el caso *Ángela Poma Poma vs. Perú* el Comité concluyó que ni la demandante ni la comunidad de la que formaba parte fueron consultadas en lo relativo a la construcción de unos pozos de agua. En este caso, el Comité apreció que no era suficiente la consulta, sino que también era necesario contar con el consentimiento libre, previo e informado de los miembros de la comunidad.¹⁴³

159. Por otra parte, cuando ha examinado algunas demandas en las que se alegaba un daño al interés cultural en relación al uso tradicional de las tierras, el Comité ha considerado que el título de propiedad es un factor decisivo.¹⁴⁴ Así, el Comité concluyó que no había habido violación del Pacto en relación a unas tierras en Finlandia sobre las cuales los Sãmi no tenían la propiedad pero usaban tradicionalmente. El Comité pareció conectar la

¹⁴¹ CCPR/CO/71/VEN.

¹⁴² Ver, por ejemplo, CCPR/C/CHL/CO/5; CCPR/C/PAN/CO/3; CCPR/C/NIC/CO/3.

¹⁴³ CCPR/C/95/D/1457/2006.

¹⁴⁴ ANAYA, 2005: 12; CCPR/C/33/D/511/1992 y CCPR/C/58/D/671/1995.

ausencia de propiedad con la no exigibilidad de un grado de consulta más amplio tal y como reclamaban los Sămi.

160. El Comité sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) ha desarrollado una doctrina consistente en relación a los pueblos indígenas. Aunque la Convención que supervisa se adoptó en 1965, no fue hasta los años 90 cuando el Comité comenzó a prestar una atención específica a las cuestiones relacionadas con los indígenas.¹⁴⁵

161. El Comentario General Número 23 en 1997 plasmó la toma de conciencia sobre la gravedad de la problemática derivada de la desposesión de tierras y situó al CERD a la vanguardia de la interpretación de los derechos indígenas.

Según el Comité, existirían dos dimensiones o parámetros: (i) el derecho a la participación en la vida pública y (ii) el consentimiento. También establece, como luego hará el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), que las tierras han de ser restituidas si no se ha obtenido un consentimiento de forma previa.¹⁴⁶

162. Aunque algunos miembros del Comité temieron que el consentimiento pudiera convertirse en la práctica en un poder de veto, finalmente se contempló el derecho de consentimiento únicamente en relación a determinadas cuestiones de especial trascendencia para los indígenas.¹⁴⁷ De esta forma, el CERD consideró que podrían sentarse las bases para un diálogo más amplio entre los Estados y los pueblos indígenas que no considerara a éstos como meros beneficiarios.¹⁴⁸

¹⁴⁵ ÁLVAREZ, 2009: 362.

¹⁴⁶ A/52/18, Anexo V, p. 3 y 4.

¹⁴⁷ THORNBERRY 2002: 217.

¹⁴⁸ WOLFRUM 1999: 369–382.

163. La doctrina posterior del Comité incide en el consentimiento como una justificación para proteger otros derechos indígenas. En su análisis, se hace patente el carácter vertebrador tanto de la consulta como del consentimiento en el ejercicio de los derechos indígenas en su conjunto.

Por ejemplo, en las observaciones finales a Ecuador del año 2003, el Comité consideró que la consulta no bastaba para cumplir los requisitos identificados en el Comentario General 23, sino que era necesario obtener un consentimiento para proceder a la explotación de los recursos naturales en tierras indígenas.¹⁴⁹ El Comité ha mantenido esta línea interpretativa en opiniones sucesivas.¹⁵⁰

164. También el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) que supervisa el Pacto correspondiente se ha referido a los derechos de participación y de consulta de las comunidades indígenas en relación al derecho a la tierra y los recursos. En 2001 instó a Colombia a:

“hacer efectiva la participación de los pueblos indígenas en la adopción de las decisiones que les afectan. El Comité insta en particular al Estado Parte a celebrar consultas con los pueblos indígenas interesados y a recabar su consentimiento antes de la realización de proyectos de explotación de la madera o de los recursos mineros y antes de la realización de cualquier política que les afecte, de conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT.”¹⁵¹

¹⁴⁹ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), 660 U.N.T.S. 195.

¹⁵⁰ Ver, por ejemplo, CERD/C/EQU/CO/19; CERD/C/NAM/CO/12; CERD/C/USA/CO/6.

¹⁵¹ E/C.12/1/Add.74.

165. En las observaciones finales a Ecuador (2004) y Colombia (2007), el Comité afirmó que la consulta es un requisito indispensable y tiene como fin obtener el consentimiento de las comunidades.¹⁵²

En la Observación General No. 21 de 2009 sobre el derecho a participar en la vida cultural (artículo 15 PIDESC), el Comité desarrolló su interpretación y consideró que los pueblos indígenas tienen un derecho de carácter colectivo a la restitución de las tierras, territorios y recursos que han utilizado tradicionalmente si estos se han adquirido sin su consentimiento previo e informado.¹⁵³

166. Otros Comités de Naciones Unidas se han manifestado sobre el derecho a la consulta en relación a temáticas sectoriales o colectivos indígenas específicos. El Comité sobre los Derechos del Niño en el Comentario General No. 11 de 2009 denuncia que los Estados no prestan suficiente atención a la situación de la infancia indígena. Según el Comité, es necesario adoptar medidas especiales de protección en consulta con las comunidades afectadas y con la participación de los niños.¹⁵⁴ Conviene recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño fue el primer tratado que incluyó referencias específicas como el artículo 30 que establece el derecho de los niños a su propia cultura, lengua y religión; derecho que pueden ejercer en comunidad con otros miembros del grupo de acuerdo con el artículo 27 del PIDCP.¹⁵⁵

167. En el ámbito de los derechos de la mujer, la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) no contiene

¹⁵² E/C.12/1/Add.74; E/C.12/1/Add.100.

¹⁵³ E/C.12/GC/21.

¹⁵⁴ Observación General No. 11 (2009), Niñez indígena y sus derechos bajo la Convención, CRC/C/GC/11, 12 febrero de 2009.

¹⁵⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, A/RES/44/25, 20 noviembre 1989. Adicionalmente, el artículo 17 b) y el artículo 29 contienen referencias expresas a la infancia indígena.

ninguna disposición específica sobre mujeres indígenas. El Comité CEDAW no ha emitido ningún Comentario General sobre mujeres indígenas, pero se ha referido a algunas cuestiones relevantes en otros Comentarios y observaciones finales a países.¹⁵⁶

El Comité ha expresado gran preocupación por el grado de discriminación y violencia que sufren las mujeres indígenas y se ha referido a ellas como un colectivo que merece especial protección. El Comité ha interpretado también algunas provisiones de la Convención para subrayar, entre otros aspectos, la importancia de los sistemas plurales de justicia (Recomendación General Número 33).

3. La aparición de una normativa internacional específica:

3.1. Los Convenios 107 y 169 de la OIT

168. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue la primera organización que desde principios del siglo XX dedicó una atención específica a los pueblos indígenas, fijándose en las precarias condiciones laborales en las que se encontraban.¹⁵⁷

169. Unos años más tarde, en 1957, se adopta el Convenio 107 sobre pueblos indígenas y tribales¹⁵⁸ y la Recomendación 104 sobre la Protección

¹⁵⁶ Varias organizaciones indígenas han pedido al Comité que reconozca los derechos colectivos y que interprete la Convención en conexión con la Declaración de Naciones Unidas de 2007. (Recomendaciones al CEDAW, de AIPP, NIWF y FPP, 26 noviembre 2013).

¹⁵⁷ OIT, *Pueblos indígenas: Condiciones de vida y de trabajo de los pueblos autóctonos de los países independientes*, 1953.

¹⁵⁸ Convenio 107, preámbulo. La disposición primera de la Recomendación 104 es elocuente: “(1) La presente Recomendación se aplica:

(a) a los miembros de las poblaciones tribuales o semitribuales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas *correspondan a una etapa menos avanzada* que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad

y la Integración de las Poblaciones Indígenas y Tribales. Una lectura del preámbulo permite observar el espíritu proteccionista y paternalista de ambos textos. Los Estados manifiestan la preocupación de la comunidad internacional sobre la falta de integración de las poblaciones indígenas y consideran que esta es necesaria para lograr su bienestar.

170. Aunque el Convenio 107 fue duramente criticado por su marcado carácter colonialista, supuso el primer intento real de la comunidad internacional para abordar la situación de clara marginación que sufría el colectivo.¹⁵⁹ No es desdeñable que el texto contiene el primer elenco de derechos indígenas y establece obligaciones vinculantes específicas para los Estados.

Así, se contempla un conjunto de derechos sobre la propiedad, la utilización de la tierra, la contratación y las condiciones de empleo, la educación y la formación profesional indígena. El texto servirá de base para la elaboración de su sucesor, el Convenio 169.

171. Aunque el Convenio no contempla derechos colectivos ni regula el derecho a la consulta, sí reconoce el derecho a la participación en el artículo 12 y establece el requisito del consentimiento libre por parte de las comunidades afectadas en dos situaciones: (i) cuando se vayan a remplazar valores e instituciones como resultado de un proceso de integración (artículo 4), y (ii) en el caso de traslado de sus territorios habituales (artículo 16).

No obstante, el Estado podrá prescindir del consentimiento y establecer limitaciones por ley en función de los intereses generales en aras del desarrollo económico, la seguridad nacional o la salud de las propias poblaciones indígenas. En la práctica, por tanto, el Convenio no ofrece una

nacional y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.” [La cursiva es mía]

¹⁵⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2005: 342.

protección real frente al *estatus quo* y la práctica de expulsión de los indígenas de sus tierras.

172. El Convenio encontró la oposición de los pueblos indígenas cuyos representantes impulsaron su revisión y la aprobación del nuevo Convenio en 1989. De esta forma, el 107 dejó de estar abierto a las ratificaciones de los Estados pero siguió vigente en 17 Estados firmantes.

173. Por su parte, el Convenio 169 ha sido ratificado por 22 países, la mayoría de ellos en América Latina y el Caribe. Cuatro países europeos lo han ratificado en Europa -España, Noruega, Dinamarca y los Países Bajos- ; dos en Asia -Nepal y las Islas Fiji-; y solo un país en África -la República Central Africana-.¹⁶⁰

Al circunscribirse su valor normativo a los veintidós Estados que lo han firmado, la influencia de este instrumento en la cristalización de normas consuetudinarias internacionales es limitada. Sin embargo, los estándares del Convenio 169 se han visto reflejados en instrumentos posteriores y en la doctrina y jurisprudencia de diversos organismos de derechos humanos.

174. Aunque también fue objeto de críticas, no hay duda de que el Convenio 169 contó con una mayor aceptación y, por tanto, legitimación en el colectivo indígena. Un aspecto principal en este sentido es que el principio de consulta estuvo presente desde la gestación del texto. Al contrario de lo que ocurrió con el Convenio 107, los representantes indígenas pudieron participar activamente en las deliberaciones sobre el texto, lo cual se consideró un hito en la historia de la OIT.¹⁶¹

¹⁶⁰ Los países que han ratificado el Convenio N° 169 en América Latina y el Caribe son Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela.

¹⁶¹ SWEPSTON, 1990: 677-716.

La OIT preparó una especie de guía metodológica para la cumplimentación de los cuestionarios por parte de los gobiernos donde se les recomienda consultar a los representantes indígenas y tribales en sus países, si los hubiere: “There is clearly no requirement to do so, but as one of the major objectives of the proposed revision... is to promote consultation with these populations in all activities affecting them, this consultation may appear desirable to governments”.¹⁶²

A pesar de que los representantes indígenas protestaron enérgicamente ante lo que consideraron una consulta insuficiente, fue posible su participación directa ante el Comité que elaboró el texto.¹⁶³ De esta forma, la OIT rectificaba su trayectoria anterior y daba un espaldarazo fundamental a los derechos indígenas. A juicio de la CEACR, la consagración del principio y derecho a la consulta era un “requisito necesario para eliminar el enfoque integracionista” del anterior Convenio 107.¹⁶⁴

El giro fundamental se vería confirmado por avances posteriores, sobre todo en América Latina.¹⁶⁵ La influencia del Convenio no se ha limitado únicamente a servir de modelo para la legislación nacional y de herramienta de interpretación para los tribunales nacionales, sino que también ha servido de guía a los propios pueblos indígenas y a otros actores en la sociedad civil y el sector privado.¹⁶⁶

También influyó en procesos en otras instancias internacionales. En ese momento, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de Naciones Unidas comienzan a dedicar atención a los

¹⁶² THORNBERRY, 2002: 339, haciendo referencia al informe de la OIT, *Revisión Parcial del Convenio N° 107 (1957)*, Informe VI(I), Sesión 75, 1988, p. 2.

¹⁶³ RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2005: 317-319.

¹⁶⁴ CEACR-2010-O-S20-GEN-Sp.doc/v.3, p. 1.

¹⁶⁵ YUPSANIS, 2011:136.

¹⁶⁶ COURTIS, 2009: 56.

asuntos indígenas y encargan un estudio sobre la discriminación que sufren.

3.2. La regulación de la consulta en el Convenio 169

175. El Convenio 169 reconoce el derecho a la consulta y la participación. Además, contiene diferencias conceptuales y jurídicas importantes respecto al Convenio 107 al reconocer la subjetividad colectiva mediante la utilización del término “pueblos” en lugar de “población”. Esta dimensión colectiva está presente en todo el texto, por ejemplo, en el reconocimiento de las tierras comunales indígenas.

176. En relación a la consulta y la participación el artículo 6.1 dispone lo siguiente:

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, 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.”

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.”

El apartado segundo del artículo 6 parece establecer como fin de la consulta la obtención del consentimiento o un acuerdo en relación a la adopción de medidas legislativas o administrativas.¹⁶⁷

Otras disposiciones como el artículo 2 o 15 aluden a la consulta y a la participación en relación a determinadas materias que les afecten directamente. La consulta se vincula también a la cooperación y al desarrollo de programas de formación o de desarrollo en los artículos 5 y 7, así como en los artículos 20, 22, 25, 27, 28 y 33.

177. Además de reconocerse como derecho, la consulta se configura claramente como un deber del Estado. Es el Estado el que tiene que tomar una acción determinada: la de consultar a los pueblos indígenas. Es más, el texto enfatiza más la obligación estatal que el ejercicio activo del derecho y esta perspectiva condicionará muchos debates en torno a la aplicación concreta del Convenio.

178. Por otro lado, se ha argumentado que estamos ante una obligación de proceder o de conducta, más que ante una obligación de lograr un resultado concreto.¹⁶⁸ El resultado en cualquier caso escapará al control del Estado y dependerá del asentimiento del pueblo indígena consultado que podrá decidir participar o no en la consulta y llegar o no a un acuerdo con el Estado. Esto tiene su importancia puesto que posteriormente la Declaración de Naciones Unidas conectará la consulta directamente con el fin: “para” obtener el consentimiento.

179. Puede afirmarse que la esencia del Convenio queda reflejada en dos pilares, la consulta y la libre determinación.¹⁶⁹ El preámbulo del Convenio

¹⁶⁷ Art. 6(2) del Convenio N°169.

¹⁶⁸ Ver análisis sobre esta distinción en relación a los derechos económicos y sociales en EIDE, 1989.

¹⁶⁹ BALUARTE, 2004: 11

reconoce la aspiración de los pueblos indígenas a ejercer el control sobre su forma de vida. El artículo 7 establece lo siguiente:

“los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste 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.”

180. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR), órgano de supervisión del Convenio, ha afirmado que es vital garantizar el derecho de los indígenas a decidir sus propias prioridades de desarrollo mediante una consulta efectiva y genuina. Esto debe producirse a lo largo de todas las fases del proceso de desarrollo y, particularmente, en el momento de la planificación.¹⁷⁰

Aunque carecen de valor vinculante, las decisiones de la CEACR cuentan con autoridad y sirven de referencia a otros mecanismos de derechos humanos.

181. La CEACR ha considerado que las disposiciones sobre consulta son medulares para el funcionamiento del Convenio en su conjunto. De este modo, “la obligación de consultar a los pueblos indígenas surge en un nivel general, en relación con la aplicación de todas las disposiciones del Convenio”.¹⁷¹

Esta opinión se ha mantenido en la resolución de casos concretos. En relación a una petición presentada por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), la Comisión afirmó que “el

¹⁷⁰ OIT 2009a: 672.

¹⁷¹ OIT, 2009b: 61 y 65.

espíritu de la consulta y la participación constituyen la piedra angular del Convenio 169 de la OIT sobre el cual todas las provisiones se basan.”¹⁷²

182. La doctrina ha secundado la interpretación de los expertos de la OIT a la hora de afirmar la centralidad de la consulta para la garantía de otros derechos como la cultura o los territorios indígenas.¹⁷³

El Convenio especifica que la consulta es una garantía y constituye un requisito previo a “emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras” (artículo 15).¹⁷⁴ La Comisión de Expertos ha pedido a los Estados que cumplan con su deber de consultar antes de proceder a cualquier prospección y explotación de recursos, insistiendo en la importancia de adoptar la normativa adecuada para facilitar estos procesos.¹⁷⁵

183. El Convenio 169 regula la forma en la que la consulta ha de llevarse a cabo. En el apartado segundo, el artículo 6 establece que las consultas han de producirse bajo el principio de buena fe, “mediante procedimientos apropiados”, y “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.” Además, los Estados deben consultar a los pueblos “a través de sus instituciones representativas”.

184. Aunque con matices, el artículo 16 dispone que los pueblos indígenas no deberán ser trasladados de las tierras donde habitan a no ser que se obtenga su consentimiento y, cuando esto no es posible, se han de cumplir determinados procedimientos participativos. El artículo 17

¹⁷² OIT GB.277/18/4, GB.282/14/2.

¹⁷³ CLAVERO, 2015: 593-594.

¹⁷⁴ Art. 15(2) del Convenio N°169.

¹⁷⁵ Ver, por ejemplo, CEACR, Observación Individual sobre el Convenio 169, Ecuador, 2010; CEACR, Observación Individual sobre el Convenio 169, Guatemala, 2006, pp. 10, 13, and 15.

contempla los supuestos de enajenación de tierras o transmisión de derechos fuera de la comunidad.

En el caso excepcional de que se reubique a las comunidades, el Convenio contempla la opción de restituir las tierras y otras alternativas cuando esto no es posible. En esos casos, los Estados han de proveer tierras de características similares o una compensación. Queda patente que el Convenio vincula el dominio ancestral a la supervivencia cultural de los pueblos indígenas.

185. La Comisión de Expertos ha examinado muchos casos donde ha debido pronunciarse sobre el valor del consentimiento y la posibilidad de paralizar las medidas propuestas por los gobiernos.¹⁷⁶ En esta cuestión la CEACR considera que la consulta no puede implicar un poder de veto. Más bien al contrario, los expertos de la OIT consideran que la consulta se erige como un mecanismo para evitar el enfrentamiento y el bloqueo entre las partes. Lo deseable es alcanzar un acuerdo pero, en caso de que esto no sea posible, el Estado es quien tiene la potestad para tomar la decisión final.

3.3. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)

186. La Asamblea General de Naciones Unidas aprueba la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas el 13 de septiembre de 2007

¹⁷⁶ Por ejemplo, ver las reclamaciones interpuestas contra Brasil por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal, (GB.295/17):(GB.304/14/7); la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad contra Guatemala (FTCC) (GB.294/17/1):(GB.299/6/1); o la reclamación contra Bolivia presentada la Central Obrera Boliviana (COB) (GB.272/8/1):(GB.274/16/7).

con solo cuatro votos en contra y once abstenciones.¹⁷⁷ El texto final adoptado es el resultado de dos décadas de negociaciones.¹⁷⁸

187. Sin duda, la Declaración constituye un instrumento de derechos humanos sin precedentes en la historia de las Naciones Unidas. Con ella, la comunidad internacional reconoce de forma universal cierta subjetividad internacional de los pueblos indígenas a la par que reconoce derechos humanos colectivos. En clave política, el texto constituye en sí mismo una especie de reparación global por el daño infligido a estos pueblos a lo largo de los siglos y supone nuevas vías para la reconciliación con los Estados.

188. La Declaración está basada en el principio del derecho a la libre determinación y el articulado en su conjunto se estructura en torno al mismo para hacerlo operativo.¹⁷⁹ En lo que se refiere a la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas, la fórmula recogida en el Convenio 169 de la OIT se ve ahora reforzada.

189. En su versión final, la Declaración distingue claramente los derechos de participación de la consulta. El artículo 18 de la Declaración reconoce el derecho a participar en la toma de decisiones en asuntos que afecten a sus derechos a través de los propios representantes, así como a

¹⁷⁷ En total la Declaración se adoptó con el apoyo de 144 Estados, 4 votos en contra (Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda) y 11 abstenciones (Azerbaiyán, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, La Federación Rusa, Samoa y Ucrania).

¹⁷⁸ El borrador de Declaración fue debatido en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas durante 12 años sin lograr el acuerdo de sus miembros. La adopción del texto se convierte en una prioridad con la creación del Consejo de Derechos Humanos que viene a remplazar la Comisión en 2006. La Declaración se aprueba tan solo un año después de que se constituya el Consejo. Ver ANAYA & RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2018: 38-63.

¹⁷⁹ DAVIS, 2008: 458 y 459.

mantener y desarrollar las instituciones propias. Por otra parte, el artículo 19 regula la consulta con el objetivo de lograr un consentimiento:

“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.”

190. El Artículo 32.2 hace hincapié en la necesidad de llevar a cabo consultas de forma previa a aprobar proyectos de explotación de recursos o que impliquen proyectos de desarrollo y utilización de recursos naturales cuando estos afecten a sus tierras o territorios.

191. La Declaración requiere además el consentimiento de los pueblos en supuestos específicos. El artículo 10 prohíbe taxativamente la reubicación de las comunidades si no existe un consentimiento previo de las mismas:

“Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo 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.”

Del mismo modo, el artículo 29.2 exhorta a los Estados a adoptar medidas para garantizar que no se depositan ni desechan materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.

192. El consenso en relación a las disposiciones anteriores no se logró fácilmente. Al igual que ocurrió con la libre determinación, la cuestión de la consulta debió superar numerosos desacuerdos y algunos actores criticaron la ambigüedad de la redacción final. Como consecuencia, se han generado distintas interpretaciones que van desde considerar el

consentimiento como un derecho absoluto en algunos casos, a considerarlo solo preceptivo en los dos casos específicos de reubicación e introducción de materiales peligrosos.

193. La oposición más fuerte vino liderada por los Estados Unidos y Canadá que votaron en contra. Aunque posteriormente ambos países cambiaron su posición, realizaron sendos pronunciamientos interpretativos. Estados Unidos reconoció la relevancia jurídica de la Declaración en relación al consentimiento previo, libre e informado. Sin embargo, consideró que la consulta celebrada de forma genuina con líderes tribales no implicaría necesariamente “un acuerdo con estos líderes, antes de que las acciones consultadas se lleven a cabo.”¹⁸⁰ Canadá observó que “el establecimiento de un poder de veto completo sobre la acción legislativa para un grupo particular sería fundamentalmente incompatible con el sistema parlamentario canadiense”.

Otros gobiernos como Suecia también pusieron de relieve que el derecho a la libre determinación al que se refiere el artículo 19, y el derecho a la consulta y el consentimiento no podrían consistir en un derecho colectivo al veto.¹⁸¹

194. Independientemente de la postura de determinados países, la doctrina coincide en que algunas de sus disposiciones han adquirido la categoría de normas consuetudinarias. Sería el caso del derecho a la libre determinación y el derecho a la propiedad sobre los dominios ancestrales que vienen a integrar el Derecho internacional consuetudinario y los principios generales del Derecho.¹⁸²

¹⁸⁰ Explicación del voto de Robert Hagen, Asesor de los Estados Unidos, sobre la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, ante la Asamblea General de la ONU, USUN Press Release # 204(07).

¹⁸¹ A/61/PV107, p. 24-25.

¹⁸² Ver ANAYA & WIESSNER, 2007.

3.4. La Declaración Americana

195. El 15 de junio de 2016 se adoptó la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, primer y único instrumento dedicado de forma específica a la regulación de los derechos de estos pueblos en el sistema de la Organización de Estados Americanos (OEA).¹⁸³

196. La Declaración reconoce el derecho a la libre determinación en su dimensión interna (artículo 3), y el derecho a la autonomía y al autogobierno (artículo 21). Al igual que la Declaración de Naciones Unidas, el texto americano afirma en el artículo 4 la supremacía del principio de la integridad territorial y la unidad política de los Estados. Una de las novedades de la Declaración Americana es la atención particular a los pueblos indígenas en situación de aislamiento, los pueblos indígenas afectados por conflictos armados y la protección de los sitios sagrados.

197. La consulta queda regulada en relación a un número de cuestiones como la protección del patrimonio cultural y la propiedad intelectual (artículo 28) o el derecho al desarrollo (artículo 29), siempre “encaminada” o “a fin de” obtener el consentimiento libre, previo, e informado de los pueblos indígenas. El Artículo 23 establece que:

“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.”

198. Sin embargo, la Declaración Americana no requiere el consentimiento previo, libre e informado antes de reubicar a los pueblos indígenas o depositar sustancias tóxicas en sus territorios, como sí recoge

¹⁸³ OEA, AG/RES.2888 (XLVI-O/16). Al igual que ocurrió con la Declaración de Naciones Unidas, los debates tuvieron una duración muy prolongada, comenzando en 1989.

de forma explícita la Declaración de Naciones Unidas. Tampoco acoge la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo que concierne al consentimiento para la realización de proyectos de desarrollo e inversión que supongan un gran impacto para las comunidades.

199. Cuando se refiere a los derechos de participación, la Declaración Americana tiene un alcance mucho más limitado que la Declaración de Naciones Unidas. Utiliza fórmulas restrictivas para referirse a la participación 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” (artículo 23.2). El mismo enunciado de este artículo parece limitar el ámbito de aplicación de la consulta cuando se refiere a la “participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas.”¹⁸⁴

200. Por otra parte, el artículo 25.5 dispone que los derechos territoriales de los pueblos indígenas han de cumplir con los ordenamientos jurídicos nacionales, lo cual tiene el potencial de menoscabar el nivel de protección existente en el Derecho Internacional.

201. A la hora de comprender el contexto americano y la evolución de nuevos estándares conviene analizar la posición particular de algunos países de la región.

El gobierno de Colombia señaló que el consentimiento no podía entenderse como un poder de veto y, en este sentido, consideró inaceptable el contenido del artículo 29.4, así como las disposiciones sobre actividades militares (art. 30.5). El caso de Colombia es de especial relevancia en tanto que se ha considerado como un país de referencia en la región.

¹⁸⁴ ERRICO, 2017.

En su objeción, Colombia señala que la Corte Constitucional Colombiana establece que el proceso de consulta debe llevarse a cabo con miras a alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas. Pero ante el desacuerdo se deben presentar “fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad. Hace alusión a la opinión de la Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) según la cual la consulta previa, no implica un derecho a vetar decisiones estatales, sino que es un mecanismo idóneo para que los pueblos indígenas y tribales puedan influenciar en el proceso de toma de decisiones.

En relación al consentimiento y los derechos territoriales Colombia entiende que el enfoque de la Declaración Americana difiere de la normativa nacional y el posible veto en ausencia de un acuerdo podría frenar procesos que son de interés general. La Constitución de Colombia, al igual que la de otros países, consagra que el subsuelo y los recursos naturales no renovables son propiedad del Estado. Por tanto, considera que las disposiciones contenidas en este artículo son contrarias al orden jurídico interno de Colombia, sustentado en el interés nacional.¹⁸⁵

Estados Unidos también realizó objeciones al texto de la Declaración Americana recordando el carácter no vinculante del mismo. Constata que no puede constituir fuente de obligaciones para los Estados Miembros de la OEA y considera que todos los esfuerzos deberían dirigirse a aplicar la Declaración de las Naciones Unidas del 2007.

Sea como fuere, la Declaración Americana recoge normas consolidadas de derecho internacional positivo y consuetudinario. Así pues, debe interpretarse como fuente de obligaciones para los Estados Miembros de la OEA por parte de los órganos encargados de velar por su cumplimiento,

¹⁸⁵ Ver, sin embargo, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana difiere sobre esta cuestión en Parte Segunda.

principalmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte I.D.H.).¹⁸⁶

¹⁸⁶ BANKES, 2009: 457.

CAPÍTULO III: APORTACIONES DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

1. La jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos

1.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

202. La región de Latinoamérica cuenta con un rico marco normativo en materia de derechos humanos. Desde finales de los años 80, se ha producido un incremento notable en el número de ratificaciones de tratados de derechos humanos. Catorce países latinoamericanos han ratificado el Convenio 169 de la OIT y han sido objeto de examen por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenciones y Recomendaciones de la OIT. Todos los países de la región votaron a favor de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas excepto Colombia que se abstuvo en un primer momento y cambió posteriormente su posición.

La gran mayoría de países se han adherido a los instrumentos regionales de derechos humanos como la Carta de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos, o, más recientemente, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Un número mayoritario de países ha aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha impulsado de manera fundamental el desarrollo de estándares en relación a los derechos de los pueblos indígenas y el derecho a la consulta.

203. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) aprobó una resolución en el 2000 sobre “La protección especial para las poblaciones indígenas. Acción para combatir el racismo y la discriminación

racial” donde afirmaba que la protección de los indígenas era un compromiso sagrado de los Estados. En este mismo año, se aprobó el informe sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en las Américas.¹⁸⁷ Anteriormente, se había establecido la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

204. La Comisión Interamericana ha mantenido una posición uniforme en lo relativo al derecho a la consulta¹⁸⁸ a través de visitas in loco y atendiendo a casos particulares.

En el caso de las comunidades cautivas y la situación del pueblo indígena Guaraní en el Chaco de Bolivia, la Comisión emitió recomendaciones para la reconstrucción del territorio del pueblo Guaraní, subrayando la importancia de los principios de consulta y consentimiento para la consecución de este objetivo.¹⁸⁹

1.2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

205. La Corte Interamericana ha desarrollado un cuerpo jurisprudencial muy avanzado con claros estándares en relación a los derechos de los pueblos indígenas. El examen de casos ha permitido analizar aspectos muy variados que incluyen ejecuciones extrajudiciales en Colombia y Guatemala o violaciones de mujeres indígenas en México, pero

¹⁸⁷ OEA/Ser.L/VII.108 Doc. 62.

¹⁸⁸ La manifestación más reciente ha sido un mensaje a través de su cuenta institucional en Twitter mediante el cual la Comisión se congratula de la decisión de la Corte Constitucional de Colombia y afirma sin ambages el carácter de la consulta: “La @CIDH saluda decisión de Corte Constitucional de Colombia que declara que la consulta previa es un derecho fundamental e irrenunciable cuyo objetivo es obtener el consentimiento de pueblos indígenas sobre las medidas que los afecten, en línea con estándares interamericanos” (20 de noviembre de 2018).

¹⁸⁹ OEA/Ser.L/V/II. Doc. 58.

la mayoría de los asuntos han estado relaciones con los derechos territoriales y la consulta.

206. El examen de todos estos casos se ha hecho bajo el prisma de una interpretación evolutiva del artículo 21 de la Convención Americana sobre el derecho a la propiedad, en concordancia con los artículos 1 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio 169 y las Declaraciones de Naciones Unidas y Americana (anteriormente borradores).¹⁹⁰

207. Para empezar, la Corte tuvo que constatar que los miembros de los pueblos indígenas merecen una protección especial como sujetos colectivos de derechos y no solo como miembros individuales de las comunidades.¹⁹¹

En el caso emblemático del Pueblo Sarayaku, la Corte recuerda que “los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva.”¹⁹²

208. En relación a la consulta en concreto, la Corte ha afirmado que supone una manifestación directa de la obligación general de los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El artículo 1.1. del texto convencional dispone el respeto de los derechos sin ningún tipo de discriminación y el artículo 2 establece la obligación de los Estados de adaptar sus ordenamientos jurídicos internos a la Convención.¹⁹³

¹⁹⁰ Asimismo, la Corte se ha apoyado en otros tratados, como los tratados de la OIT, como fuente de interpretación para desarrollar su jurisprudencia, BALUARTE, 2004: 12.

¹⁹¹ PAGE, 2004.

¹⁹² *Caso Sarayaku*, párr. 231

¹⁹³ OEA, Convención Americana de Derechos Humanos, 22 noviembre 1969.

209. Cabe señalar, además, que, en la mayoría de los casos presentados ante la Corte, los peticionarios no alegaron la violación del derecho a la consulta *per se* (el caso Sarayaku sería una excepción), sino que denunciaron el incumplimiento de otros derechos como los derechos territoriales y la libre determinación derivados de la ejecución de proyectos de desarrollo.

1.2.1. La consulta y los derechos de participación.

210. El derecho a la consulta se ha conectado normalmente con la obligación estatal de garantizar la participación efectiva en los planes de desarrollo, prospección y explotación de recursos. La jurisprudencia de la Corte ha afirmado que la participación efectiva de los pueblos indígenas en el desarrollo de los planes de inversión se deriva de un deber de realizar procesos de consulta diferenciados de acuerdo con sus tradiciones.¹⁹⁴

211. El deber estatal implica 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”.¹⁹⁵ Los Estados deben incorporar estos estándares en los procesos de consulta previa, para generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas.¹⁹⁶

212. Tan solo unos meses después de la adopción de la Declaración de Naciones Unidas en el 2007, la Corte tiene la ocasión de profundizar sobre el alcance del derecho a la consulta al examinar el caso del Pueblo Saramaka.¹⁹⁷ El gobierno de Surinam había otorgado licencias a empresas

¹⁹⁴ Ver *Casos Saramaka*, párr. 130, y *Sarayaku*, párr. 165, 177 y 201.

¹⁹⁵ *Caso Sarayaku*, párr. 166.

¹⁹⁶ *Caso Dann*.

¹⁹⁷ Para construir su argumentación, la Corte IDH no duda en referirse a instrumentos de carácter internacional como el Convenio 169 de la OIT a pesar de no haber sido ratificado por Surinam, y a la Declaración de Naciones Unidas (artículo 32). Como

para operar dentro del territorio de los Saramaka sin consultarlos. La Corte afirma que el Estado ha de garantizar una participación de los integrantes del pueblo Saramaka que ha de ser efectiva y procede a detallar la forma en la que la participación debe llevarse a cabo a través de un proceso de consultas con garantías y de forma culturalmente adecuada.

213. En la sentencia de la Corte sobre los pueblos Kaliña y Lokono de Surinam (2015), la Corte vuelve a subrayar el vínculo entre la consulta y el derecho a participar en los asuntos públicos dentro de los derechos políticos del artículo 23 de la Convención.¹⁹⁸ En efecto, la Corte incide en la importancia de los derechos de participación incluso cuando las partes no habían alegado tal disposición de acuerdo con el principio *iura novit curia*. La Comisión Interamericana había alegado la falta de consulta en relación a la violación del artículo 21 sobre el derecho a la propiedad únicamente.¹⁹⁹

La Corte concluye que el Estado de Surinam no garantizó la participación efectiva de los pueblos afectados a través de un proceso de consulta. Asimismo, la Corte indica la importancia de realizar un estudio de impacto ambiental y social y que se compartan los beneficios del

fuentes suplementarias, la Corte cita las Observaciones Finales del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial a Ecuador y un informe del primer Relator Especial, Stavenhagen, sobre proyectos de desarrollo a gran escala. Ver ERRICO, 2018.

¹⁹⁸ *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 309. (En adelante, *Caso Kaliña y Kolono*)

¹⁹⁹ Véase voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez en el que opina que existe una confusión entre los derechos. En este caso es patente la confusión entre “participar en la dirección de los asuntos públicos” y los artículos 18 y 32 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, relativos a la participación en las cuestiones que afecten a sus derechos y al deber de los Estados de “celebrar consultas [...] antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras”. Según el magistrado no se fundamenta por qué “la dirección de los asuntos públicos” es equivalente a la participación en decisiones relativas a la propiedad privada de carácter colectivo; tampoco por qué lo relativo a la propiedad privada sería un “asunto de interés público”. *Ibíd.*, Voto Particular, *Caso Kaliña y Kolomo*.

proyecto minero. Surinam no ha adoptado mecanismos a fin de garantizar las salvaguardias anteriores y es condenado por haber violado los artículos 21 y 23 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

1.2.2. La consulta, el derecho a la propiedad y los derechos territoriales

214. La Corte ha conectado la consulta con el artículo 21 de la Convención Americana que protege la propiedad privada. Según la interpretación de la Corte, la consulta constituye un deber de los Estados y es esencial para garantizar otros derechos de los pueblos indígenas como el derecho a la propiedad indígena, los derechos territoriales, el derecho a los recursos naturales y el derecho a la identidad cultural.²⁰⁰

215. En el caso de la comunidad Mayagna Awas Tingni contra Nicaragua la Corte examinó el hecho de que el gobierno nicaragüense había otorgado varias concesiones madereras a empresas extranjeras dentro de territorios tradicionalmente habitados por la comunidad Awas Tingni.²⁰¹ La Corte concluyó que Nicaragua había violado los derechos de la comunidad a la protección judicial y a la propiedad.²⁰²

El caso Awas Tingni fue emblemático al ilustrar la magnitud de los conflictos que se generan en torno a la gestión de los recursos naturales y el reconocimiento constitucional de la soberanía estatal sobre los mismos. Ello genera grandes tensiones con las normas consuetudinarias de los pueblos indígenas que les atribuyen el dominio ancestral sobre los territorios y todos sus recursos.²⁰³

²⁰⁰ OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 273 a 297.

²⁰¹ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 144 [en adelante, *Caso Awas Tingni*].

²⁰² ANAYA & GROSSMAN, 2002.

²⁰³ *Caso Awas Tingni*.

216. En el caso de *Mary and Carrie Dann v. United States* (2002), la Comisión Interamericana examinó la actividad aurífera que se llevaba a cabo con la aquiescencia del gobierno en las tierras del Pueblo Western Shoshone. La CIDH sostuvo que el Estado solo podía realizar actos que supusieran la privación de tierras colectivas con el “pleno consentimiento informado” y que los miembros de la comunidad deberían “como mínimo [estar] plena y cabalmente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y se les brinde una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente”.²⁰⁴

La Comisión incidió en el carácter colectivo de la consulta y concluyó que el gobierno de los Estados Unidos no había protegido el derecho de propiedad y a la tutela judicial efectiva de las dos demandantes.

Posteriormente, la Comisión se apoyó en el caso *Dann* y el precedente de *Awas Tingni* para concluir que el estado había violado los derechos de propiedad de la comunidad Maya del Distrito de Toledo en Belice al no procederse a la delimitación y el reconocimiento de tierras comunales sobre las cuales se otorgaron licencias de explotación a empresas. Además, la Comisión consideró que Belice había violado el derecho de propiedad al no realizar “consultas efectivas y el consentimiento informado del pueblo Maya.”

La Comisión mantuvo que existía un deber por parte del Estado de consultar como componente fundamental de la obligación estatal de cumplir los derechos a la propiedad comunal del pueblo Maya sobre las tierras que han usado y ocupado tradicionalmente.

Esta conclusión encontró eco en la opinión de la Corte Suprema de Belice unos años después. El presidente de la Corte expuso que la Constitución de Belice protege los derechos de propiedad que se amparan

²⁰⁴CIDH, Informe de Fondo No. 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, 27 de diciembre de 2002, párr. 140. [En adelante, *caso Dann*].

bajo los títulos consuetudinarios sobre las tierras ancestrales de las comunidades Maya: “*Maya customary land tenure constitute under the Constitution “property” and should be so readily cognizable.*”²⁰⁵

217. En el caso Saramaka, la Corte afirma que el Estado no había provisto mecanismos suficientes para identificar y proteger las prioridades del pueblo Saramaka identificando la consulta como inherente al derecho de propiedad comunal.²⁰⁶

Más recientemente, en el caso Norín (2014), la Corte vuelve a recordar su jurisprudencia anterior al considerar la consulta como una garantía fundamental del derecho a la propiedad comunal (y a la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones que les afecten).²⁰⁷

218. En el *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras*²⁰⁸ la Corte señala que el derecho a la propiedad colectiva no es absoluto y que, cuando los Estados imponen restricciones a su ejercicio, éstas deben respetar ciertas pautas, las cuales deben ser establecidas por ley, ser necesarias, proporcionales y con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.

La Corte recuerda que el primer párrafo del artículo 21 de la Convención señala como atributos de la propiedad el uso y goce del bien e incluye una limitación a dichos atributos de la propiedad en razón del interés social. El segundo inciso refiere a la expropiación de bienes y los requisitos para que tal actuar del Estado pueda considerarse justificado.

²⁰⁵ Conteh CJ, Corte Suprema de Belice, (18 de octubre de 2007).

²⁰⁶ *Caso Saramaka*, párr 92-93, 129-134.

²⁰⁷ *Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014 [en adelante, *Caso Norín*].

²⁰⁸ *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015.

En relación a la reparación por expropiación, la Corte ha mantenido que la ubicación a tierras alternativas, así como los medios de compensación no pueden dejarse meramente al arbitrio de los Estados, sino que debe obtenerse un consenso con los pueblos afectados “de acuerdo con sus propios mecanismos de consulta...”²⁰⁹

1.2.3. El alcance de la consulta y el derecho a la supervivencia

219. En el caso Saramaka, la Corte trata de encontrar un equilibrio entre los derechos de los pueblos indígenas y los intereses generales de Surinam como Estado. Se trataba de dilucidar el alcance de la obligación del Estado en casos de proyectos de inversión a gran escala.²¹⁰ La construcción argumental de la Corte en Saramaka intenta reconciliar las dos visiones enfrentadas sobre el consentimiento: la de los Estados más restringida y la de los pueblos indígenas según la cual el consentimiento había de considerarse como un derecho en sí mismo además de requisito de la consulta.

220. En primer lugar, la Corte mantiene que los derechos de propiedad que ampara la Convención Americana no son absolutos, sino que pueden existir limitaciones en función de los intereses de la sociedad en su conjunto. El ejercicio de la propiedad puede restringirse en ciertos casos: cuando así lo establece la ley, cuando es necesario, proporcionado y cuando tiene como fin alcanzar un objetivo legítimo en una sociedad democrática.” O sea que las posibles limitaciones al derecho están a su vez sujetas a determinadas limitaciones.

Lo que interesa del dictamen de la Corte es la observación de que las restricciones al derecho a la propiedad en ningún caso pueden poner en peligro la supervivencia de los pueblos indígenas. En uno de los apartados

²⁰⁹ Caso Yakye Axa, párr. 149.

²¹⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2011.

más clarividentes de la sentencia, la Corte establece que el Estado tiene la obligación de recibir el consentimiento previo, libre e informado antes de realizar ninguna acción que ponga en peligro la supervivencia del pueblo.

En el Caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz (2015), la Corte no se refiere al consentimiento, pero aclara que una limitación al derecho de propiedad indígena o tribal no puede implicar una denegación de su subsistencia como pueblo. Así pues, se exige al Estado que verifique que dichas restricciones no implican tal denegación.²¹¹

221. Se presupone entonces que cualquier proyecto a gran escala requerirá no solo una consulta sino el consentimiento final de los pueblos afectados.²¹² La Corte considera necesario examinar si los proyectos tienen *una entidad suficiente para impactar la supervivencia de los pueblos*. El consentimiento será necesario cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka.²¹³

222. La doctrina se hace patente en las decisiones de la Comisión Interamericana. El 20 de mayo de 2010, la Comisión aprobó medidas cautelares a favor de dieciocho comunidades indígenas Mayas en Guatemala. Las comunidades denunciaban que las actividades mineras que se llevaban a cabo en sus territorios estaban provocando unos efectos perniciosos en la salud de la población, en el ecosistema y la estructura sociocultural, por lo que la supervivencia física y cultural de estos pueblos estaba también en peligro.

La CIDH argumentó que las medidas cautelares estaban destinadas a garantizar la vida e integridad de las comunidades indígenas. En su

²¹¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015.

²¹² Caso Saramaka, párr. 134.

²¹³ *Ibidem.*, párr. 134-137.

resolución exhortaba al gobierno a suspender los trabajos de la mina, descontaminar las fuentes de agua y atender los problemas de salud con la participación de los beneficiarios.²¹⁴

223. En el caso reciente de *los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá* (2014) resuelto por la Corte, la Comisión solicitó que se ordenara al Estado la adopción de las medidas necesarias para proteger el territorio de los dos pueblos indígenas con el objeto de garantizar su “supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión”. La Comisión considera que es necesario, entre estas medidas, garantizar que se obtiene el “consentimiento libre, previo e informado de los pueblos, sobre los planes, programas y proyectos que se pretendan desarrollar en sus territorios”.²¹⁵

Al examinar el caso Kuna, la Corte recuerda su jurisprudencia anterior (*casos Sarayaku y Yakye Axa*) para subrayar “la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia.” El vínculo con el territorio y los recursos naturales son fundamentales para “su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión.”²¹⁶ Sin embargo, la Corte considera que la orden al Estado de delimitar las tierras y otras

²¹⁴ Medida cautelar mc-260-07. Las organizaciones indígenas de Guatemala consideraron entonces que la decisión de la Comisión supondría un giro en la política del gobierno a favor de la consulta y su valor vinculante. Sin embargo, el gobierno, no sólo no cambió su política, sino que tampoco acató la orden de suspensión cautelar de las operaciones mineras.

²¹⁵ *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. [en adelante, Caso Kuna].

²¹⁶ Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C. 125, párr. 124, 135 y 137 [en adelante, Caso Yakye Axa]; y Caso Sarayaku, párr. 146.

medidas de reparación son suficientes y no hace referencia al consentimiento.

224. En otro caso de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra contra Honduras (2015), la Corte establece que el Estado debe garantizar la consulta en relación a proyectos que puedan afectar el territorio “u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo”. A la hora de valorar la entidad del impacto de todo plan de desarrollo en territorios tradicionales, la Corte considera que el Estado debe llevar a cabo un estudio previo de impacto ambiental y social.²¹⁷

225. Como la propia Corte afirma en el caso Sarayaku,²¹⁸ la importancia de su jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la consulta tendrá repercusiones en los países de la región y servirá de guía a otros órganos internacionales.

2. Evolución jurisprudencial sobre la consulta en otras regiones.

2.1. *Desarrollo jurisprudencial en Norte América*

226. Tanto en Canadá como en Estados Unidos se pueden observar avances muy notables en relación a la consulta que se han producido en paralelo a la formación de los estándares de derechos humanos regionales e internacionales.²¹⁹ En varias ocasiones, la jurisprudencia constitucional norteamericana ha servido de referencia a los órganos jurisdiccionales internacionales y a los tribunales nacionales de otros países.

²¹⁷ *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015.

²¹⁸ *Ibíd.*, 164

²¹⁹ En el caso de Canadá, los derechos de participación no parecen emanar de las obligaciones internacionales de derechos humanos sino de los poderes soberanos de la Corona. Ver BANKES, 2009, citado en TARA WARD, 2011.

227. La evolución en el reconocimiento de derechos indígenas en Estados Unidos y Canadá tiene características particulares que tienen como base los tratados firmados con las tribus y las Primeras Naciones. Esta fundamentación ha permitido desarrollar una legislación avanzada sobre la cuestión de la consulta y el consentimiento.

Sin embargo, las tribus indias americanas han presentado recursos ante lo que han considerado consultas federales insuficientes. En relación a la Tribu Quechan, una Corte del Distrito afirmó en el 2010 que las consultas putativas en relación a una planta solar en California no reunían los requisitos legales. La queja se basó en que la decisión de aprobar el proyecto había sido tomada previamente a la evaluación de los recursos históricos y culturales.²²⁰

Otro caso relevante que puede citarse es la decisión del Circuito Diez de 1995 que mantuvo que el Servicio Forestal violó la ley por no consultar adecuadamente al Pueblo Sandia y tratar de identificar recursos históricos bajo el principio de buena fe. El fallo argumentó que las autoridades forestales ignoraron conscientemente información relevante que la tribu podía haber facilitado y ocultó información importante.²²¹

En 1979 la Corte de Apelaciones del Octavo Circuito determinó que la falta de consulta previa no puede ser subsanada por una reunión posterior a la toma de decisión²²². En el caso *Hoopa Valley Tribe Vs. Christie* (1986), la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito sostuvo que la consulta

²²⁰ *Quechan Tribe of the Fort Yuma Reservation v. U.S. Dep't of the Interior*, 755 F.Supp.2d 1104 (S.D. Cal. 2010).

²²¹ *Pueblo of Sandia v. United States*, 50 F.3d 856, 861-63 (10th Cir. 1995).

²²² *Ogiaia Sioux Tribe of Indians Vs. Andrus*, 603 F.2d 707 (1979).

requiere una discusión previa con los líderes de la comunidad o con autoridades que representen de forma inequívoca a la tribu.²²³

228. En Canadá, se advierte un desarrollo judicial considerable desde los primeros casos presentados por el pueblo Lubicon Cree a principios de los años 80. La Corte Suprema ha resuelto tres casos -*Haida Nation v. British Columbia*, *Taku River First Nation v. British Columbia*, y *Mikisew Cree First Nations v. Canada*- en los cuales dictamina que el deber de consultar emerge cuando hay conocimiento de la existencia *potencial* de un título o derecho aborígen.²²⁴

La obligación de consultar nacería toda vez que el Estado se proponga establecer restricciones a la propiedad indígena.²²⁵ La naturaleza y el alcance del deber podrá variar según las circunstancias, pero debe cumplirse de buena fe y con el propósito de tener en cuenta los intereses de la población indígena.

En relación a los derechos territoriales, la Corte ha afirmado que “[e]l honor de la Corona requiere que estos derechos sean determinados, reconocidos y respetados. Esto último requiere que la Corona actúe de forma honorable y participe en procesos de negociación. Durante ese proceso, el honor de la Corona puede requerir una consulta, y cuando se indique, considerar los intereses de la población indígena”.²²⁶

229. La obligación de la consulta implicaría la voluntad real por parte de las autoridades de escuchar y estar dispuestos a cambiar la propuesta original.

²²³ Hoopa Valley Tribe Vs. Christie, 812 F.2d 1097 (1986). Véase, también, Confederated Tribes and Bands of the Yakama Nation Vs. U.S. Department of Agriculture, 2010 WL 3434091.

²²⁴ POPOWICH, 2006: 851.

²²⁵ Haida Vs. British Columbia (Minister of Forests) [2004] 3 S.C.R. 511, párr. 35.

²²⁶ *Ibíd.*, párr. 25.

230. Además, la Corte Suprema de Canadá determinó que la obligación de consultar previamente era un deber del Estado cuyo nivel de exigibilidad era proporcional a la gravedad de la afectación del derecho del cual se trate.²²⁷

231. Posteriormente, el alto tribunal ha determinado que no se requiere que la propuesta de intervención estatal tenga un impacto inmediato sobre los territorios o recursos de las comunidades indígenas para que nazca la obligación de consultar. Es suficiente con que la actividad pueda tener, de forma potencial, un impacto negativo sobre los derechos territoriales de la Comunidad indígena.²²⁸

Sin embargo, en relación a las medidas legislativas en general la Corte Suprema ha dictaminado que no existe un deber de consultar:

“The Crown has to act honourably toward Canada’s Indigenous peoples, but this does not mean Parliament has to consult them when making laws”²²⁹

2.2. La jurisprudencia del sistema africano de derechos humanos.

232. Aunque gran parte del desarrollo jurisprudencial en torno al derecho a la consulta y el consentimiento se ha producido en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, se han experimentado avances en el sistema africano.

En el caso ya emblemático del Pueblo Endorois, la Comisión Africana de Derechos Humanos analizó en profundidad la cuestión de la consulta.

²²⁷ *Ibíd.*, párr. 39 y 68.

²²⁸ Rio Tinto Alcan Inc. Vs. Carrier Sekani Tribal Council [2010] 2 S.C.R 650, párrs. 31 y ss.

²²⁹ 2018 SCC 40.

Los Endorois denunciaron a Kenia por su traslado forzoso de las tierras sobre las que ostentaban un dominio ancestral —alrededor del lago Bogoria—. El fin de la reubicación era la creación de una reserva, pero esta se produjo sin realizar una consulta adecuada y sin establecer una compensación efectiva. Los demandantes alegaron que las supuestas consultas se habían producido de forma irregular ya que el gobierno no se había reunido con el órgano indígena representativo, el Endorois Welfare Committee.

Para resolver el caso, la Comisión Africana se apoyó en la jurisprudencia de la Corte I.D.H. en relación a las sentencias referentes a la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay y del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Estos casos presentan similitudes con el caso Endorois ya que los pueblos Yakye Axa y Saramaka fueron desplazados a tierras semiáridas lo que les impidió continuar con sus actividades pastoriles y medios de vida.

La Comisión consideró que se había probado la violación del artículo 22 de la Carta Africana en relación a los derechos de propiedad de los indígenas sobre las tierras y el derecho a disponer de los recursos naturales para su subsistencia “en consulta con el Estado”. Lo determinante es que el gobierno de Kenia no aseguró una efectiva participación de los Endorois ni creó las condiciones para efectuar una consulta apropiada.²³⁰

Pero la Comisión fue más allá y afirmó que, además de la obligación de consultar, el Estado tiene el deber de obtener el consentimiento de estos pueblos antes de efectuar cualquier proyecto de desarrollo o inversión que pueda tener un impacto significativo en el territorio de los Endorois: “[...] el Estado tiene el deber no solo de consultar a la comunidad, sino también

²³⁰ Caso Centre for Minority Development (Kenia) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) v. Kenia, Comunicación No. 276/03, 25 de noviembre de 2009. Párrs. 281, 282 y 283. [En adelante, Caso Endorois].

de obtener el consentimiento libre, previo e informado, de acuerdo a sus costumbres y tradiciones.”²³¹

Sin embargo, la Comisión Africana se refiere al deber de *solicitar* el consentimiento, no de obtenerlo (párrafo 226):²³²

“226. In terms of consultation, the threshold is especially stringent in favour of indigenous peoples, as it also requires that consent be accorded. Failure to observe the obligations to consult and to seek consent – or to compensate ultimately results in a violation of the right to property.”

El alcance del artículo 14 de la Carta Africana que establece los derechos de propiedad pueden ser limitados, según la Comisión, en función del interés público. Pero el test del interés público resultaría más exigente en el caso de la propiedad indígena porque ésta condiciona los medios de vida, la supervivencia y la libre determinación. Cualquier limitación debe ser, por lo demás, proporcionada e impuesta por ley.

233. Anteriormente, la Comisión se había pronunciado sobre el tema de la consulta de forma indirecta al examinar el caso presentado por el Pueblo Ogoni del Delta de Nigeria en el año 2001.²³³ La Comisión dictaminó entonces que los artículos 16 (derecho a la salud) y 24 (derecho a un medio ambiente sano) de la Carta Africana de Derechos Humanos²³⁴ obligaban a

²³¹ *Ibíd.*, párr. 291.

²³² *Ibíd.*, párr. 226.

²³³ A pesar de no tratar el tema de la consulta de forma específica, los informes de la Comisión contiene algunas referencias y cuestiones conexas. Por ejemplo, se alude a la desposesión de territorios como uno de los principales problemas que afectan a las comunidades indígenas, los pastores y los cazadores-recolectores. En el 2016, la Comisión vuelve a expresar preocupación por las evicciones forzosas a pueblos indígenas de sus territorios ancestrales y exhorta a los Estados a que adopten medidas para que estos puedan controlar y gestionar sus territorios en los bosques y en las áreas protegidas. ACHPR/Res. 334 (EXT.OS/XIX) 2016.

²³⁴ Artículos 16 y 24 de la Carta Africana.

los Estados a llevar a cabo evaluaciones de impacto social y medioambiental adecuados y publicar sus resultados para habilitar la participación genuina de los pueblos afectados en la toma de decisiones.²³⁵

2.3. *El enfoque jurisprudencial en el ámbito europeo.*

234. Hasta el momento la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derechos indígenas ha sido bastante limitada y contrasta ostensiblemente con la jurisprudencia desarrollada en los otros sistemas regionales de protección.

Prácticamente todos los casos presentados hasta la fecha por los pueblos indígenas europeos se han visto rechazados en base a cuestiones procedimentales o de admisibilidad y, por tanto, hay escasa jurisprudencia en esta materia.²³⁶ Por otra parte, el Tribunal Europeo ha sido reticente a la hora de interpretar de forma expansiva los estándares internacionales existentes en materia de derechos de propiedad y, en general, en lo relativo a una aproximación desde la óptica de los derechos indígenas.

Aunque inicialmente se pensó que la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas podría suponer un impulso, la resolución de los últimos casos resueltos por el Tribunal no muestra ningún cambio de tendencia.

235. En general, el Tribunal Europeo ha eludido referirse a la importancia de la consulta con los pueblos indígenas. Pero el problema principal radicaría en la interpretación restrictiva que realiza el Tribunal del artículo primero del Protocolo 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos que regula el derecho a la propiedad en términos muy similares al literal del artículo 21 de la Convención Americana. Sin embargo, a

²³⁵ The Soc. and Econ. Rights Action Ctr. and the Ctr. for Econ. and Social Rights v. Nigeria, Communication No. 155/96, African Commission on Human and Peoples Rights, ¶ 53 (October 2001).

²³⁶ KOIVUROVA, 2011: 7.

diferencia de la Corte, el Tribunal Europeo no ha considerado la dimensión colectiva de la propiedad de la tierra y la dependencia que puede existir con la supervivencia física y cultural de los pueblos.²³⁷

Un año antes de la adopción de la Declaración de Naciones Unidas, el caso de *Hinqitaq 53 and Others v. Denmark* fue desestimado sin responder a la cuestión de si los Inughuit tenían el derecho de retornar a sus tierras ancestrales (Uummannaq). El Tribunal no cuestionó la decisión de Dinamarca de mantener una medida de expropiación de las tierras ya que consideró que los terrenos alternativos proporcionados y la compensación eran remedios razonables. Ello, a pesar de que el retorno a las tierras ancestrales era posible.²³⁸

236. En contraste con la Corte Interamericana, el Tribunal Europeo no ha considerado otros instrumentos internacionales de derechos humanos. En concreto, no ha tenido en cuenta los estándares aplicables a la protección del derecho a las tierras ancestrales entre los cuales se encontraría el derecho al retorno “siempre que sea posible” y “en cuanto dejen de existir la causas que motivaron su traslado y reubicación”, de acuerdo con el Convenio 169 (artículo 16.3). Dinamarca es uno de los cuatro países europeos que han ratificado el Convenio 169.

En el caso más reciente de los *Isleños de Chagos contra el Reino Unido* (2012), el Tribunal descartó que se hubiera negado a los afectados un remedio efectivo al trasladarlos de la isla Diego García para construir una base militar de defensa. Sin entrar siquiera en el análisis de los requisitos de una consulta previa, el Tribunal consideró que los procedimientos habían sido “ampliamente conocidos”, teniendo en cuenta, además, que los

²³⁷ GISMONDI, 2007.

²³⁸ Los Inughuit alegaban que las nuevas tierras (Qaanaaq) estaban demasiado lejos de la región donde podían cazar zorros, focas y osos polares, aunque gracias a la existencia de narvales podían subsistir. Ver también informe del Comité Tripartito de la OIT sobre Dinamarca de 2001.

afectados habían estado representados por abogados y que el asunto había sido investigado en el ámbito doméstico. El Tribunal no valoró la importancia de la dimensión colectiva ni que existiera una representación adecuada de la totalidad de los isleños afectados en la toma de decisiones que condujo a la renuncia de sus títulos.

237. El caso *Handölsdalen Sami Village and Others v. Sweden* de 2009 muestra una vez más como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha querido entrar a valorar conceptos jurídicos que implican factores interculturales complejos.

Las comunidades Sami alegaron una intromisión en el respeto a sus bienes (artículo 1 sobre la protección de la propiedad del Protocolo 1), el derecho a un juicio justo y el derecho a remedios efectivos (artículo 6 de la Convención Europea).

La cuestión principal a la que se vio enfrentada el Tribunal fue dilucidar si el uso de la tierra privada para el pastoreo constituía un tipo de posesión reconocido en el Protocolo 1²³⁹. El Tribunal dio la razón a Suecia ya que entendió que los Estados contaban con un alto margen de discreción a la hora de determinar que entendían por “posesión existente”.²⁴⁰ De esta forma, consideraron que el tipo de posesión defendida por los Samis no encajaba en el Protocolo 1 y quedaba desprovista de protección en el marco del Convenio.

238. Se ha argumentado que la razón por la cual la jurisprudencia europea en materia de derechos humanos ha seguido una tendencia tan diferente a la americana, o incluso la africana, se deriva de la falta de concienciación sobre la situación de los Sami y los Inuits en el ámbito

²³⁹ En inglés el artículo primero del Protocolo 1 se refiere a “peaceful enjoyment of possessions.”

²⁴⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Handölsdalen Saami Village and Others* c. Suecia, App. No. 39013/04, Sentencia de 30 de marzo de 2010.

europeo. Ciertamente, su realidad viene marcada por su limitación numérica y a que los territorios donde habitan se encuentran en zonas muy localizadas del continente (Groenlandia y la Escandinava).²⁴¹

Sea como fuere, la interpretación evolutiva en lo concerniente al alcance de la consulta y el requisito del consentimiento en el contexto de las industrias extractivas puede influir también en la jurisprudencia futura del Tribunal Europeo.

²⁴¹ KOVACS, 2015.

CAPÍTULO IV: DEBATES DOCTRINALES SOBRE LA NATURALEZA Y EL ALCANCE DE LA CONSULTA

1. Naturaleza jurídica de la norma y contenido esencial

239. Desde el punto de vista del derecho internacional consuetudinario es necesario precisar, por una parte, la práctica general de los Estados en relación a la consulta, y, por otra, la convicción sobre su carácter jurídico (*opinio iuris*). La Asociación de Derecho Internacional ha afirmado que varias de las disposiciones de la Declaración de Naciones Unidas, inclusive aquellas sobre la consulta, reflejan normas que se han incorporado a la costumbre internacional.²⁴²

240. En el sistema regional interamericano la Corte Interamericana ha afirmado que la consulta es una norma consolidada y plenamente vigente.

En el caso *Sarayaku*, la Corte considera que la obligación de consultar “además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional.” Para llegar a esta conclusión, la Corte observa la práctica de los Estados en la acción del ejecutivo, el legislativo y la justicia. De este análisis se desprenden desarrollos normativos importantes en diversos Estados miembros de la OEA, así como una evolución jurisprudencial de los más altos tribunales de justicia que han incorporado estándares internacionales relativos a la consulta.²⁴³

En el caso reciente de la Comunidad Garífuna Punta Piedra, la Corte volvió a recordar el carácter de la consulta como principio general “que los Estados deben de cumplir, independientemente de que esté regulada

²⁴² Asociación de Derecho Internacional, 2000: 17.

²⁴³ Caso *Sarayaku*, p. 164. La Corte cita los casos de Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Perú o Venezuela.

expresamente en su legislación” y “sin perjuicio de que pueda ser precisada en ley.”²⁴⁴

241. El desarrollo en la región interamericana y la evolución en la doctrina de los órganos de control de Naciones Unidas dan muestra de hasta qué punto ha evolucionado la norma de la consulta. Se puede afirmar, por tanto, que la norma ha cristalizado hasta convertirse en principio del derecho internacional consuetudinario.²⁴⁵

Sin embargo, a pesar de que existe un amplio consenso acerca de la vigencia de la norma, el alcance preciso de la misma continúa generando controversia. La delimitación del contenido puede analizarse desde el punto de vista de los requisitos procedimentales y de los requisitos de fondo.

242. En torno a la cuestión de la forma, existe un acuerdo unánime en considerar que la consulta debe realizarse de buena fe y de este principio derivan los siguientes. Esto es, el proceso de consulta debe dotarse de toda la información precisa, se ha de producir con suficiente antelación y se ha de realizar sin presiones ni amenazas de ningún tipo.

243. Los requisitos de fondo o contenido en relación al resultado de la consulta, en cambio, han sido objeto de distintas interpretaciones. Entendiendo que la obligación de consultar tiene un marcado carácter procesal con unos parámetros claros en cuanto a su realización, ¿se trataría únicamente de una obligación de conducta o se ha obtener un resultado? Se trata de dilucidar si el resultado obtenido o, en otras palabras, la respuesta indígena condiciona la validez de esta y es vinculante para el Estado.

²⁴⁴ *Caso Garifuna Punta Piedra*, p. 222.

²⁴⁵ WARD, 2011: 84

244. Con la adopción de la Declaración la cuestión no ha quedado completamente resuelta. El texto no se refiere de forma expresa al deber de obtener el consentimiento, como sí hace con el deber de los Estados de consultar. En la posterior Declaración Americana el consentimiento parece quedar incluso devaluado y emerge como un principio subsidiario del derecho a la participación.²⁴⁶

2. El alcance jurídico del derecho a la consulta

245. Durante las deliberaciones sobre el texto de ambas Declaraciones la cuestión del consentimiento unido a la consulta fue objeto de intensos debates. Varios Estados se posicionaron claramente en contra de la obligatoriedad del consentimiento, sobre todo en relación a aquellas disposiciones que pudieran afectar la soberanía nacional sobre los recursos naturales. Esta postura es coherente con lo que venido siendo la práctica de los Estados que han esgrimido razones de interés en la regulación de la consulta con carácter no vinculante.

La Comisión de Expertos de la OIT ha optado por subrayar el carácter más participativo -no vinculante- de la consulta: “más allá de los consensos que se puedan lograr, el proceso de consulta es una oportunidad para que los pueblos indígenas puedan expresar sus opiniones e influir en los resultados”.

246. No obstante, es imposible obviar que el contenido esencial del derecho de los pueblos a ser consultados incluye aspectos radicalmente transformadores en el orden jurídico-internacional y constitucional. Baste recordar a CLAVERO en su caracterización: “El derecho internacional de la consulta indígena presenta alcance de orden constitucional y calado de fondo constituyente”²⁴⁷

²⁴⁶CLAVERO, 2016.

²⁴⁷ CLAVERO, 2015: 590.

2.1. La consulta y su carácter vinculante en función de la protección de otros derechos fundamentales

247. La Comisión de Expertos de la OIT ha observado que la decisión final derivada de una consulta no puede menoscabar derechos sustantivos reconocidos por el Convenio 169, tales como los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y a la propiedad. Según la CEACR:

“[l]a importancia de obtener el acuerdo o el consentimiento es mayor mientras más severas sean las posibles consecuencias para los pueblos indígenas involucrados. Si, por ejemplo, hay peligro para la continuación de la existencia de una cultura indígena, la necesidad del consentimiento con las medidas propuestas es más importante que en los casos en los que las decisiones pueden resultar en inconvenientes menores, sin consecuencias severas o duraderas”²⁴⁸.

La Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, se ha pronunciado en términos similares. En sus comentarios a Honduras con motivo del examen de un anteproyecto de ley, la Relatora se refirió al consentimiento como:

“Conforme al artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, las consultas relacionadas con estas medidas legislativas, o de otra índole, deben contar con el consentimiento libre, previo e informado de los indígenas antes de su adopción.”²⁴⁹

La Relatora se hace eco de la línea doctrinal seguida por la OIT en lo referente a la salvaguarda de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas. El consentimiento derivado de una consulta sería exigible respecto a cualquier medida que pudiera tener un impacto significativo “en

²⁴⁸ Manual de la OIT, “Comprender el Convenio 169, p. 17.

²⁴⁹ A/HRC/33/42/Add.2, párr. 84.

las tierras, territorios, recursos naturales, culturas y otros derechos sustantivos de los pueblos indígenas”.

En este sentido, el derecho a la consulta de los pueblos indígenas no se considera un derecho aislado, sino que deriva de otros derechos sustantivos, en particular sus derechos a la libre determinación y los derechos asociados sobre tierras, territorios y recursos naturales.²⁵⁰ Se aboga por contemplar la articulación de los derechos indígenas en su conjunto. El alcance del deber de consulta se ha de determinar en función de la naturaleza de los otros derechos que garantiza, principalmente el derecho a los territorios y los recursos.²⁵¹ La propuesta, por tanto, es realizar una interpretación integral en el marco más amplio de derechos humanos.

248. La jurisprudencia del sistema interamericano ha ligado el carácter vinculante de la consulta mediante el consentimiento al disfrute de otros derechos fundamentales indígenas, como el derecho a la supervivencia, y raras veces lo ha contemplado como un requisito que pueda oponerse de forma general a los poderes estatales.

249. A tenor de lo anterior, el requisito del consentimiento de la consulta constituiría una protección adicional para velar por los derechos de los pueblos indígenas, incluyendo el derecho a la participación en las decisiones que les afectan.

2.2. La consulta vinculante como expresión de la libre determinación

250. El debate sobre el alcance de la consulta y su valor vinculante trata de discernir si la obtención del consenso en forma de consentimiento ha de constituir un requisito esencial. Si fuera así, el amplio alcance de la consulta

²⁵⁰ A/HRC/39/17/Add.3, párr. 70.

²⁵¹ ANAYA, 2005: 7 y 8.

la situaría en el centro del derecho a la libre determinación dando virtualidad al mismo. Los Estados no tendrían solo el deber de consultar sino también el deber de respetar la libre elección de los pueblos indígenas.

251. A partir de esta teoría, el consentimiento conformaría parte integral e indispensable del derecho a la consulta. Una consulta realizada de forma debida incluye la posibilidad de otorgar o denegar un consentimiento y la potestad de paralizar acciones con las que no están de acuerdo y que puedan afectarles.

252. La Declaración de Naciones Unidas articula este poder de decisión mediante el consentimiento en relación al derecho a la libre determinación y no solo como una derivación del derecho a la cultura o a la prohibición de la discriminación.²⁵² El matiz es importante ya que desde este ángulo la consulta, mediante el consentimiento, se configura como una salvaguardia de la libre determinación frente a los Estados.

Bajo esta óptica, la Declaración de 2007 supone un avance considerable respecto a los instrumentos anteriores porque consolida estándares en relación a la consulta que antes eran emergentes y solo se aplicaban a algunos Estados; y porque amplía el alcance vinculante de la misma.

A saber, el Convenio 169, utiliza un lenguaje diferente en relación al consentimiento y considera la finalidad de la consulta el llegar a un acuerdo “o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.” La opción del acuerdo, a diferencia del consentimiento, ofrece mayor flexibilidad. Puede interpretarse como la aprobación parcial o total de una medida cuyos términos han sido negociados o están abiertos al cambio.²⁵³

²⁵² DAVIS, 2008: 440.

²⁵³ OIT, Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Observación Individual: Perú, Adopción: 2009, Publicación: 99, reunión CIT (2010).

253. Existe, por tanto, acuerdo en considerar el consentimiento como una garantía para no hacer de la consulta un trámite meramente formal, demasiado débil y fácil de manipular en detrimento de los pueblos indígenas.²⁵⁴ La práctica reciente de muchos países, incluso países que habían establecido garantías para la protección de los pueblos indígenas, ha generado la preocupación de que se puedan desvirtuar los estándares internacionales en esta materia y que se vacíe el contenido esencial de la consulta convirtiéndose en una mera formalidad.

En este contexto, el consentimiento debe servir de acicate para que los Estados realicen verdaderos esfuerzos en aras de lograr consensos que otorgan mayor legitimidad y significancia sustantiva a los procesos de consulta.

254. Recientemente, las instituciones internacionales especializadas (EMRIP) tienden a virar hacia la línea doctrinal según la cual son los propios pueblos indígenas los que han de establecer cuando se necesita su consentimiento de forma imperativa. Así, el Mecanismo de Expertos incluye una recomendación a este respecto en su estudio temático de 2018:

“Se alienta a los pueblos indígenas a establecer sólidos mecanismos de representación y leyes, costumbres y protocolos sobre el consentimiento libre, previo e informado. Al comienzo de un proceso de consulta, los pueblos indígenas deben llegar a un acuerdo acerca de la forma en que tomarán una decisión colectiva y dejar en claro cómo lo harán, incluido el umbral que indicará la existencia de consentimiento (véase A/HRC/21/55).”²⁵⁵

255. La Relatora Especial recomienda que en el caso de que una decisión se tome sin el asentimiento del pueblo indígena afectado, esta medida sea susceptible de revisión por un órgano judicial u otro tipo de organismo

²⁵⁴ Ver ANTKOWIAK, 2013.

²⁵⁵ EMRIP, 2018, p. 21. (Opinión número 11, párr. 14).

competente. O sea, sobre el Estado recaería probar que la medida cumple con los estándares internacionales respecto a las restricciones permisibles de derechos humanos.²⁵⁶

2.3. La consulta y el consentimiento: normas independientes

256. Se ha producido una fuerte crítica en relación al alcance de la consulta cuando esta no conlleva un poder decisorio real por parte de las comunidades. Al conectar la consulta con otros derechos fundamentales sin que ésta tenga carácter vinculante como regla general, se produce en la práctica una indefensión de estos otros derechos. Sin el consentimiento como requisito, el carácter esencialmente procedimental de la consulta la reduciría a la celebración de reuniones y diálogos.²⁵⁷

257. Una aproximación doctrinal diferente aboga por considerar que la consulta y el consentimiento son dos normas diferenciadas que generan derechos independientes. Desde el punto de vista de los propios pueblos indígenas, la consulta no puede desligarse de un derecho específico a otorgar o denegar el consentimiento.

258. La norma del consentimiento parece ser anterior a la consulta y ha experimentando una evolución paralela.

En 1977 el Subcomité sobre Racismo, Discriminación Racial y Descolonización mantuvo una conferencia sobre discriminación contra la población indígena. La sección social y cultural concluyó que los pueblos

²⁵⁶ Comentarios de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el Anteproyecto de Ley Marco de consulta libre, previa e informada a los pueblos indígenas y afro-hondureños (Honduras) 22 de diciembre de 2016.

²⁵⁷ GÓMEZ RIVERA, 2013: 58. La autora describe el caso concreto de México y las sucesivas reformas constitucionales donde “la consulta es un procedimiento de foros, fundamentalmente, cuya sistematización habría que regular”.

indígenas en las Américas tienen el derecho a participar en los asuntos políticos y emitió una protesta contra la esterilización que afectaba a los pueblos indígenas “en ausencia de su consentimiento libre e informado.”²⁵⁸

La conferencia también se refirió al despojo de tierras indígenas y la explotación de recursos a partir de proyectos de desarrollo ejecutados sin el consentimiento indígena. Sus tierras no deberían ser transferidas ni alteradas sin mediar un consentimiento pleno e informado. Los gobiernos deberían implicarse en procesos de negociación con estos pueblos y no deberían modificarse los acuerdos alcanzados con los pueblos nativos de forma unilateral.

En 2002, un representante indígena introdujo el término “consentimiento previo, libre e informado” durante la séptima sesión del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas.²⁵⁹ Después apareció en el borrador de la Declaración de Naciones Unidas en marzo de 2006.²⁶⁰

259. Los organismos de Naciones Unidas se han referido a la consulta y al consentimiento en la misma medida. El Comentario Número 23 del Comité CERD tuvo carácter precursor en cuanto que recomendó obtener el consentimiento de la población afectada, durante cada etapa del proyecto, antes que se proceda a la extracción de los recursos naturales.²⁶¹

El Comité DESC instó a países como Colombia y Brasil a celebrar consultas con los pueblos indígenas y a:

“recabar el consentimiento de los pueblos indígenas afectados antes de llevar a cabo proyectos de explotación de la madera y de los minerales del

²⁵⁸ International Indian Treaty Council, Primera Conferencia de Ginebra, 1977.

²⁵⁹ E/CN.4/2002/98, párr. 9.

²⁶⁰ E/CN.4/2006/79, párr. 30, 39, 46, 55-56, 61.

²⁶¹ CERD/C/GTM/CO/12-13, párr. 291.

suelo o del subsuelo o de emprender cualquier política oficial que los afecte, de conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT.”²⁶²

260. La Declaración de Naciones Unidas no se refiere de forma expresa al consentimiento como un derecho y tampoco establece que los Estados tengan el deber de obtenerlo. Sin embargo, el texto contempla como único objetivo de la consulta la obtención del consentimiento.

El principio de consentimiento queda recogido en varios artículos en conexión a la necesidad de evitar el desplazamiento de los pueblos indígenas de sus territorios (artículo 10). El artículo 29(2) de la Declaración alude claramente a la necesidad de obtener el consentimiento antes del almacenamiento y la eliminación de materiales peligrosos en los territorios de los pueblos.

261. Una lectura conjunta de la Declaración permite inferir que la consulta con carácter vinculante tiene una aplicación más amplia. En este sentido, CLAVERO considera que el consentimiento deber ser la regla general.²⁶³ Para ello, alude a las disposiciones que regulan la compensación por cualquier afectación de las tierras, el territorio, o los recursos indígenas sin su consentimiento (artículo 29.1).

“Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado”.

²⁶² E/C.12/1/Add.74, párr. 33; E/C.12/1/Add.87, párr. 58. Ver también recomendaciones a Ecuador en el 2004, E/C.12/1/Add.100, párr. 35.

²⁶³ CLAVERO, 2012(b); CLAVERO, 2015: 632.

262. En el ámbito de los derechos humanos, el Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas ha descrito el consentimiento de la siguiente forma:

“[...] una norma de derechos humanos basada en los derechos fundamentales a la libre determinación y a no ser objeto de discriminación racial que garantizan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.”²⁶⁴

En sus conclusiones, el Mecanismo indica que en algunos casos el consentimiento es un requisito y no solo un objetivo a alcanzar en el proceso de consulta. Se recomienda que los Estados establezcan mecanismos “a nivel constitucional o legislativo, para regular las consultas en las situaciones en que el consentimiento libre, previo e informado es necesario o constituye el objetivo.” A estos efectos, se debería apoyar a las instituciones, inclusive las indígenas, que se encarguen de gestionarlos y supervisarlos.²⁶⁵

263. En el ámbito interamericano, la Corte ha distinguido el requisito del consentimiento del derecho a la consulta, considerándolo como una salvaguarda reforzada de derechos esenciales, necesarios para asegurar la existencia de los pueblos indígenas ante proyectos de desarrollo a gran escala.²⁶⁶

²⁶⁴ El informe fue presentado ante Consejo de Derechos Humanos de la ONU en su 39 sesión, A/HRC/39/62, p. 2.

²⁶⁵ *Ibid.*, Anexo, Opinión número 11, párr. 3.

²⁶⁶ OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, párr. 333.

2.4. El carácter vinculante de la consulta en determinados supuestos.

264. A la hora de circunscribir el alcance de la consulta, la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos ha resultado fundamental. La Corte Interamericana ha seguido una línea consistente a la hora de establecer la obligatoriedad del resultado de la consulta solo en determinados supuestos en los cuales la entidad del impacto puede resultar determinante e irreparable.²⁶⁷ No obstante, surge la cuestión de qué estándar sería aplicable en el caso de concesiones para proyectos menores que pueden tener un daño potencial equivalente al de proyectos a gran escala.

265. El anterior Relator ANAYA ha observado que la norma de la consulta vinculante no puede ser absoluta y ha advertido del riesgo de convertir el consentimiento en una especie de derecho de veto a las operaciones extractivas.²⁶⁸

Desde otro punto de vista, DOYLE afirma que la mayoría de los argumentos que se han esgrimido sobre el consentimiento como un poder de veto carecen de un fundamento real. Más bien, se esta caracterización se utiliza para justificar un rechazo oposición frontal de los Estados a ceder soberanía y poder de decisión sobre cuestiones económicas.²⁶⁹

El autor alega que en la práctica el sector extractivo ha ejercido un poder desmesurado de decisión sobre la planificación de desarrollo que ha resultado en el menoscabo del derecho de libre determinación de los pueblos indígenas.

²⁶⁷ *Caso Saramaka*, párr. 137.

²⁶⁸ A/HRC/21/47, párr. 48.

²⁶⁹ DOYLE, 2014: 161.

En una línea similar, el primer Relator de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, STAVENHAGEN ha afirmado que el hecho de que el consentimiento no constituya un derecho de veto no significa que el Estado pueda tener un margen total de discrecionalidad para tomar decisiones que afectan a los pueblos indígenas. Por tanto, la atención no ha de ponerse tanto en la capacidad de estos pueblos de vetar al Estado como en la capacidad de la consulta de limitar los poderes del Estado.

266. Lo cierto es que el Derecho positivo no regula con precisión el carácter vinculante o no de la consulta en relación al principio del consentimiento. Solo existe regulación específica en la Declaración de Naciones Unidas, un instrumento que no es vinculante de forma inmediata o directa para los Estados.²⁷⁰

El articulado del texto de la Declaración de Naciones Unidas establece de forma taxativa cuando es obligatorio obtener el consentimiento para un número de supuestos:

- En el caso de desplazamientos o reubicación de las comunidades indígenas (artículo 10).
- Cuando se introduzcan residuos tóxicos peligrosos en sus territorios (artículo 29).

267. El artículo 10 de la Declaración coincide con el Convenio 169. Ambos instrumentos reconocen que, en determinados casos, se impone la prohibición de las medidas de no mediar el consentimiento previo y expreso de las comunidades.

El artículo 16.1 del Convenio es claro en este punto al afirmar que el traslado y la ubicación deben ser excepcionales y solo se deben producir con el consentimiento libre y con pleno conocimiento de los afectados. Pero

²⁷⁰ WARD, 2011: 83-84

incluso en este caso, el Convenio contempla la posibilidad de que no se obtenga el consentimiento necesario y aun así se lleve a cabo el traslado (artículo 16.2):

“Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo 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.”

268. De forma más genérica y menos taxativa la Declaración incluye otras dos disposiciones sobre el consentimiento. El artículo 32 se refiere al consentimiento 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. De forma aún más amplia, el artículo 19 dispone que los Estados han de llevar a cabo consultas con el objetivo de alcanzar un consentimiento antes de adoptar medidas legislativas y administrativas que les afecten.

269. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el consentimiento resulta obligatorio en la medida en que las medidas propuestas y/o objeto de consulta conlleven un peligro o daño potencial similar al que se identifica de forma particular en las dos disposiciones antes citadas (artículos 10 y 29). Habrá que atender entonces a la valoración del impacto potencial en cada caso y la regulación de estas disposiciones en el ámbito nacional.

270. En esta línea, el Relator ANAYA ha reiterado que en aquellas situaciones en que “una actividad o proyecto de inversión tenga impactos substanciales que pondrían en peligro el bienestar físico o cultural de una comunidad indígena, el Estado no debería autorizar continuar con la actividad sin el consentimiento de la comunidad afectada”.²⁷¹ La

²⁷¹ A/HRC/12/34/Add.6, párr. 39.

importancia del consentimiento vendrá determinado así por las circunstancias de cada caso y si se pone en peligro el bienestar físico o cultural básico de la comunidad.²⁷²

271. A tenor de lo anterior, la doctrina ha identificado casos en los cuales el consentimiento sí constituye un requisito esencial y forma parte del contenido esencial de la consulta:

(a) La reubicación de la población indígena y desplazamiento de sus tierras tradicionales;

(b) El almacenamiento o utilización de materiales tóxicos en sus tierras;

(c) Planes de desarrollo e inversión a gran escala que puedan tener gran impacto en los territorios indígenas;

Y una cuarta categoría:

(d) Proyectos de extracción de recursos naturales que tengan un impacto significativo de carácter social, cultural y medioambiental.

3. Límites del derecho a la consulta

3.1. Límites exógenos: Derechos de los Estados y otras objeciones

272. Los extensos debates durante la elaboración tanto del Convenio 169 como de la Declaración de Naciones Unidas y la Declaración Americana han permitido documentar en detalle las distintas posiciones de los Estados en relación al alcance jurídico de la consulta.

3.1.1. La soberanía estatal

273. El principio de la soberanía como contrapeso a las normas relativas a la consulta y el consentimiento apareció de forma constante en la

²⁷² A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 47.

negociación del texto del Convenio 169, la Declaración de Naciones Unidas²⁷³ y la Declaración Americana.

274. En principio, desde el momento en que se descarta una “soberanía indígena” y los Estados no reconocen a los pueblos indígenas la entidad de sujetos de Derecho Internacional en el mismo plano, la soberanía de los Estados solo debería de oponerse en las relaciones puramente interestatales, pero no hacia el interior de los Estados.

En 1906, se resuelve en Estados Unidos el caso *Cariño vs. Insular Government*. Se trata de una decisión del Tribunal Supremo que revierte una sentencia de la Corte Suprema de Filipinas. El caso contempla una reclamación sobre la propiedad de un indígena Ibaloi. En su exposición, el Magistrado Holmes mantiene que, aunque es cierto que España aplicaba una teoría universal según la cual la soberanía es absoluta y se puede anteponer ante otras naciones como un poder absoluto, no se puede concluir que este poder sea igualmente absoluto frente a los habitantes de Filipinas.²⁷⁴

275. Aunque la posibilidad de una dimensión externa de la libre determinación de los pueblos indígenas y, por ende, el ejercicio de un poder soberano vis-a-vis otros Estados no está descartada, sigue presentándose de forma excepcional. La dimensión externa, sin embargo, puede tener una proyección clara en el caso de pueblos indígenas que viven en espacios transfronterizos y cuyos intereses se ven afectados por las decisiones de uno o varios Estados colindantes. Curiosamente, en estos supuestos, el consentimiento de los pueblos indígenas puede servir como refuerzo para hacer valer la soberanía de ambos Estados.

276. La soberanía estatal puede entenderse como el poder y el dominio que se ejerce sobre un territorio determinado. Desde este punto de vista, el

²⁷³ E/CN.4/1997/102.

²⁷⁴ *Cariño vs. Insular Government*, 212 U.S. 449 (1909).

poder soberano no solo cobra vigencia frente a otros Estados, sino que resulta relevante frente a los grupos de ciudadanos que viven en el Estado.

277. El principio de soberanía desde este punto de vista ha sido objeto de debate en Australia con motivo del proceso de reforma constitucional para dar cabida a los derechos de la población aborigen y Torres Isleños. Los colonos británicos nunca reconocieron los derechos territoriales de los aborígenes y aplicaron la ficción legal de “terra nullius”. Al aprobarse la Constitución de 1901 y conformarse el sistema federal, esta doctrina se dio por válida²⁷⁵ y se vería confirmada por el Tribunal Constitucional. El grupo de expertos formado en el 2005 valoró que la doctrina según la cual la soberanía pasaba a los británicos suponía en realidad la aceptación de que los asentamientos de Australia habían tenido como sustento el uso de la fuerza y el despojo de las tierras sin mediar consentimiento alguno. Tal traspaso de poder y dominio sobre el territorio por la fuerza no contaría con base legal alguna.²⁷⁶

278. Por otra parte, los pueblos indígenas pueden ejercer poderes soberanos junto a las autoridades estatales o co-soberanía de facto. En un número de jurisdicciones, ambas estructuras soberanas, la estructura estatal y la indígena, han podido coexistir. En estos supuestos el reconocimiento del consentimiento y su obligatoriedad no han mermado la soberanía estatal. Antiguamente los pueblos indígenas ostentaban dominio y soberanía sobre sus territorios lo que les confirió un derecho sobre los mismos. Estos títulos sobre el territorio se reconocen en distintos sistemas legales nacionales y en las leyes tradicionales indígenas. Sin embargo, la mera autonomía de los pueblos indígenas no puede equipararse a soberanía.

279. La soberanía de los Estados cobra relevancia en relación a la consulta como norma de derechos humanos. Los Estados han alegado

²⁷⁵ DODSON, 2007, pp. 146–7.

²⁷⁶ Informe Final del Comité Conjunto sobre el Reconocimiento Constitucional de los Aborígenes y los Pueblos Isleños, junio de 2015, p. 72.

razones de soberanía para limitar otras normas emergentes de derechos humanos en el Derecho internacional.²⁷⁷ Tradicionalmente, se ha considerado que la soberanía estatal y el respeto de los derechos humanos eran dos principios del Derecho Internacional que coexistían en permanente tensión. Sin embargo, una nueva lectura permite vislumbrar dinámicas de refuerzo mutuo. Los derechos humanos, incluyendo los derechos indígenas, legitiman la soberanía estatal y los poderes estatales con el objetivo salvaguardar los mismos.²⁷⁸

280. El Comité de Derechos Humanos de la ONU se ha referido a esta cuestión en particular y ha encontrado que el ejercicio de derechos por parte de los pueblos indígenas bajo el artículo 27 -incluyendo el requisito de consentimiento- “no menoscaba la soberanía y la integridad territorial de un Estado Parte.”²⁷⁹

3.1.2. Los derechos sobre los recursos del subsuelo

281. Mientras que el Derecho no ofrece duda en cuanto al derecho de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales, no se muestra tan categórico en lo que se refiere a la propiedad y al uso de los recursos del suelo y el subsuelo.²⁸⁰

282. De acuerdo con el principio del dominio eminente el Estado se reserva un derecho sobre todos los bienes que integran la riqueza nacional y, en particular, sobre el suelo y el subsuelo. El Estado podría proceder a la expropiación forzosa de aquellos bienes que sean declarados de utilidad pública. En un fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos de 1795, este tipo de dominio se caracteriza como un “poder despótico” que podía

²⁷⁷ALSTON 2005: 36.

²⁷⁸ DOYLE, 2014: 176-177.

²⁷⁹ HRI/GEN/1/Rev.7, 183 (1994). Párrafo 3.2. Argumento repetido en caso Poma Poma contra Perú (2009), p. 56.

²⁸⁰ ERRICO, 2011: 335-341.

utilizarse solo en circunstancias excepcionales y urgentes de primera necesidad, por ejemplo, en tiempos de guerra o hambrunas.²⁸¹

283. Se asume que originariamente los bienes son propiedad del Estado. Pero en el caso de los pueblos indígenas la fuente es diferente ya que la propiedad indígena emana de una posesión ancestral y no de una concesión del Estado. Normalmente se ha producido un trasvase previo de los pueblos indígenas a los Estados que en la mayoría de los casos se ha producido en contra de su voluntad.

284. Tanto el Comité de Derechos Humanos como el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales han mantenido que el artículo primero de los Pactos de derechos humanos se aplica a los pueblos indígenas e incluye la disposición sobre sus recursos:

“2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.”

No obstante, salvo contadas excepciones, los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos no se han pronunciado a favor de los derechos indígenas sobre los recursos del subsuelo.²⁸²

²⁸¹ Corte Suprema de USA, *Vanhorne 's Lessee contra Dorrance*, 2 U.S. 304 (1795) 2 U.S. 304 (F.Cas.) 2 Dall. 304 at 311.

²⁸² Ver únicamente las Observaciones finales realizadas a Guyana, CERD/C/GUY/CO/14, párr. 16; Observaciones finales a Filipinas, CERD/C/PHL/CO/20, párr. 22; y CIDH, Caso Dann, párr. 26.

285. El Convenio 169 se refiere a los derechos sobre el subsuelo, diferenciando los derechos de propiedad de los de uso y participación en la gestión:

“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.”²⁸³

286. El artículo 26 de la Declaración de Naciones Unidas no establece ninguna distinción entre el suelo y el subsuelo cuando consagra el derecho a la libre determinación en relación a la propiedad, el uso, el desarrollo y el control de los recursos.

287. La postura de los Estados quedó clara durante las deliberaciones del texto de la Declaración de Naciones Unidas. El grupo de Estados africanos, por ejemplo, recalcó que las disposiciones constitucionales en estos países regulan que el control estatal de la tierra y los recursos naturales.

288. La práctica de los Estados muestra escasa apertura a condicionar el control de los recursos a ninguna consulta vinculante.

²⁸³Artículo 15 del Convenio de la OIT No. 169.

En Filipinas, la Ley sobre Derechos de Pueblos Indígenas de 1997 (IPRA) es una de las pocas leyes que existen que contempla el dominio ancestral sobre los recursos minerales y el consentimiento. A pesar de ello, la Corte Suprema filipina se mostró dubitativa a confirmar este extremo ante un recurso presentado contra la ley en el 2000. La Constitución filipina dispone en el artículo XII, Sección 2:

“All lands of the public domain, waters, minerals, coal, petroleum, and other mineral oils, all forces of potential energy, fisheries, forests or timber, wildlife, flora and fauna, and other natural resources are owned by the State. With the exception of agricultural lands, all other natural resources shall not be alienated. The exploration, development, and utilization of natural resources shall be under the full control and supervision of the State. The State may directly undertake such activities, or it may enter into co-production, joint venture, or production-sharing agreements with Filipino citizens, or corporations or associations at least sixty per centum of whose capital is owned by such citizens. Such agreements may be for a period not exceeding twenty-five years, renewable for not more than twenty-five years, and under such terms and conditions as may be provided by law. In cases of water rights for irrigation, water supply, fisheries, or industrial uses other than the development of water power, beneficial use may be the measure and limit of the grant.”

Al tiempo que consagra los derechos indígenas a sus tierras ancestrales:

SECTION 5. The State, subject to the provisions of this Constitution and national development policies and programs, shall protect the rights of indigenous cultural communities to their ancestral lands to ensure their economic, social, and cultural well-being.

Según la Corte Suprema, las disposiciones del Indigenous Peoples' Rights Act (IPRA) -Ley sobre Derechos de los Pueblos Indígenas- no contravendrían la Constitución – al considerar que por dominio ancestral

se entiende una propiedad privada que es originaria de los pueblos indígenas y no parte del dominio público.²⁸⁴

289. Desde el punto de vista indígena, se defiende una soberanía permanente sobre los recursos naturales.²⁸⁵ Consideran, además, que la consulta con carácter vinculante les permite salvaguardar tal soberanía además de garantizar medios de subsistencia.²⁸⁶

290. Autores como DOYLE opinan que el reconocimiento del carácter vinculante de la consulta derivado de este principio puede ganar aceptación en un futuro. Esto sería posible si se produce también una evolución en la interpretación del derecho a la propiedad hacia una propiedad y soberanía compartidas. La tesis se justificaría en tanto que los derechos indígenas están recibiendo mayor protección constitucional en el ámbito nacional.²⁸⁷

A una postura similar apuntan los pronunciamientos de la actual Relatora que ha comenzado a referirse a “la consulta y el consentimiento” de forma inseparable. Enfatiza, así, el carácter del consentimiento como parte esencial y substantiva de la figura de la consulta:²⁸⁸

“El Gobierno de Guatemala debería demostrar avances efectivos en la protección y realización de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos y en el reconocimiento de sus autoridades y jurisdicción para comenzar a construir una nueva relación con los pueblos indígenas que permita un diálogo de buena fe sobre el mejor modo de garantizar los derechos a la consulta y el consentimiento. Es además

²⁸⁴ Isagani Cruz et al. v. Secretary of Environment and Natural Resources et al. G.R. No. 135385, December 6, 2000; Indigenous Peoples Rights Act 1997, Republic Act No. 8371 (the Philippines).

²⁸⁵ E/CN.4/Sub.2/2004/30/Add.1.

²⁸⁶ Declaración conjunta del Caucus global de pueblos indígenas, Décima Sesión del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Nueva York, 16–27 mayo de 2011, párr. 2.

²⁸⁷ DOYLE, 2014:185.

²⁸⁸ A/HRC/39/17/Add.3, párr. 62-72.

necesario que no se otorguen nuevas licencias sin la consulta y el consentimiento de los pueblos indígenas afectados.” (Párr. 72)

3.1.3. El interés general

291. La justificación del interés público como límite al ejercicio de los derechos indígenas se encuentra ya contemplado en el Convenio 107 de la OIT y, desde entonces, ha sido objeto de crítica por derivar de una visión integracionista.

292. La Declaración de Naciones Unidas solo introduce una referencia al “interés público relevante” en el artículo 30, relativo a los procesos de consulta en relación a actividades militares en territorios indígenas. Sin embargo, ni el artículo 32 ni el 46.2 de la Declaración de Naciones Unidas incluyen limitaciones similares para el ejercicio del derecho a la determinación

293. Los mecanismos de protección de derechos humanos han advertido a los Estados contra la tentación de utilizar el interés público como justificación para recortar los derechos de los pueblos indígenas.²⁸⁹ El Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sostuvo que “no se otorga a los pueblos indígenas un derecho a imponer unilateralmente su voluntad a los Estados cuando éstos actúan legítima y fielmente en defensa del interés público.”²⁹⁰

294. En el caso Endorois contra Kenia, la Comisión Africana interpretó que en general se debía realizar un test conjunto entre el elemento del interés público como limitativo de los derechos de propiedad y la condición de que estas limitaciones sean proporcionadas y establecidas por ley.²⁹¹

²⁸⁹ *Länsman et al. v. Finland*, Communication No. 511/1992, CCPR/C/52/D/511/1992 (1994).

²⁹⁰ A/HRC/12/34, párr. 49.

²⁹¹ Caso Endorois, Op.Cit., párr. 211.

295. Pero en el caso de la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, se deben establecer mayores limitaciones a la invocación del interés público puesto que se pone en juego el disfrute del derecho a la vida, la alimentación, la libre determinación, el derecho a la vivienda y el derecho a existir como pueblo.

296. La Comisión Africana consideró que la consulta constituía la mejor garantía de se actuara conforme a Derecho en lo que se refiere a las limitaciones derivadas del interés público. A juicio de la Comisión, los procesos de consulta debían aspirar a lograr un consentimiento para proteger adecuadamente los derechos de propiedad.

297. El argumento del interés público aparecerá con más fuerza en aquellos supuestos en los que se conecta el consentimiento exclusivamente a los derechos de propiedad en sentido clásico, que se sujetan a las limitaciones del interés público. Pero en el caso en el que los derechos de propiedad se vislumbran como derechos humanos como sucede en marco latinoamericano de mano de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tales limitaciones deben derivar de “condiciones provistas por la ley.”²⁹²

298. En el plano nacional, los tribunales constitucionales se han ocupado de la cuestión delimitando el contenido de la noción de interés público.

En el caso Sparrow (1990), la Corte Suprema de Canadá mantuvo que el interés general era un concepto demasiado vago y amplio para servir como guía, test o justificación para limitar derechos constitucionales.²⁹³ Por ello, consideró más apropiado identificar un objetivo legislativo válido, que además respetara el orden de prioridades de la Corona, teniendo en cuenta la relación especial del gobierno con el pueblo aborígen y la necesidad de

²⁹² Artículo 21(2) de la Convención Americana.

²⁹³ Corte Suprema de Canadá, caso R contra Sparrow (1990) 1 S.C.R. 1075.

consultarles. Es más, la Corte recordó que las cortes supremas provinciales de Canadá como la de Ontario habían considerado que el respeto de los derechos indígenas forma parte esencial del interés público²⁹⁴ y la integridad del proceso mismo de consulta un indicador de en qué medida se tiene en cuenta tal interés público.²⁹⁵

299. La Corte Colombiana ha seguido una línea parecida. En 2011, al responder a un trámite de acción de tutela presentado en nombre de los resguardos Embera-Katío, Chidima-Tolo y Pescadito contra el Ministerio de Transporte, la Corte mantuvo la inadecuación del interés público para justificar limitaciones a los derechos indígenas:

“No se puede anteponer en abstracto el “interés general” y la visión mayoritaria que se tenga del “desarrollo” o el “progreso” que traen las obras de infraestructura cuando dichas intervenciones se desarrollan en territorios indígenas o étnicos.”²⁹⁶

De acuerdo con la Corte, la Constitución colombiana no permitiría invocar el interés público para asegurar el progreso de una mayoría frente al menoscabo de los derechos de los grupos étnicos minoritarios. De esta forma:

“la Constitución impone la necesidad de equilibrar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional como la diversidad o el pluralismo y aquellos tutelados por las normas legales imperativas”.²⁹⁷

Cuando se refirió a la seguridad nacional como expresión del interés general en el caso de la erradicación de cultivos ilícitos mediante la

²⁹⁴ Ver, por ejemplo, *Wahgoshig First Nation (WFN) contra Her Majesty the Queen in Right of Ontario et al.* 2011. ONSC 7708 2012 01, párr. 72.

²⁹⁵ *Platinex Inc contra Kitchenugmaykoosib Inninuwig First Nation*, 2006 CanLII 26171, para 109.

²⁹⁶ COLOMBIA, Sentencia T-129/11, (2011) Sección 5.

²⁹⁷ *Ibídem.*

fumigación de glifosato, la Corte concluyó que las facultades del Estado han de venir condicionadas por la efectiva protección de los derechos de las comunidades indígenas. La garantía del interés general no puede llegar a menoscabar los derechos de estos colectivos. Así, la Corte dispuso que se debía celebrar consulta previa con los pueblos étnicos afectados ya que los programas de aspersión se efectuaron en los territorios indígenas.²⁹⁸

El interés general y el interés de los pueblos indígenas pueden coincidir y, si no es así, han de poder conciliarse. La Corte afirma que la consulta previa debe mostrar un equilibrio entre:

“(i) el interés general, representado en los proyectos o medidas que potencialmente pueden incidir en los derechos de los pueblos indígenas, y (ii) el goce efectivo de estos últimos derechos, particularmente, en materia de autodeterminación, autonomía, territorio, recursos y participación.”²⁹⁹

300. En general, los Estados utilizan una versión muy amplia del interés público. En cualquier caso, cuando el Estado establece limitaciones a un derecho en función del interés público, estas deben ser necesarias y proporcionadas a las circunstancias.

301. Desde una perspectiva aún más garantista, cabría afirmar que el interés público debe interpretarse en clave de derechos. Particularmente, en el caso de los pueblos indígenas, el interés público debe ser el garantizar su supervivencia.³⁰⁰ Precisamente, el derecho a la consulta con carácter vinculante pueden ser herramientas fundamentales para preservar el interés público.

²⁹⁸ Sentencias SU-383 de 2003, T-080 de 2017 y T-236 de 2017. Se daba, además, la circunstancia de que los pueblos indígenas no se oponían a la erradicación de cultivos sino a los métodos que se emplearon al efecto.

²⁹⁹ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-298 de 2017.

³⁰⁰ DOYLE, 2014: 168-171.

302. Algunos Estados han afirmado de forma categórica que no se puede imponer la voluntad de un grupo -refiriéndose a los pueblos indígenas- a la voluntad de la mayoría porque esto iría en contra de los principios democráticos.³⁰¹

303. Australia mantuvo durante las deliberaciones del texto de la Declaración que un gobierno democrático no podía permitir que determinados “sub-grupos” de la población tuvieran una capacidad de veto.³⁰² Canadá, por su parte, expresó el temor de que las disposiciones relativas al consentimiento pudieran interpretarse como un derecho de veto a los pueblos indígenas sobre asuntos que conciernen a la mayoría de la población. En esta misma línea, Nueva Zelanda declaró que las disposiciones de la Declaración supondrían “clases diferentes de ciudadanía, donde los pueblos indígenas tienen un derecho de veto que otros grupos o individuos no tienen.”³⁰³

304. En esta cuestión, es necesario reconocer la pluralidad y la diversidad de la sociedad para establecer mecanismos participativos y democráticos que respondan a esta complejidad.

305. Se han propuesto enfoques de democracia que responden a modelos de democracia participativa y deliberativa, frente a la tradicional democracia representativa. Estos parámetros deliberativos casarían bien con la finalidad de la consulta de posibilitar consensos.³⁰⁴ Para los defensores de este modelo, por tanto, la libre determinación, a través de la

³⁰¹ Este tipo de pronunciamientos se han producido en países donde la población aborígen conforma pueblos y nacionalidades con entidad política suficiente como para no ser considerados “grupos”.

³⁰² Nota verbal de 2 de agosto de 2006 de la Misión Permanente de Australia en las Naciones Unidas, Ginebra, dirigida a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, ver A/HRC/2/G/1.

³⁰³ A/61/PV.107, p. 14.

³⁰⁴ DOYLE, 2014: 174.

consulta con carácter vinculante y, en particular, el consentimiento de determinadas poblaciones más desfavorecidas se presenta como un ideal fundacional para una democracia inclusiva.³⁰⁵

306. La doctrina internacional ha mantenido que el reconocimiento del derecho a la libre determinación, lejos de representar una amenaza al bien común y la democracia, contribuye a fortalecerla y a paliar sus insuficiencias.³⁰⁶

307. Cuando se incluye el derecho a la consulta en las legislaciones nacionales con el objetivo de lograr un acuerdo, esto puede tener una doble lectura. A simple vista, parece que los sistemas democráticos están ganando un significado sustantivo evolucionando hacia mecanismos más inclusivos. Pero un reconocimiento meramente formal de la consulta sin poder decisorio puede obedecer al deseo de mantener el *status quo* y a frenar las demandas de sociedades más diversas y democráticas.

3.2. Límites endógenos

308. Aunque el derecho a la consulta se ha presentado como un derecho irrenunciable por parte de los pueblos indígenas, existen casos en los que los pueblos no querrán o no podrán ejercer este derecho.

309. Circunstancias y factores externos pueden condicionar en gran medida la efectividad de una consulta previa, libre e informada y pueden incluso menoscabar otros derechos.

Conviene detenerse en la reflexión de Humberto A. Sierra Porto, magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y expresidente de la Corte Constitucional de Colombia, cuando se refiere a “la capacidad perturbadora” de la consulta.

³⁰⁵ Ver Comentario de THORNBERRY, 2002.

³⁰⁶ Ver CASSESE, 1997.

Según el magistrado, Una consulta siempre implica la interacción con otros actores con los que se producen intercambios, de carácter económico o no. Es demasiado fácil que se distorsione la voluntad de las comunidades al generarse cambios bruscos y traslados. Esto puede conducir a una “erosión gradual de la identidad cultural indígena mediante el contacto y la intervención de empresarios, sociólogos, trabajadores sociales y abogados”.

310. Si se analiza como transcurren los procesos de consulta en la práctica, se aprecia un coste para las poblaciones. Una consulta puede extenderse en el tiempo -incluso varios años- y suponer traslados físicos de comunidades para realizar reuniones que, aunque sean temporales, pueden afectar significativamente los usos de la comunidad. En algunos casos los miembros de las comunidades indígenas han participado en cursos sobre la extracción de hidrocarburos para que tuvieran toda la información sobre los posibles impactos.³⁰⁷

311. En su contribución al estudio del Mecanismo de Expertos sobre el consentimiento previo, libre e informado, Amnistía Internacional se refiere a diversas circunstancias que pueden impedir la libertad real del consentimiento. Algunas de ellas parten de situaciones que suponen violaciones al derecho a la consulta. Entre ellas se incluyen las amenazas y la violencia, la falta de confianza derivada de experiencias anteriores, la división intencionada de las comunidades y sus estructuras de decisión, la compra de líderes, el empobrecimiento de las comunidades y su exclusión de servicios mínimos como moneda de cambio para la aceptación de proyectos económicos, la falta de información. Otras constatan realidades a las que se enfrentan los pueblos indígenas en sus comunidades sin que constituyan hechos ilícitos. Amnistía se refiere a obstáculos generales como la falta de educación básica o las barreras del lenguaje. Destaca también el riesgo de que parte de los miembros de la comunidad como las mujeres, los

³⁰⁷Humberto A. Sierra Porto, en GALVIS & RAMÍREZ, 2013: 258.

niños o determinados individuos queden excluidos de las consultas y no se tomen en cuenta sus intereses.³⁰⁸

3.2.1. La consulta y la libertad real de elección condicionada por las opciones económicas

312. En aquellos países donde se ha regulado la consulta, la práctica real suscita una serie de problemas que limitan su efectividad.

La capacidad real de elección va a venir fuertemente condicionada por las circunstancias y las opciones existentes en cada contexto.³⁰⁹ El otorgamiento de un consentimiento genuino vendrá determinado por las condiciones sociales, económicas y políticas en las que viven los pueblos indígenas.

Varios autores han subrayado las mismas limitaciones en contextos muy diferentes hasta el punto de considerar que el reto mayor se encuentra, no tanto en la ausencia de marcos regulatorios, como en el poder desigual de negociación de las comunidades indígenas.³¹⁰

En un caso de los Isleños de Chagos contra Gran Bretaña presentado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2012, los demandantes alegaron que muchos Chagosianos no eran conscientes de las repercusiones que tendría el dar su consentimiento cuando se les propuso

³⁰⁸Amnistía Internacional, 2018. La organización identifica al menos 5 situaciones en las que el consentimiento puede no tener lugar: (1) porque se rechace la propuesta antes de que se someta a consulta, (2) no existe acuerdo en la comunidad, (3) después de la consulta se rechaza, y (4) se otorga el consentimiento pero luego se retira porque la comunidad cambia de opinión y (5) se acepta la propuesta pero bajo determinadas condiciones que el Estado no acepta.

³⁰⁹ Appeals Chamber, Prosecutor v. Dragoljub Kunarac Radomir Kovac and Zoran Vukovic, Case no: IT-96-23-Tand IT-96-23/1-T, Judgment of: 22 February 2001, para 460.

³¹⁰ PAGE, 2004: 19.

el traslado. A cambio se les proporcionaron sumas económicas que consideraban insignificantes.³¹¹ No obstante, el Tribunal Europeo consideró que las compensaciones habían sido adecuadas. Además, observó que los afectados habían contado con asistencia letrada.

3.2.2. La situación de los pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial

313. La consulta adquiere matices particulares en función de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los titulares de este derecho. El caso de los pueblos que viven en situación de aislamiento voluntario o contacto inicial merece especial atención.³¹²

314. En Latinoamérica existen alrededor de 80 grupos en aislamiento, mayoritariamente en la región amazónica y en las regiones del Gran Chaco Paraguayo y Oriental de Paraguay. La situación de estos pueblos se ve seriamente amenazada por las acciones derivadas de la explotación de los recursos naturales en sus territorios.³¹³

Los pueblos en aislamiento voluntario suelen rehuir el contacto y rechazar la presencia de personas ajenas a su pueblo, sus tierras y territorios ancestrales.³¹⁴ La voluntad de aislamiento se entiende de manera inmediata ya que estos pueblos no intervienen en los medios

³¹¹ Chagos Islanders, Eur. Ct. H.R. at ¶ 12.

³¹² El Programa de Acción sobre la Segunda Década Internacional de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (1995-2005) recomendó el establecimiento de un mecanismo de seguimiento sobre la situación y el riesgo de extinción de estos pueblos. A/20/270, Recomendación número 45, p. 10.

³¹³ OEA, CIDH, 2013. Los casos más graves en la actualidad se encuentran en el bloque 88 de Perú y la explotación del Parque Yasuní en Ecuador.

³¹⁴ Existe amplia evidencia en este sentido. La CIDH ha recibido abundante información que refleja el rechazo al contacto. Ello quedó documentado en el Taller de Expertos sobre Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial en las Américas, de 6 de mayo de 2013.

convencionales de participación.³¹⁵ Esta imposibilidad hace que la protección de sus derechos por parte de los Estados cobre una importancia adicional.

315. A pesar del alto riesgo en el que se encuentran, los ordenamientos jurídicos nacionales no contemplan una regulación al respecto.³¹⁶ Son escasos los textos constitucionales que recogen la situación específica de estos pueblos -la excepción sería la Constitución de Ecuador- y tampoco existen decisiones jurisprudenciales al respecto.³¹⁷

316. Ante la falta de regulación internacional específica, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas elaboró unas directrices de protección en el 2012 que incluyen aspectos relacionados con los derechos de participación y la consulta:

“En el caso de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, el derecho de consulta con el fin de obtener su consentimiento previo, libre e informado debe interpretarse teniendo en cuenta su decisión de mantenerse en aislamiento y la necesidad de mayor protección de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario dada su situación de vulnerabilidad, lo que se puede ver reflejado en su decisión de no usar este tipo de mecanismos de participación y consulta”.³¹⁸

³¹⁵ Ver, por ejemplo, RIVAS TOLEDO, 2004: 7.

³¹⁶ Ver, por ejemplo, la respuesta de Brasil al Cuestionario sobre de Consulta sobre Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial, recibida por la CIDH el 14 de junio de 2013, p. 1.

³¹⁷ La doctrina tampoco ha dedicado gran atención a la situación de los pueblos en aislamiento o contacto inicial. Para un análisis regional, consúltese una de las pocas monografías existentes: SHELTON et al., 2012.

³¹⁸ OACNUDH, 2012: 66.

317. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que, en atención al principio *pro personae*³¹⁹ y asumiendo el principio de no contacto como una condición fundamental, los factores a considerar a la hora de valorar la voluntad de estos pueblos son dos: (i) el rechazo manifiesto a la presencia de personas ajenas a su pueblo en sus territorios, y (ii) su decisión de mantenerse en aislamiento respecto de otros pueblos y personas.

En el 2006, la Comisión Interamericana aprobó medidas cautelares a favor de los Pueblos Tagaeri y Taromenami en el Amazonas, solicitando al gobierno ecuatoriano tomar las medidas necesarias para su protección.³²⁰

318. Cuando se refirió al caso del pueblo Ayoreo en Paraguay, el Relator Especial ha reconocido la dificultad de realizar una consulta directa con los pueblos en aislamiento en tanto que podría suponer “forzar un contacto contra la voluntad de estos grupos”.

Ante esta dificultad, el Relator ha recomendado que los Estados pueden coordinar esfuerzos con las organizaciones indígenas representativas que puedan encontrarse en contacto con el pueblo aislado en el marco de “acciones por la reivindicación general del territorio tradicional”. Esto podría entenderse como parte de un proceso más amplio y continuo de consulta destinado a proteger territorialmente todos los sectores de un mismo pueblo, incluyendo los grupos en aislamiento.³²¹

319. En un informe de 2010, el Relator Especial concluyó que no se debe llevar a cabo ninguna actividad extractiva dentro o en las cercanías de los territorios donde habitan los pueblos en aislamiento.

³¹⁹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 162.

³²⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2006, Medidas cautelares, párr. 25.

³²¹ A/HRC/15/37/Add.1, párr. 335.

La prohibición se ha trasladado a las políticas de las organizaciones internacionales.³²² El Banco Interamericano de Desarrollo, por ejemplo, reconoce la imposibilidad de llevar a cabo una consulta con los pueblos indígenas en aislamiento y prohíbe la financiación de cualquier proyecto que vulnere sus derechos.³²³

320. A diferencia de los pueblos en aislamiento voluntario total, los pueblos en situación de contacto inicial sí tienen una relación con otros pueblos indígenas y, en algunos casos, con otros habitantes, lo que implica la posibilidad de realizar una consulta de buena fe, dirigida a obtener su consentimiento.³²⁴

En estos supuestos, es todavía más necesario tener en cuenta la relación especial de estos pueblos con el territorio y realizar la consulta de forma culturalmente apropiada, de acuerdo con las circunstancias de cada caso específico y tomando en cuenta el nivel de contacto del pueblo de que se trate.³²⁵

3.2.3. La renuncia a ejercer el derecho a la consulta

321. En algunas ocasiones, los pueblos indígenas han rehusado participar de forma expresa en los procesos de consulta propuestos por el Estado. En la mayoría de los casos, esta negativa se ha generado a partir de la poca confianza existente con las instituciones del Estado. En otros casos, los pueblos han preferido realizar ellos mismos las consultas a través

³²² Para una breve descripción de las primeras políticas de las organizaciones financieras internacionales, ver PALACIOS, 2014: 75-79.

³²³ Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 2006, Política Operativa sobre Pueblos Indígenas y la Estrategia para Desarrollo Indígena.

³²⁴ *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245 [en adelante, caso Sarayaku]; Caso Saramaka.

³²⁵ OEA/Ser.L/V/II, 30 de diciembre de 2009.

de sus propios procedimientos o ya han adoptado una decisión respecto a la propuesta que se pretende consultar que hace innecesario el proceso.

322. En teoría la negación a participar en una consulta no suscita ningún problema puesto que la consulta es un derecho y no una obligación de los pueblos indígenas. El deber del Estado es iniciarla, posibilitarla y garantizarla en condiciones adecuadas. Los pueblos, en virtud de la libre determinación, pueden decidir ejercer o no su derecho.

El Relator Especial se ha referido a esta cuestión concreta opinando que los Estados no pueden imponer una consulta cuando los pueblos indígenas se niegan a participar. El Estado ha de aceptar esta postura de oposición definitiva que supone en realidad el ejercicio de la libre determinación. En otras palabras, no se ha otorgado un consentimiento sin necesidad de llevar a cabo un proceso de consulta.

3.2.4. La renuncia de otros derechos fundamentales mediante la consulta

323. Buena parte de la crítica que se ha realizado al carácter no vinculante de la consulta deriva de la preocupación de que este derecho pueda llegar a invalidar otros derechos considerados sustantivos. Se puede debatir que el consentimiento, por mucho que se otorgue de forma libre, previa e informada, no es más que la expresión de un acuerdo a que se produzca un hecho que es susceptible de vulnerar derechos fundamentales.³²⁶

³²⁶ Ver contribución del Indian Law Resource Center al estudio sobre el consentimiento previo, libre e informado del Mecanismo de Expertos (EMRIP), febrero 2018: “Free, prior, informed consent has become the formula for getting around and overcoming the rights of indigenous peoples. It is the password that can open the gates for mining companies, oil companies, timber companies, and countries to get hold of indigenous peoples’ lands and resources.”

324. El problema más grave surge cuando se someten a consulta acciones que ponen en peligro derechos tan fundamentales como el derecho a la vida o el derecho a la supervivencia física o cultural de los pueblos.

Cabe preguntarse si es posible la renuncia de derechos y si el resultado de una consulta vinculante puede interpretarse como dejación de otros derechos fundamentales. La doctrina internacionista pocas veces ha contemplado la renuncia de derechos humanos. ¿Incluiría la libre determinación la capacidad de renunciar a derechos, incluso si estos se consideran normas de *ius cogens*?

325. El Relator Especial ha dicho al respecto que habría que valorar la restricción de derechos en casos puntuales y para ello sería clave el criterio de proporcionalidad. Obsérvese, sin embargo, que el Relator solo alude a aspectos formales y no se refiere expresamente al derecho a la vida:

“Cuando existe el consentimiento bajo términos justos y equitativos a un impacto o limitación al goce del derecho a la propiedad, el derecho a la identidad cultural, u otro derecho, con ese consentimiento se entiende que se cumple *per se* con el requisito de proporcionalidad. Por supuesto sería inadmisibile el consentimiento formal bajo términos injustos que pondrían en peligro el goce de derechos fundamentales o la supervivencia cultural o física del grupo indígena interesado. Pero cuando existe consentimiento en términos justos y equitativos, hay una presunción sólida a favor de la permisibilidad de la restricción a los derechos.”³²⁷

326. La cuestión está ya contemplada en el Derecho. La doctrina civilista tradicional acepta la renuncia de derechos cuando no se contraría el interés o el orden público ni perjudique a terceros.

La dificultad estriba en que el respeto a los derechos fundamentales vertebró el orden público. Más aún, hay principios generales del Derecho

³²⁷ ANAYA, 2013.

internacional que constituyen normas *ius cogens* . Representan valores superiores a un Estado o un pueblo, -incluso, podría interpretarse que por encima del principio de libre determinación de los pueblos-. Al ser comunes a toda la humanidad, son bienes que no pueden quedar al arbitrio de una única voluntad.

327. Por otra parte, sería necesario diferenciar la renuncia de derechos de forma general de la renuncia puntual. Esto es, la renuncia al derecho en su integridad y la renuncia a uno o varios actos del ejercicio de tal derecho.³²⁸

En el caso de aceptar expresamente la ejecución de megaproyectos en sus territorios a sabiendas de los daños irreparables que se producirían, se produciría indirectamente una renuncia de derechos que tendría un carácter general.

Por otro lado, si el consentimiento supusiera una renuncia a otros derechos fundamentales, debería ser siempre revocable. Ello sería de difícil aceptación por parte de los Estados y las empresas del sector privado que verían peligrar sus inversiones y proyectos.

328. En cambio, si se atiende a la envergadura de la lesión que se derivaría de la falta de ejercicio del derecho podría no admitirse renuncia alguna. Por ejemplo, el derecho a la vida, por su carácter irreparable, la integridad física y de la libertad personal.³²⁹ En teoría, estos derechos deberían prevalecer sobre el derecho a la consulta.

Lo interesante es que, según la Corte Interamericana, es precisamente en estos casos cuando el consentimiento se convierte en un requisito obligatorio. El principio que se deriva de la jurisprudencia de la Corte es

³²⁸ DIEZ-PICAZO, 2001: 133-138.

³²⁹ Incluso en estos supuestos puede surgir la duda, por ejemplo, la eutanasia pasiva, DIEZ PICAZO, Op.Cit.

que, cuando un proyecto pueda tener un impacto negativo grave, la consulta no solo sería preceptiva sino vinculante. No hay que olvidar que la consulta no se considera un derecho meramente participativo, sino que emana y es expresión del derecho a la libre determinación.

329. La pregunta fundamental, por tanto, es si el deber del Estado de consultar y actuar de acuerdo con el resultado vinculante de la misma prevalece sobre su función de garante del conjunto de derechos, sobre todo, en el caso de otros derechos que se consideran inalienables. En palabras de ANAYA:

“Como punto de partida hay que tener presente que con o sin el consentimiento de la parte indígena, el Estado tiene la obligación dentro del derecho internacional de respetar y proteger los derechos de los pueblos indígenas de acuerdo a los estándares internacionales establecidos.”³³⁰

La Corte Colombiana en una sentencia de 1993 describió en detalle la gravedad del daño que se puede producir ante la inacción del Estado y se refirió al concepto de etnocidio:

“El incumplimiento de la función de vigilancia ambiental por parte de las entidades oficiales que tienen a su cargo el cuidado y la preservación del medio ambiente propicia los abusos de particulares en la explotación de los recursos naturales(...) La estrecha relación entre ecosistema equilibrado y sobrevivencia de las comunidades indígenas que habitan los bosques húmedos tropicales, transforma los factores de deterioro ambiental(...) en un peligro potencial contra la vida y la integridad cultural, social y económica de grupos minoritarios que, dada su diversidad étnica y cultural, requieren de una especial protección del Estado. La inacción estatal, con posterioridad a la causación de un grave daño al medio ambiente de un grupo étnico, dada la interdependencia biológica del ecosistema, puede contribuir pasivamente a la perpetración de un

³³⁰ ANAYA, 2013.

etnocidio, consistente en la desaparición forzada de una etnia por la destrucción de sus condiciones de vida y su sistema de creencias.”³³¹

Durante la negociación del texto de la Declaración de Naciones Unidas, algunos Estados propusieron que, en determinados casos, el Estado podría proceder a realizar un desplazamiento forzoso de comunidades pertenecientes a pueblos indígenas sin su consentimiento. Se trataría de razones de salud pública, desastres naturales u otras situaciones parejas. La propuesta se hubiera ajustado al esquema de obligaciones de los Estados pero no fue aceptada por los representantes indígenas. Finalmente, el literal del artículo 10 de la Declaración no contempló ninguna excepción a la regla del consentimiento.³³²

La Corte Constitucional Colombiana incide en la función de garante del Estado cuando afirma en sentencia SU-123/18 que, en caso de crisis naturales, el Estado puede reubicar a las comunidades, aunque no cuente con su consentimiento:

“Sin embargo, en casos excepcionales, como puede ser la necesidad de relocalizar un pueblo para prevenir o mitigar un desastre natural, la medida podrá ser implementada sin el consentimiento de los pueblos, pero el Estado deberá en todo caso garantizar los derechos fundamentales y la supervivencia (física-cultural) de las comunidades étnicas diversas y deberá realizar las correspondientes reparaciones a los pueblos por esta determinación.”³³³

³³¹ COLOMBIA. Sentencia de la Corte Constitucional, Rol N° T-380, de 13 de septiembre de 1993.

³³² Ver informe de la Sesión Séptima del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas, E/CN.4/2002/98, párr. 79-82. Obsérvese que el Convenio 107 de la OIT contenía un mismo enfoque al permitir desplazamientos y reubicaciones de pueblos indígenas sin su consentimiento (o ausencia del mismo) por una serie de razones muy dispares: razones de seguridad nacional, la salud de los pueblos indígenas, o intereses nacionales de desarrollo económico.

³³³ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia SU-123, de 15 de noviembre de 2018.

330. Siguiendo con este supuesto concreto, la Corte Interamericana ha tenido la oportunidad de describir en detalle cuáles serían los efectos de un desplazamiento forzoso. En el caso de *Chitay Nech y otros c. Guatemala*, la Corte explica que un desplazamiento forzoso puede generar un riesgo claro de extinción y de desarraigo físico y cultural del grupo indígena afectado.³³⁴ Por tanto, concluye que el Estado no puede proceder sin un permiso previo. Es decir, si el pueblo consiente, sí se podrá reubicar, a pesar de los efectos nefastos de la medida.

331. Aunque sea difícil imaginar términos tan absolutos en los que un pueblo, en virtud de su derecho a la libre determinación y la consulta pueda consentir a su propia destrucción, lo cierto es que en la realidad pueden darse situaciones y dilemas extremos. Aunque en la mayoría de los casos, es la supervivencia cultural de los pueblos, más que la física, la que está en juego, el riesgo de extinción de algunos pueblos es un riesgo real.

332. Lo que sugieren todas estas hipótesis es que, como afirma parte de la doctrina, el consentimiento no debería ser un requisito únicamente en los casos en los que se ponen en juego los derechos fundamentales a la vida y la supervivencia como pueblo; más bien, adquiere razón de ser en todos los demás casos. Es decir, el consentimiento debería ser la regla y no la excepción.³³⁵

El escenario en el que un pueblo indígena pueda consentir a poner en peligro su propia existencia es difícilmente imaginable.³³⁶ Aunque

³³⁴ Corte I.D.H. *Caso de Chitay Nech y Otros c. Guatemala*, Sentencia de 25 de mayo de 2010, Objeciones Preliminares, Méritos, Reparaciones y Costas, párr. 147.

³³⁵ CLAVERO, 2015: 632.

³³⁶ Ver reflexión de Barelli, en relación al consentimiento como un derecho de veto. Más bien, el autor sugiere que basta aplicar la lógica para comprender que los pueblos indígenas han de tener derecho a oponerse a una medida que afecta de lleno a sus territorios, sus vidas y sus culturas.

tampoco debiera ser factible que un Estado proponga medidas con tal potencial de daño.

Cuando el Estado propone una medida que supuestamente requiere consentimiento, se asume en teoría que ya ha considerado que la medida no tiene tal repercusión pues, de lo contrario, se situaría claramente fuera de los límites del interés general y el orden público. Es decir, el Estado sigue siendo garante de los derechos fundamentales.

333. Aunque el Estado siga siendo garante de los derechos, el nivel de riesgo debe ser valorado por los propios pueblos indígenas.

Cuando la Corte IDH diferencia entre proyectos de desarrollo a gran escala, que requieren el consentimiento, y otros proyectos que no lo requieren, está afirmando que lo fundamental será determinar la gravedad de las consecuencias de los proyectos. Para ello, se cuentan con mecanismos como la consulta y el consentimiento que han de estar informados por información sobre la gravedad y el riesgo potencial para los derechos indígenas.³³⁷

La Corte, por tanto, no está asumiendo que los pueblos indígenas pueden consentir siquiera indirectamente a su autodestrucción o a poner en peligro su supervivencia. Ello resultaría difícilmente aceptable precisamente desde una instancia de derechos humanos.

Lo que la Corte está dirimiendo es quién decide, en última instancia, si una medida es susceptible de poner en peligro la supervivencia física y/o cultural de un pueblo. En este punto, la Corte opina que son los mismos pueblos indígenas, y no el Estado, quienes deben valorarlo y decidir si se sigue adelante con la medida.

³³⁷ Algunos autores consideran que es necesario contar con más herramientas para valorar el posible daño de forma adecuada. BARELLI, 2012: 1-24.

334. De nuevo, la consulta con carácter vinculante, a través del consentimiento, constituye una garantía adicional ante posibles extralimitaciones de los Estados o insuficiente apreciación sobre el impacto que determinadas medidas pueden causar. El requisito del consentimiento como parte del contenido esencial de la consulta permite proteger derechos fundamentales como el derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas cuando el Estado, garante último, no quiere o no puede velar por ellos. La Corte permite establecer una línea de continuidad entre la consulta y el consentimiento. El consentimiento se presenta como un requisito para proteger la integridad del proceso de consulta.³³⁸

³³⁸ RODRIGUEZ-PIÑERO, 2011.

**SEGUNDA PARTE: EL DERECHO A LA CONSULTA EN EL
PLANO CONSTITUCIONAL NACIONAL**

CAPÍTULO I: LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LA NORMATIVA DE DERECHOS HUMANOS

1. Aplicación inmediata de los tratados internacionales: *pacta sunt servandae*

335. Los procesos de ratificación de tratados internacionales en la región de América Latina se han desarrollado a partir de sistemas jurídicos de tradición monista que han marcado la relación entre las leyes nacionales e internacionales.³³⁹

En los sistemas monistas, una vez se ratifica un instrumento de derechos humanos, este pasa a formar parte del derecho nacional. Cabría inferir, por tanto, que los derechos humanos expanden su vigencia del plano internacional al nacional y pasan a integrar la lista de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.³⁴⁰

336. No obstante, la entrada en vigor puede no ser automática o inmediata.

³³⁹ Otros países como Belice tienen tradición de Derecho Anglosajón (“*common law*”) en la que predominan los sistemas dualistas según la cual los instrumentos legales internacionales requieren de un acto jurídico nacional que permita integrarlos en el ordenamiento jurídico interno. Aún así, en Belice es posible invocar los tratados como instrumentos interpretativos, tanto si han sido ratificados como si no, en virtud de su carácter de Derecho consuetudinario y principio general del Derecho.

³⁴⁰ En cuanto a la jurisprudencia internacional, la Corte Interamericana ha adoptado un claro enfoque monista y ha invalidado leyes nacionales a través del “control de convencionalidad”. De esta forma, ha dotado de efectos jurídicos inmediatos a algunas de sus sentencias. Algunos autores han considerado que la Corte ha adoptado un “enfoque monista radical”. Ver, por ejemplo, BINDER, 2012.

En países con tradición legal monista, la legislación interna puede requerir un acto específico de incorporación. Por ejemplo, la Constitución chilena establece que los tratados internacionales se incorporan en el ordenamiento nacional una vez son ratificados por el Congreso y publicados en el Diario Oficial.³⁴¹ El Congreso Nacional de Chile realizó el acto de incorporación efectiva del Convenio 169 en el 2008, quince años después de su ratificación. Así pues, la norma entró en vigor de forma efectiva en septiembre del 2009.³⁴²

Por otra parte, la entrada en vigor de los tratados está normalmente sujeta a un margen de tiempo que ha de transcurrir con anterioridad a que el tratado surta efectos. El artículo 38 del Convenio 169, por ejemplo, establece que sus disposiciones entrarán en vigor “doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.”

337. Sin perjuicio de lo anterior, desde el punto de vista del Derecho Internacional, el tratado genera obligaciones y responsabilidad internacional del Estado por su incumplimiento desde el mismo momento en que se deposita el instrumento de ratificación. Se trata del principio “pacta sunt servandae” contemplado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: “una parte no podrá

³⁴¹ Artículos 32.17. y 50.1. de la Constitución Política de la República de Chile.

³⁴² El proyecto de ley para la aprobación del Convenio se había presentado en el Congreso de Chile el 8 de enero de 1991 pero no recibió aprobación hasta 17 años después, el 4 de marzo de 2008. Durante la tramitación legislativa el acuerdo fue objeto de requerimiento por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (TC) por parte de 31 diputados. El TC dictó sentencia el 4 de agosto de 2000 rechazando la inconstitucionalidad tanto en la forma como en el fondo. El 3 de abril de 2008, el TC vuelve a pronunciarse sobre la constitucionalidad de varias disposiciones del Convenio. En el 2011 y 2013, el TC emite sentencias sobre el alcance del derecho de consulta. Para un análisis general ver FUENZALIDA, 2015.

invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”³⁴³

338. Precisamente, el tiempo que se establece en los tratados internacionales tiene como objetivo permitir a los Estados adaptar su normativa y actuar de buena fe en cumplimiento futuro de sus disposiciones.

339. El margen temporal de incorporación efectiva puede coincidir con procesos de cambio y reforma constitucional. En realidad, esta situación lejos de ser un impedimento brinda una oportunidad excepcional a los Estados para llevar a cabo los cambios legales de menor o mayor envergadura que consideren necesarios y dar cumplimiento a los tratados que han ratificado. Fue el caso de Colombia donde se llevó a cabo una reforma constitucional en los meses siguientes a la ratificación del Convenio 169, cuando este aún no había entrado en vigor. A pesar de ello, el Estado no aprovechó la ocasión para realizar los ajustes constitucionales oportunos en relación a la consulta y otros derechos indígenas con el resultado de que la institución de la consulta ni siquiera se menciona en aquellas disposiciones que ordenan la participación indígena antes de la toma de decisiones que les afectan.³⁴⁴ Sorprendentemente, el eje y principio fundamental del tratado que se ratifica como antesala del proceso constituyente -el Convenio 169- no se refleja en el texto constitucional.

340. Desde el punto de vista del Derecho internacional, el Convenio 169, como otros tratados, produce efectos inmediatos sin que precise de una norma interna que lo desarrolle.

De ello quedó constancia en Perú. Después de recibir sonadas críticas, el Tribunal Constitucional de Perú cambió de posición en el caso de una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 8,099 ciudadanos contra

³⁴³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, A/CONF.39/27 (1969).

³⁴⁴ CLAVERO, 2015: 595-597 y 601-603.

la Ley de Recursos Hídricos. En un primer momento, el alto tribunal había dado la razón al Estado y considerado que se incurriría en una retroactividad de la norma que no era permitida. Se consideró que la consulta solo era ejecutable desde que se emitió una sentencia del mismo tribunal con lineamientos sobre la misma -sentencia 00022-2009-PI, de junio de 2010- y no desde febrero de 1995, cuando el Convenio 169 había entrado en vigor en Perú.³⁴⁵

En una declaración posterior, el Tribunal peruano aclaró que el derecho a la consulta era exigible desde la entrada en vigor del Convenio 169. Además, especificó que, “el *dies aquo* de las obligaciones internacionales contraídas tras la ratificación de un tratado internacional, como el Convenio 169, se determinan a partir de las reglas del Derecho Internacional Público, y no mediante decisiones de los tribunales internos.”³⁴⁶

341. La determinación del momento preciso en el que un tratado comienza a surgir efectos jurídicos es relevante también a la hora de valorar las acciones exactas en relación a las cuales ha de aplicarse. Las medidas que han de ser consultadas pueden prolongarse a lo largo del tiempo y generar un daño continuado.

Los órganos de control normativo de la OIT se han pronunciado sobre esta cuestión y han afirmado que las disposiciones del Convenio N° 169 se pueden aplicar a actividades que persisten como resultado de concesiones

³⁴⁵ PERÚ. Tribunal Constitucional, Exp. No. 06316-2008-PA/TC. Aclaración, 24 de agosto de 2010, párr. 7 y 8.

³⁴⁶ PERÚ. Tribunal Constitucional Pleno 00025-2009-PI/TC, Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, del 17 de marzo de 2011, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00025-2009-AI.html>[Consultada el 24 de octubre de 2018]

a empresas que han sido otorgadas con anterioridad a que el Convenio entrase en vigor.³⁴⁷

En sus observaciones sobre las comunidades afectadas por el Proyecto Hidroeléctrico Chan en Panamá, el Relator Especial determinó que, si los efectos del proyecto continúan después de la entrada en vigor del Convenio N°169, deberá realizarse un proceso de consulta o, cuanto menos, subsanar las consecuencias negativas que pudo generar la falta de consulta anterior.³⁴⁸

En el caso de Chile, el gobierno alegó que el Convenio N° 169 no estaba vigente cuando se iniciaron los proyectos extractivos que se denunciaban. De nuevo, el Relator Especial aclaró que el principio de no retroactividad no se refiere a las decisiones tomadas antes de la ratificación del Convenio, sino a los efectos de los proyectos que se aprobaron y que continúan afectando las vidas de las comunidades.

Por tanto, la obligación de realizar procesos de consulta se vincula a los impactos actuales y futuros y las normas deben guiar al Estado en relación con los proyectos de inversión futuros.³⁴⁹

342. Por otra parte, la jurisdicción constitucional ha establecido en algunos casos que las normas internacionales de derechos humanos han de

³⁴⁷ Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), párr. 28, 30-33 (2000).

³⁴⁸ A/HRC/12/34/Add.5, párr. 28-31.

³⁴⁹ A/HRC/12/34/Add.6, párr. 38. Ver también, caso de presa Chan: “Asimismo, estas normas deben guiar al Estado en relación con la ejecución del resto de los proyectos hidroeléctricos planificados en el país que afectan a los pueblos indígenas, incluyendo el resto de los proyectos hidroeléctricos en el río Changuinola a ser ejecutados por la empresa AES Changuinola” (A/HRC/12/34/Add.5, párr. 27).

gozar de eficacia desde el momento de la ratificación. En el caso de Perú, antes referido, el Tribunal Constitucional se refiere al concepto de “plena eficacia” para matizar el grado de aplicación del Convenio en función de la dificultad de la tutela posible del derecho. Debido a la falta de desarrollo normativo, el Tribunal consideró que el derecho no había podido ser debidamente tutelado hasta que se dictó su sentencia con unas directrices mínimas. El tribunal parece confundir tutela plena con eficacia jurídica.

Además, el tribunal dio a entender que podía producirse una situación de inseguridad jurídica para los pueblos indígenas; y para “aquellas personas que han desarrollado acciones sin que el Estado haya exigido previamente llevar a cabo el proceso de consulta.”

En contra de este argumento, el Relator Especial afirmó que era precisamente la falta de obligatoriedad de la consulta la que generaba una gran inseguridad jurídica y una grave situación de desprotección de los pueblos indígenas frente a los proyectos de actividades extractivas.

También en el caso de la mina Marlin en Guatemala, el Relator recordó que las disposiciones del Convenio, incluyendo todas las disposiciones sobre la consulta, son “directamente ejecutables y de obligado cumplimiento por todos los agentes públicos.”³⁵⁰ Si no existen mecanismos se han de “adoptar provisionalmente mecanismos transitorios o ad hoc con miras al ejercicio efectivo de la consulta indígena.”³⁵¹

343. En realidad, en todos estos casos se estaría haciendo referencia a la cuestión de la autoejecutabilidad de la norma internacional. Se considera que una norma de derechos humanos es autoejecutable y, por tanto, directamente exigible ante los tribunales sin que medie acto jurídico de transformación, cuando (i) la norma internacional establece de forma clara

³⁵⁰ A/HRC/15/37/Add.8, párr. 19.

³⁵¹ A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párr. 37.

y específica un derecho a favor de un individuo -o sujeto colectivo-, y (ii) cuando el sujeto tenga un interés legítimo.

El carácter autoejecutable de una disposición dependerá de cual fue la voluntad de las partes contratantes del tratado.³⁵² Así, se presume la autoejecutabilidad de las normas a no ser que exista prueba en contrario mediante, por ejemplo, una disposición que estipule que la norma se aplicará mediante leyes nacionales.³⁵³ Esta doctrina ha sido ratificada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en respuesta a una pregunta de Venezuela en 1986 sobre la Convención Americana de Derechos Humanos.³⁵⁴

Sin embargo, el enfoque de algunas cortes constitucionales respecto al Convenio N° 169 ha resultado reticente. En Chile, el Tribunal Constitucional estableció el carácter autoejecutable y, por tanto, directamente aplicable de la disposición relativa a la consulta contenida en el artículo 6.2. del Convenio para luego negarle tal carácter al artículo 15,

³⁵² Eduardo Jiménez de Aréchaga, ex-presidente de la Corte Interamericana observa una serie de elementos que se han de cumplir atendiendo también a la intención de las partes contratantes del tratado: “Se requieren dos condiciones para que una norma sea autoejecutiva: primero, debe ser una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pretensión en favor de un individuo que tenga un interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y que comparece ante el juez o el administrador solicitando esa aplicación; en segundo lugar, la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes.” JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 1988: 29.

³⁵³ Ver análisis detallado con perspectiva comparativa constitucional en AYALA CORAO, 2003: 85-88.

³⁵⁴ Corte I.D.H. Opinión Consultiva 7, de 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.

también sobre consulta, por considerarlo de carácter “programático”.³⁵⁵
Conviene detenerse en el tenor de ambas disposiciones:

“Artículo 6

2. 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.

[...]

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.”

Como puede comprobarse, el artículo 15 es el que regula la consulta sobre la explotación de los recursos naturales. Para llegar a su conclusión el Tribunal no establece ningún otro criterio objetivo y nada hace pensar

³⁵⁵ CHILE, Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 309, de 4 de agosto de 2000, Considerando 3. Conviene recordar que cuando una norma de Derecho internacional se considera no “autoejecutable”, se requerirá una transformación de esta en el ordenamiento jurídico interno para que pueda ser invocada ante los tribunales; pero, mientras esto no ocurre, la norma tendrá efectos jurídicos o será de aplicación en el ámbito del Derecho internacional.

que Chile quisiera atribuir una interpretación diferenciada a las disposiciones del Convenio cuando deposito el instrumento de ratificación del mismo. A simple vista, de la redacción de una u otra disposición no parece derivarse una diferencia que justifique tal divergencia interpretativa.³⁵⁶

2. Rango y naturaleza constitucional del Derecho internacional de los derechos humanos

344. Los Estados no pueden alegar disposiciones de derecho interno para justificar la falta de cumplimiento de un tratado pues ello infringiría normas básicas del Derecho Internacional. (art. 27.1 de la Convención de Viena). No obstante, se pueden generar conflictos con las normas constitucionales. Para abordar esta cuestión, es imperativo examinar la regulación constitucional de los derechos fundamentales en conexión a los tratados internacionales.

Si bien es cierto que la doctrina ha tratado de abordar esta problemática examinando la incorporación formal de los tratados de derechos humanos en los sistemas duales y monistas, todavía existen lagunas en lo que se refiere a la naturaleza de los tratados internacionales y su rango normativo en la jerarquía de los ordenamientos jurídicos internos.

345. La cuestión de la jerarquía de las normas de derechos humanos no es baladí pues condiciona la interpretación del contenido de los derechos fundamentales constitucionalmente recogidos. Asimismo, el encaje constitucional debe articular respuestas ante el posible conflicto de las normas constitucionales.

346. En los ordenamientos jurídicos internos, la relación entre el derecho internacional y el derecho interno viene determinada por la naturaleza y el rango legal que le confiere la normativa interna. La

³⁵⁶ FUENZALIDA, 2015: 156.

regulación en esta materia es objeto de una gran casuística que afecta también a las disposiciones relativas a los pueblos indígenas.

Algunas constituciones se limitan a afirmar que el derecho internacional es parte del derecho interno y una fuente del derecho, pero sin indicar su fuerza normativa. Otras constituciones, en número importante, afirman la supremacía del Derecho Internacional en materia de derechos humanos sobre el derecho interno. Por ejemplo, La Constitución de Guatemala en su artículo 46 establece el principio general de preeminencia sobre el derecho interno.

347. En general, las constituciones otorgan una consideración particular a los tratados internacionales en materia de derechos humanos dentro de la categoría general de los tratados internacionales.

En el caso de Ecuador, el artículo 425 de la Constitución de 2008 dispone lo siguiente:

“el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.”

En el caso de tratados y otros instrumentos de derechos humanos el artículo 417 de la Constitución establece que se aplicarán “los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.”

348. Un destacado número de países entre los cuales se encuentran Colombia, Perú o Bolivia han reconocido de manera expresa el rango constitucional de los tratados de derechos humanos. Así, el artículo 93 de

la Constitución de Colombia afirma que los tratados internacionales de derechos humanos prevalecen en el orden interno.³⁵⁷

349. Esta posición particular contrasta con la de otros países como Costa Rica que consideran que los tratados internacionales tienen un rango infraconstitucional o intermedio: superior al de las leyes orgánicas, pero inferior al de la constitución. De hecho, en algunas revisiones constitucionales de la región se observa esta tendencia de considerar que los tratados de derechos humanos son normas supralegales pero infraconstitucionales.³⁵⁸

En el caso de diferencias entre las fuentes, algunas constituciones como la de Ecuador establecen una interpretación *pro homine*, según la cual aquella fuente que expande los derechos de forma más amplia debería tener primacía.³⁵⁹

350. Otros países como Chile o Brasil requieren un acto del congreso para dotarles de naturaleza constitucional. En Chile, el Tribunal Constitucional se refirió a este asunto en concreto y concluyó que la norma 6(2) del Convenio 169 que regula la consulta tiene carácter orgánico constitucional y, por tanto, debe votarse en sede parlamentaria “como un todo [...] pero con el quórum exigido para las leyes de rango orgánico constitucional.”³⁶⁰

³⁵⁷ Artículo 93 de la Constitución de la República de Colombia; Artículos 410 y 13.IV de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia; o Artículo 46 de la Constitución de la República de Guatemala.

³⁵⁸ MEXICO. Corte Suprema de la Nación. Theses P. LXXVII/1999, Semanario Judicial de la Federación, t. X, Nov. 1999, p. 46; Thesis P. VIII/2007. Apr. 2007, Semanario Judicial de la Federación, t. XXV, abril, 2007, p. 6. 11.

³⁵⁹ Se ha de interpretar que en este y otros casos el principio “*homine*” ha de alcanzar también a los sujetos colectivos y no solo a los individuos, CLAVERO, 2013: 183.

³⁶⁰ CHILE. Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 309, de 4 de agosto de 2000, Considerando 9°. A juicio del Tribunal, las normas del Convenio 169 “pueden obligar a

En Brasil, los tratados de derechos humanos se aprueban mediante un procedimiento especial y una mayoría cualificada, pero sigue existiendo el problema para los tratados que fueron ratificados antes de la reforma.

351. Por otra parte, cabría diferenciar entre constituciones que contienen referencias expresas y constituciones que optan por referirse a la categoría de derechos humanos en general. Así, algunas constituciones incorporan disposiciones específicas sobre derechos nuevos que emanan de fuentes internacionales, como sería el caso de los derechos de los pueblos indígenas.

Otros textos se limitan a referenciar la normativa internacional en general y establecer las bases para la conformación de un “bloque constitucional.” La Constitución Mexicana, por ejemplo, incluye en su Título primero, mediante reforma de 10 de junio de 2011, los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales (Artículo 1).

Es muy común la cláusula constitucional amplia que alude al principio *pro homine*. Es el caso de Ecuador o de Perú cuyo artículo 3 de la Constitución estipula que el elenco de derechos fundamentales reconocidos en su texto no excluye otros de naturaleza similar que emanen de la dignidad del ser humano. Se incorporan así, aunque de forma implícita, todos los derechos recogidos en la normativa internacional de derechos humanos aplicable a Perú.

352. A tenor de lo anterior, una cuestión preliminar a resolver sería la de dilucidar qué tipo de instrumentos se consideran tratados de derechos humanos. Algunas constituciones, por ejemplo, el artículo 417 de la constitución de Ecuador, hacen referencia a los tratados y otros

que, en la tramitación interna de leyes, resulte obligatorio a las comisiones legislativas llevar a cabo consultas que, hasta la fecha, eran puramente facultativas, lo que constituye una norma especial modificatoria de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional,” en Sentencia Rol 1050, de 2008, Considerando Décimosegundo.

instrumentos internacionales de derechos humanos. Pareciera así incluir una categoría amplia de instrumentos distintos de los tratados.

La reforma constitucional de Argentina de 1994 enumera de forma explícita una lista de tratados de derechos humanos a los que otorga rango constitucional. Entre ellos, no se contaba el Convenio 169 y su naturaleza constitucional solo se otorgó con posterioridad mediante mayoría cualificada del Congreso.³⁶¹

Aunque el Convenio N°169, al igual que otros convenios de la OIT, se considera un tratado de derechos humanos, las cortes y mecanismos jurisdiccionales nacionales no siempre lo han considerado de la misma forma.³⁶²

A veces, la incertidumbre ha quedado resuelta ex ante a través de los tribunales. Por ejemplo, la Constitución mexicana se refiere a los derechos reconocidos en la constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. La Corte Suprema de Justicia Nacional interpretó el alcance de esta disposición entendiendo que incluye cualquier tratado que contenga disposiciones de derechos humanos, entre los cuales cita expresamente el Convenio N°169.³⁶³

353. Surgiría la cuestión de si la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana quedan comprendidas dentro de la categoría amplia de tratados e instrumentos internacionales.

³⁶¹Artículo 75 de la Constitución de Argentina.

³⁶² EBERT & OELZ, 2012: 13.

³⁶³ Ver listado de instrumentos de derechos humanos que proporciona la Suprema Corte de Justicia en su página Web: <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/TI.html>. Los artículos 76.1, 89.10 y 133 de la Constitución disponen que los instrumentos internacionales deben ser ratificados por el Senado. El Convenio 169 de la OIT entró en vigor el 3 de agosto de 1989.

Varios autores lo interpretan afirmativamente y entienden que la Declaración de Naciones Unidas (y, por tanto, también la Declaración Americana) forman parte del bloque constitucional desde el momento en que éste favorece la protección más amplia de derechos.

354. Pero algunos regímenes constitucionales han establecido diferencias. Curiosamente, la Constitución de Bolivia, cuyo texto se consideró el más avanzado en lo que se refiere a la protección de derechos indígenas, reconoce un rango constitucional a los tratados de derechos humanos, pero no a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas a la que confiere un rango legal ordinario. En cualquier caso, es una de las pocas Constituciones que cita expresamente a la Declaración.

355. Por otra parte, las constituciones no son cuerpos estáticos, sino que necesitan responder a las realidades de cada tiempo y a los desarrollos normativos y jurisprudenciales en el ámbito nacional e internacional. Las cláusulas transitorias y finales facilitan esos ajustes necesarios y pueden acoger la función interpretativa de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, en Perú la Disposición Cuarta establece lo siguiente:

"...las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales".

356. Así, los textos constitucionales pueden contemplar la fuerza normativa que tiene la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los estándares normativos que emanan de sus decisiones pueden tener carácter constitucional o legal ordinario.³⁶⁴

³⁶⁴ Otras cuestiones que se han considerado importantes incluyen la función sustantiva de la normativa de derechos humanos a la hora de identificar el contenido de los derechos fundamentales o el tipo de responsabilidad en la que los jueces incurren cuando no aplican la normativa de derechos humanos en sus sentencias.

La Constitución de Perú dispone que la jurisprudencia internacional de derechos humanos, no sólo la que emana del sistema interamericano, tiene una naturaleza vinculante. Además, el artículo 205 concede un carácter supranacional a las cortes internacionales (Art. 205):

"Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte."³⁶⁵

El Tribunal Constitucional de Perú reiteró en 2007 que la jurisprudencia de la Corte Interamericana tiene fuerza vinculante y forma parte de las fuentes del Derecho:

"... que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso."³⁶⁶

4. Interpretación de la jurisprudencia constitucional sobre la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

357. Cuando el Derecho Constitucional no ha establecido el rango constitucional de los tratados de derechos humanos, tal reconocimiento se ha producido a través de la acción interpretativa de las cortes constitucionales.

En el caso de Costa Rica se da la particularidad de que la Corte Constitucional ha contradicho a la Constitución que otorga a los tratados internacionales un rango normativo superior a la ley, pero inferior a la

³⁶⁵ Constitución Política de Perú de 1993.

³⁶⁶ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2007-AI.html>

Constitución.³⁶⁷ La Corte costarricense ha afirmado que los tratados de derechos humanos tienen el mismo rango que la Constitución, o incluso superior a la Constitución si contienen mayores garantías para los derechos humanos.³⁶⁸

358. Brasil se desvía de esta línea. Desde el 2008, ha prevalecido la interpretación de la Corte Federal Suprema sosteniendo que los tratados de derechos humanos tienen un rango superior a las leyes ordinarias pero inferior a la Constitución Federal y, por tanto, no forman parte del Derecho Constitucional.³⁶⁹

359. Ya sea en una dirección u en otra, los tribunales superiores han jugado un papel esencial a la hora de dirimir conflictos jerárquicos y otras fricciones normativas entre leyes de carácter nacional e internacional. Han llegado incluso a actuar ante un legislador inoperante. Para ello, los órganos jurisprudenciales han aplicado un número de técnicas que tratan de dotar de la máxima efectividad a las normas constitucionales.³⁷⁰

4.1. La tesis de coordinación o integración

360. Una de estas técnicas es la tesis de coordinación. En general, las Cortes Constitucionales han promovido soluciones integradoras en la

³⁶⁷ COURTIS, 2009: 58.

³⁶⁸ Ver Decisión 1992-3435, de 11 de noviembre de 1992, Cámara Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, caso 91-002695-0007-CO; Decisión 1994-0588, de 10 de noviembre de 1993, Cámara Constitucional de la Corte Suprema, interpretación de la decisión sobre los méritos.

³⁶⁹ Federal Supreme Court. Extraordinary Appeal Judgment - RE 466.343-15, en banc, Opinion of J. Gilmar Mendes, 12/3/2008, DJe [Court Gazette] of 6/5/2009.

³⁷⁰ HESSE, Konrad: "La interpretación de la Constitución", en Escritos de Derecho Constitucional. Madrid: CEC, 1992, p. 48. En algunos países de Europa, los tribunales han sido capaces de resolver los conflictos de leyes con gran diligencia. Ver ejemplos de la jurisprudencia constitucional alemana en ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 497. 27).

construcción jurisprudencial y en lo relativo a la relación entre el sistema interamericano de derechos humanos y el Derecho Constitucional nacional.

La Corte Constitucional de Guatemala, en una de sus últimas sentencias sobre consulta de 2016, recoge esta visión al rechazar de plano la supeditación del derecho a la consulta a que las organizaciones representativas de los pueblos indígenas se hallen inscritas en el registro municipal:

“Es menester resaltar que la adecuada interpretación de los dispuesto en las leyes ordinarias, conforme al bloque de constitucionalidad, debe favorecer la optimización de la fuerza normativa de los preceptos constitucionales y la coordinación de la normativa nacional con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...”³⁷¹

La sentencia supone un avance importante en la jurisprudencia de Guatemala ya que se reconoce por primera vez, de forma explícita, el respeto a las autoridades indígenas y las formas propias de organización.

361. De acuerdo con la tesis de la integración, cuando un Estado incorpora la normativa internacional de derechos humanos en el Derecho interno no solo queda sujeto a la Constitución sino también al Derecho Internacional.

Los dos ámbitos deben interpretarse de forma dinámica e integral, conciliando las fuentes de ambos dentro de un mismo sistema legal. Antes de identificar incompatibilidades y fricciones entre ambas normativas, el

³⁷¹ GUATEMALA. Corte de Constitucionalidad, Sentencia de 12 de enero de 2016. Expediente 1798-2015.

intérprete debe tratar de integrarlas y resolver las incongruencias entre derechos fundamentales.³⁷²

Esta visión se diferencia de las concepciones dualistas que consideran dos sistemas legales y según las cuales hay una primacía del Derecho Internacional respecto del Derecho Interno, o viceversa.

La tesis de integración fue la invocada por el Tribunal Constitucional chileno cuando tuvo que responder a un requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio 169 en el año 2000. El Tribunal hace alusión a dos principios de hermenéutica jurídica constitucional e internacional.

El primero es el principio de “presunción de constitucionalidad” o “presunción de legitimidad“, según el cual se presumen válidas y legítimas las normas aprobadas por los Poderes del Estado. Así pues, sólo resultaría adecuado declarar la inconstitucionalidad de una norma cuando exista una clara convicción de que no es compatible con la Constitución. El segundo principio se refiere a la interpretación jurídica internacional de acuerdo con un principio conciliatorio:

“3°. Que el segundo principio se funda en la gravedad que entraña para un Estado, en el ámbito internacional, la declaración de inconstitucionalidad de las normas de un tratado, por un órgano jurisdiccional interno y se traduce en que el intérprete debe hacer todos los esfuerzos, dentro de lo permitido por la Ley Suprema del respectivo Estado, por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un Tratado y los preceptos de la Constitución.”³⁷³

³⁷² CARPIO MARCOS, Edgar. La interpretación de los derechos fundamentales. Palestra: Lima, 2004, p. 130.

³⁷³ CHILE, Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 309, de 4 de agosto de 2000, Considerando 3.

Finalmente, el Tribunal chileno considera que la norma que regula la consulta en el artículo 6.2 del Convenio “tiene el carácter de autoejecutable o de aplicación directa, [...] por los términos perentorios en que se encuentra redactada...”.³⁷⁴

El Tribunal Constitucional Peruano también ha subrayado que, ante el conflicto de normas, opta por “la integración y la armonización en lugar de la derogación automática o la inobservancia de las normas nacionales.”³⁷⁵ El tribunal confirma así que no existe una relación formal de jerarquía entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno sino más bien una relación de cooperación en plano de igualdad y refuerzo mutuo.³⁷⁶ Los derechos reconocidos en los tratados y en la jurisprudencia de las cortes internacionales supondrían el comienzo o una base mínima sobre la cual los Estados pueden regular y proporcionar salvaguardas adicionales o nuevos derechos de acuerdo con la dignidad humana.³⁷⁷

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala se refiere al principio de unidad del ordenamiento jurídico en una sentencia reciente de 2016 en la que exhorta a (todos) los funcionarios a cumplir con el deber de consulta:

³⁷⁴ *Ibíd.*, Considerando 7. Sin embargo, consúltese análisis de FUENZALIDA (Op.Cit., p. 154) donde demuestra la incongruencia del Tribunal al referirse específicamente a la consulta sobre recursos de propiedad estatal del Estado en territorio indígena, va a negar esa auto-ejecutabilidad. A juicio del Tribunal, el artículo 15.2. del Convenio debe considerarse programática. Además, entiende el Tribunal que esta materia ya está regulada en el ordenamiento nacional (por ejemplo, mediante los artículos 26 al 31 de la Ley N° 19.300 del Medio Ambiente; o los artículos 10, 11 y 34 de la Ley Indígena).

³⁷⁵ PERÚ, STC N° 00679-2005-AA/TC, Fundamento Jurídico 35. El Tribunal Constitucional de Perú ha afirmado que es necesario articular la jurisdicción constitucional con la internacional bajo el espíritu de cooperación entre ambas jurisdicciones, ya que no resulta aceptable reservar a la voluntad de los Estados el cumplimiento de las obligaciones internacionales. *Ibíd.*, Fundamento Jurídico 36)

³⁷⁶ STC N° 02730-2006-AA/TC, Fundamento Jurídico 15. 29

³⁷⁷ *Ibidem.*

“...ante las solicitudes de que sean autorizadas o prorrogadas licencias para la implementación de proyectos, operaciones o actividades vinculadas al aprovechamiento de recursos naturales, cada funcionario público competente para tramitarlas, resolverlas, o emitir dictamen al respecto, está obligado a atender, no sólo los preceptos atinentes contenidos en las leyes ordinarias y las disposiciones reglamentarias vigentes sobre la materia, sino en los estándares internacionales de derechos humanos aplicables – estos últimos, incluso con prevalencia, por imperativo contenido en el citado artículo 46 constitucional-, de conformidad con el principio de unidad del ordenamiento jurídico.”³⁷⁸

362. La pauta del artículo 29.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es la que han utilizado la mayoría de las cortes constitucionales a la hora de dirimir casos relacionados con el derecho a la consulta. La disposición conecta el mandato de la coordinación y la armonización entre sistemas legales con el principio *pro homine*. Así, se prohíbe a las cortes, incluyendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.”

363. Tanto el Convenio 169 como la Declaración de Naciones Unidas, antes y después de su aprobación final, han sido invocados por los pueblos indígenas y otros actores en procesos judiciales ante los tribunales latinoamericanos.

Siguiendo el ejemplo de la Corte Interamericana, las cortes de justicia en Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Perú y Venezuela han aplicado el Convenio 169 como herramienta de interpretación para concretar las obligaciones de

³⁷⁸ Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Sentencia de apelación del amparo de 12 de enero de 2016. Expediente 1798-2015.

los países en relación a la Convención Americana.³⁷⁹ En algunos países como Guatemala, Colombia o Chile las partes han solicitado opiniones jurisdiccionales sobre la compatibilidad de la Constitución con un tratado de derechos humanos u otra norma para lo cual los tribunales han tomado como referencia el Convenio 169.

Por ejemplo, en Chile, al día siguiente de la publicación del Convenio 169, la Corte de Apelación de Temuco marcó la tendencia de las cortes de alzada del sur del país en relación al tratado internacional como referencia para interpretar las normas nacionales y resolver disputas entre comunidades indígenas, autoridades administrativas y particulares.³⁸⁰

El Tribunal Peruano ha adoptado dos enfoques. Por un lado, ha dispuesto que los “tratados internacionales de derechos humanos son parte de la normativa interna y tienen rango constitucional.” El Tribunal ha afirmado que las obligaciones de derechos humanos no se fundan únicamente en el texto constitucional sino en la razón del Derecho Internacional. El mandato que deriva de la interpretación de los tratados de derechos humanos implica que la actividad pública debe considerar la aplicación directa de las normas consagradas en los tratados de derechos humanos, así como la jurisprudencia de los órganos internacionales.³⁸¹

Por otra parte, el tribunal peruano ha subrayado la función interpretativa de estos tratados puesto que indican “parámetros de constitucionalidad en relación a los derechos fundamentales y libertades”.³⁸² La función de las normas contenidas en los tratados

³⁷⁹ Para un análisis en profundidad, ver, COURTIS, 2009.

³⁸⁰ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1773-2008, sentencia de fecha 16 de septiembre de 2009, considerando 10.

³⁸¹ N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC acumulados, f. j. 25.

³⁸² PERÚ, Tribunal Constitucional. Sentencia, Caso N° 0047-2004-AI/TC, f.j. 22.

internacionales contribuyen así a definir el contenido de las normas constitucionales.

364. Otros órganos han considerado la tesis de interpretación que enfatizan la supremacía del texto internacional.

Desde este punto de vista, el principio del fin de los tratados, han servido para que la Cortes hayan considerado el derecho a la consulta como un derecho fundamental que tiene que ser observado de forma obligatoria por parte del Estado.³⁸³ El principio de la buena fe de la consulta está estrechamente ligado al principio del fin del tratado y la supremacía del texto.³⁸⁴

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha interpretado el fin del Convenio 169 de la siguiente forma:

“(...) remover los obstáculos que impiden a los pueblos indígenas gozar de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en el mismo grado que el resto de la población; por una parte, se promueve el respeto a su cultura, religión, organización social y económica y a su identidad propia como pueblos, lo que ningún Estado democrático de derecho o grupo social puede negarles; y, por la otra, incorpora el mecanismo de la participación

³⁸³ La Corte Internacional de Justicia ha señalado que la primera obligación de un tribunal a quien compete interpretar las disposiciones de un tratado es tratar de darles efecto de acuerdo a su sentido natural y corriente en el contexto en el que aparecen. En GÓMEZ-ROBLEDO, 2009: 142.

³⁸⁴ En sus Votos Razonados en los Casos de la Masacre de Pueblo Bello (Sentencia de 31 de enero de 2006) y de López Álvarez (Sentencia de 1 de febrero de 2006), CANÇADO TRINDADE explica que los órganos internacionales de protección de los derechos humanos han desarrollado una interpretación teleológica de los instrumentos normativos internacionales como la más apropiada para asegurar una protección eficaz de dichos derechos. De acuerdo con la regla general del artículo 31.1 de la Convención de Viena, está el principio del efecto útil (*effect utile*), según el cual deben asegurarse los efectos propios de las disposiciones convencionales. Así, habrá que atender al fin y al objeto de la Convención. En AGUIRRE ARANGO, 2007: 73-97.

y la consulta con los pueblos interesados, a través de sus organizaciones o de sus representantes, en el proceso de planificación, discusión, ejecución y toma de decisiones sobre los problemas que les son propios, como forma de garantizar su integridad, el reconocimiento, respeto y fomento de sus valores culturales, religiosos y espirituales.”³⁸⁵

4.2. Doctrina del bloque de constitucionalidad.

365. Las cortes constitucionales han entendido de forma generalizada que las disposiciones de los tratados de derechos humanos integran el llamado “bloque de constitucionalidad.”

La doctrina del bloque de constitucionalidad consiste en el conjunto de normas que, junto con la Constitución, componen el parámetro de evaluación de la validez sustantiva de las leyes.³⁸⁶ El bloque constitucional combina los derechos fundamentales constitucionales con los derechos humanos que están recogidos en los tratados internacionales de forma que se refuerzan mutuamente.³⁸⁷

Esta técnica permite la “constitucionalización” de la normativa internacional de derechos humanos y la adaptación de las Constituciones a lo largo del tiempo expandiendo el número de fuentes del derecho.³⁸⁸

³⁸⁵ GUATEMALA, Corte de Constitucionalidad. Opinión Consultiva, Expediente 199-95.

³⁸⁶ En España se utiliza la expresión “bloque de constitucionalidad” para referirse a normas que están fuera de la Constitución, pero que sirven, al igual que ésta, para diseñar el reparto de competencias entre el Estado central y las comunidades autónomas, LLORENTE, 1989: 9-37.

³⁸⁷ La doctrina del bloque de constitucionalidad da respuesta a las nuevas direcciones doctrinales en relación a una comprensión de los derechos humanos multidisciplinar. Véase, por ejemplo, AYALA CORAO, 2003. Según el autor, los derechos humanos no pueden ser abordados exclusivamente ni por el Derecho Internacional ni por el Derecho Constitucional (p.3).

³⁸⁸ En Europa la técnica data de 1971 cuando se emite una sentencia del Consejo Constitucional Francés que cita el preámbulo de la Declaración de los Derechos del

366. La mayoría de los tribunales constitucionales se han adherido a la doctrina del bloque de constitucionalidad a la hora de interpretar el carácter del derecho a la consulta y han afirmado que los instrumentos internacionales que lo regulan forman parte de este bloque.

Bolivia, Colombia o Guatemala, entre otros, han incorporado el Convenio N°169 utilizando esta técnica y han identificado normas que consideran materialmente constitucionales.

En el caso U'wa, la Corte Constitucional de Colombia declaró que el Convenio N°169 forma parte del bloque de constitucionalidad de acuerdo con una interpretación integral de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en otros instrumentos normativos que forman parte de este bloque:

“el Convenio 169 de la OIT , y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos laborales de dichos pueblos -artículo 53 C.P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles –artículo 94 C.P.-, ii) dado que el Convenio en cita es el

Hombre y el Ciudadano como fundamento jurídico para rechazar una ley que se consideraba infringía los principios de la Declaración. A partir de entonces, se entiende que la Constitución Francesa incluye aquellos instrumentos a los que se refiere el preámbulo.

instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales”.³⁸⁹

Casi una década después, la Corte Colombiana volvió a referirse a este asunto para afirmar que las disposiciones del Convenio 169 son aplicables directamente en el orden interno, con fuerza constitucional al formar parte del bloque de constitucionalidad.³⁹⁰

En el 2018, la alta corte colombiana vuelve a afirmar este principio haciendo referencia explícita a la Declaración de Naciones Unidas:

“Además, el derecho a la consulta previa se incorpora vía bloque de constitucionalidad, a través de varios instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, dentro de los cuales se destacan el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –en adelante Convenio 169 OIT–, el Pacto Internacional sobre los Derechos, Civiles y Políticos –en adelante PIDCP–, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales –en adelante PIDESC–, y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos –en adelante CADH–. Dichos instrumentos son vinculantes para la definición de las controversias y además marco de acción para garantizar la consulta de los Estados con los pueblos indígenas, como un principio de derecho internacional público. Adicionalmente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Resolución 61/295 y la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial junto con la Recomendación General N° 23 de 1997 relativa a los derechos de los pueblos indígenas, permiten darle alcance al contenido del derecho fundamental a la consulta previa.”³⁹¹

³⁸⁹ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-383 de 2003. Véase también COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995, párr. 12; Corte Constitucional. Sentencia SU-1150 de 2000.

³⁹⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-376 de 2012, párr. 7.

³⁹¹ COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia SU123-18, de 15 de noviembre de 2018. Considerando 5.4.

En Bolivia, el Tribunal Constitucional Plurinacional afirmó el deber del Estado de cumplir tanto con las obligaciones constitucionales como con las internacionales conforme al bloque constitucional reconocido en el artículo 410 de la Constitución Política, con el objetivo de aspirar a lograr la paz social y prevenir conflictos sociales. El Tribunal cita tanto el Convenio 169 como la Declaración.³⁹²

367. También en Guatemala, se ha comenzado a construir una doctrina de desarrollo progresivo de los tratados internacionales de derechos humanos y su incorporación al ordenamiento interno con rango constitucional.

Aunque la Corte de Constitucionalidad carecía de un criterio uniforme sobre la jerarquía de los tratados de derechos humanos ha afirmado en casos recientes que los tratados de derechos humanos y en concreto la obligación de realizar una consulta previa a los pueblos indígenas forman parte del “bloque de constitucionalidad”. La Corte lo define como aquellas normas y principios que, aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes.³⁹³ En particular, consideró que:

“la ratificación de lo dispuesto en los documentos multilaterales supone para el Estado de Guatemala, el compromiso internacional de asumir una posición definida acerca del derecho de consulta de los pueblos indígenas, expresada en varios componentes: (i) su reconocimiento normativo propiamente dicho y, por ende, su inserción al bloque de

³⁹² BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia 0300/2012 (TIPNIS), 19 de junio de 2012.

³⁹³ GUATEMALA. Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 1822-2011. Sentencia de 17 de julio de 2012, considerando IV.

constitucionalidad como derecho fundamental, por virtud de lo establecido en los artículos 44 y 46 de la Carta Magna (...).³⁹⁴

En lo que respecta específicamente al Convenio 169 de la OIT, la Corte de Constitucionalidad ha sostenido que dicho tratado complementa y desarrolla los artículos de la Constitución que se refieren a los derechos de los pueblos indígenas. Las diferencias que pudiera haber entre el texto constitucional y las disposiciones del Convenio 169 no solo no deben entenderse como contradictorias, sino que se complementan entre sí.³⁹⁵

368. En el primer caso sobre el derecho a la consulta que tuvo que dirimir, el Tribunal Constitucional de Perú sostuvo que el Convenio 169 de la OIT es un tratado que tiene rango constitucional y complementa las provisiones de la Constitución.³⁹⁶

369. Del mismo modo, los tribunales superiores han utilizado la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, de forma cada vez más reiterada, para proporcionar contenido a los textos constitucionales.

Las Cortes Constitucionales en Bolivia, Ecuador, Perú y Colombia la han reconocido como fuente de interpretación de las obligaciones de los Estados. La Corte Constitucional Colombiana, por ejemplo, ha utilizado la Declaración como fuente para interpretar los derechos de los pueblos indígenas desde su misma adopción en el año 2007 e incluso antes cuando era un borrador objeto de elaboración.³⁹⁷

³⁹⁴ GUATEMALA. Corte de Constitucionalidad. Exp. 3878-2007. Sentencia de apelación de amparo, de diciembre 2009, considerando IV, inciso d).

³⁹⁵ GUATEMALA. Corte de Constitucionalidad. Exp. 199-95. Opinión Consultiva, 18 mayo 1995, conclusión.

³⁹⁶ PERÚ. Tribunal Constitucional. Exp. 03343-2007-AA, fundamentos jurídicos, párr. 31.

³⁹⁷ Véase, entre otros, COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-376, párr. 16.

La Corte Constitucional de Guatemala ha determinado las obligaciones del Estado de Guatemala con base en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas para afirmar que Guatemala y los Estados suscribientes:

“llevarán a cabo consultas de buena fe con las comunidades indígenas, por conducto de sus propias instituciones representativas, antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, sobre todo cuando se trate del desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales o hídricos [artículo 32, numeral 2]. Asimismo, que velarán eficazmente por la reparación justa y equitativa por esas actividades, además de adoptar las medidas necesarias para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual que puedan conllevar.”³⁹⁸

370. La Corte Constitucional de Perú también ha acudido a la Declaración para reconocer derechos indígenas³⁹⁹ pero en otros casos ha afirmado que no tiene un valor jurídico vinculante en sentido estricto.⁴⁰⁰

371. Sin embargo, aparte de desarrollar provisiones que ya se encontraban en otros tratados de derechos humanos, la Declaración tiene su propio valor normativo que se hace patente cuando afirma que “los Estados en consulta y cooperación con los pueblos indígenas adoptarán las medidas necesarias, incluyendo medidas legislativas, para cumplir los objetivos de la Declaración presente.”⁴⁰¹

³⁹⁸ GUATEMALA, Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009, considerando IV, punto d.

³⁹⁹ PERÚ, Tribunal Constitucional. EXP. N°. 01126-2011-HC/TC. Madre de Dios, Juana Griselda Payaba Cachique. Sentencia del 11 de setiembre de 2012, párr. 23. Para un análisis profundo al respecto véase: YRIGOYEN FAJARDO, 2013.

⁴⁰⁰ PERÚ, Tribunal Constitucional. EXP. 00022-2009-PI. Sentencia del 9 de junio de 2010.

⁴⁰¹ CLAVERO, 2013: 188.

La Corte Suprema de Belice emitió una decisión tomando como fundamento la Declaración en relación a los derechos territoriales y los recursos de los Mayas. El Juez jefe Conteh mantuvo que Belice estaba sujeto al Derecho Constitucional e Internacional a la hora de reconocer, respetar y proteger los derechos a las tierras ancestrales de los Mayas. En esta decisión se mantuvo que la Declaración comportaba obligaciones significativas para el Estado.⁴⁰²

4.3. *Aplicación de las normas de derechos humanos y las disposiciones constitucionales. El principio de normatividad.*

372. Desde el punto de vista internacionalista, una norma de derechos humanos tiene una vigencia inmediata. Es una norma completa, independientemente de si recibe o no desarrollo legislativo a nivel interno. Es decir, su vigencia es inmediata. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido al artículo 2 de la Convención Americana que dispone la supremacía de sus normas por encima de las medidas legislativas internas de los Estados. Los Estados están obligados al cumplimiento de la Convención Americana independientemente de la jerarquía de las normas que se establezcan en las Constituciones de los Estados.⁴⁰³

Del mismo modo ocurre que con las normas constitucionales, una interpretación que condicione la validez de una norma de fuente internacional al desarrollo legislativo es incompatible con el principio de normatividad de la Constitución. Así pues, aunque una norma no haya sido objeto de desarrollo legal mantendrá su fuerza normativa. De lo contrario, tanto las provisiones de derechos humanos como las constitucionales se

⁴⁰² BELICE, Corte Suprema 2007.

⁴⁰³ O VALLE FAVELA, 2012: 620.

volverían dependientes de regulación legislativa ordinaria para tener plena validez.⁴⁰⁴

373. Tanto los tratados como la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos no solo cumplen una función interpretativa del Derecho interno, sino que suponen límites claros a la acción estatal.

Entre las obligaciones de los Estados está la de suprimir cualquier norma que suponga una violación de los derechos contemplados en la Convención Americana.⁴⁰⁵ En el caso *Castillo Petruzzi v. Perú*, la Corte consideró que el Estado está obligado a adoptar legislación que permita su cumplimiento efectivo.⁴⁰⁶

374. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que estos límites afectan a cada uno de los órganos y agentes oficiales del Estado. En caso de que el legislador no regule el derecho, los tribunales nacionales pueden adoptar las medidas que sean necesarias para el respeto de los derechos constitucionales. Así, la Corte ha ido reconociendo de manera progresiva la importancia de una “función política” de los jueces nacionales en la definición del contenido de los derechos constitucionales y convencionales.

375. El derecho de los pueblos indígenas a la consulta puede no ser objeto de regulación en un país, pero constituye, en cualquier caso, una limitación a las facultades del Congreso y los poderes públicos. De esta forma, el incumplimiento del derecho a la consulta sería incompatible con la Constitución y el principio de normatividad.

⁴⁰⁴ CASTILLO CÓRDOVA, 2007:200.

⁴⁰⁵ Ver MEDINA QUIROGA, 2005: 246-257.

⁴⁰⁶ *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C 52.

4.4. El control de convencionalidad

376. Una de las técnicas más efectivas para mejorar el cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos ha sido la doctrina del control de convencionalidad.

377. El control de convencionalidad supone una asimilación de conceptos del Derecho Constitucional, incorporando las doctrinas de Derecho Constitucional en la normativa de derechos humanos. Y viceversa, desde el punto de vista del Derecho interno, se puede entender como un proceso de “internacionalización del Derecho Constitucional” que ofrece garantías constitucionales, entendidas como instrumentos procedimentales constitucionales, para la protección de los derechos fundamentales y los derechos humanos.

378. De acuerdo con uno de los magistrados de la Corte Interamericana, el juez Ferrer Mac-Gregor, el control de convencionalidad tiene una tercera dimensión u objetivo que es el promover un diálogo judicial entre la Corte Interamericana y los tribunales nacionales que ha de contribuir a un *ius constitutionale commune* en la región.⁴⁰⁷

La Corte Interamericana la describe como:

“un mecanismo para la aplicación del Derecho Internacional y la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte.”⁴⁰⁸

379. Se considera que la sentencia sobre el caso Barrios Altos contra Perú en el 2001 fue la génesis del control de convencionalidad. En su decisión la Corte no se limitó a determinar que la ley de amnistía de Perú

⁴⁰⁷ FERRER MAC-GREGOR, 2015: 99.

⁴⁰⁸ Mauro Cappelletti acuñó esta expresión en 1977 en relación al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como: “control of conventional legitimacy of the contested act”. CAPPELLETTI, 1987: 240.

era incompatible con la Convención Americana, sino que declaró que “carecía de efectos jurídicos”.⁴⁰⁹ Además, la Corte dispuso que los efectos de la sentencia eran genéricos y no se limitaban al caso concreto de Perú.⁴¹⁰

En el caso *Las Palmeras v. Colombia*, la Corte ya había dejado claro que podía examinar no solo la conducta de un Estado sino cualquier ley que pudiera resultar incompatible con la Convención Americana.⁴¹¹

380. Años después, en el caso de *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte reitera que los jueces y tribunales están sujetos al imperio de la ley y que, desde el momento en que un Estado ratifica un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del Estado, quedan obligados por ella.

De acuerdo con esta tesis, los jueces nacionales han de ejercer un control de convencionalidad de las leyes internas. Y en esta función de tutela los jueces no sólo han de considerar la Convención Americana sino también la jurisprudencia de la Corte Interamericana.⁴¹²

381. Así, la Corte desarrolla dos dimensiones del control de convencionalidad, una interna y otra externa.

(a) El control externo o “control concentrado” sería realizado por la Corte Interamericana en el plano internacional.

⁴⁰⁹ *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 44.

⁴¹⁰ *Caso Barrios Altos Vs. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001, Serie C No. 83, Sec. VII, párr. 2.

⁴¹¹ *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, párr. 32.

⁴¹² *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124 y 125.

(b) El control considerado como “control difuso” o interno⁴¹³, que es el ejercido por los jueces nacionales, considerados competentes para contrastar la normativa interna, dejar de aplicar el Derecho interno y aplicar la Convención Americana u otro tratado en los casos presentados ante ellos.⁴¹⁴

382. El control de convencionalidad demuestra en qué grado el sistema interamericano de derechos humanos y el Derecho Constitucional ha evolucionado hacia un sistema legal verdaderamente integrado. Hasta el punto de que se puede hablar de un Derecho Constitucional Interamericano que “opera dentro de una esfera de acción única.”

383. Se ha abogado porque se establezca un diálogo más fluido entre la Corte Interamericana y las autoridades judiciales nacionales y que esta comunicación sea bidireccional y sustantiva.⁴¹⁵ Desde este punto de vista, la creciente integración en las esferas económicas, sociales y políticas ha de verse correspondida por un “Derecho Constitucional Latinoamericano.” En este plano, la Corte Interamericana aparecería como un órgano jurisdiccional que ostenta poderes de protección constitucional.⁴¹⁶

4.4.1. Control difuso o interno.

384. La Corte Interamericana ha mantenido que los jueces pueden llevar a cabo un control de convencionalidad descentralizado, verificando no solo el cumplimiento de la Constitución y las leyes nacionales, sino también la compatibilidad con la Convención Americana.⁴¹⁷

⁴¹³ BUSTILLO MARÍN, 2013: 6.

⁴¹⁴ REY CANTOR, 2008: 46 y 47

⁴¹⁵ DULITZKY, 2015: 92.

⁴¹⁶ AGUILAR CAVALLO, 2017: 158-184.

⁴¹⁷ En opinión separada, el Juez Sergio García Ramírez en relación a la sentencia del caso de los Trabajadores v. Perú de 2006, subraya el control de convencionalidad que pueden realizar los jueces nacionales conforme a las atribuciones que les confieren los

385. Esta visión ha encontrado réplica en las cortes nacionales. El Tribunal Constitucional de Perú subrayó la importancia de la articulación entre la normativa de derechos humanos y el Derecho interno a la hora de guiar la acción de los tribunales nacionales mediante un control de constitucionalidad difuso.

La Sección Preliminar del Código de Procedimiento Constitucional establece lo siguiente:

Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional [...] Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

El tribunal peruano ha constatado que el mandato imperativo derivado de la interpretación de los derechos humanos implica que toda actividad pública debe considerarse como la aplicación directa de las normas reconocidas en los tratados de derechos humanos, así como la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de los cuales Perú es parte.⁴¹⁸

En la sentencia sobre el Decreto legislativo que regulaba el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, el alto tribunal aplicó esta doctrina:

V.13. la omisión en la regulación de algún mandato *ius* fundamental contenido en un tratado internacional tampoco habilita al Estado a incumplir con las obligaciones emanadas de él. En todo caso, frente al vacío o deficiencia de la ley los entes jurisdiccionales no pueden dejar de administrar justicia (art. 139, inciso 8 de la Constitución). Desde

ordenamientos internos y las disposiciones del Derecho internacional de los derechos humanos. Corte I.D.H. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128.

⁴¹⁸ PERÚ. STC EXP. N° 02798-2004-HC/TC, f.j. 8. 31

luego, ello coloca al juez que debe aplicar dicha norma en una situación delicada y compleja, por cuanto, tendrán que configurar los elementos y requisitos del derecho sobre la base de situaciones concretas.⁴¹⁹

386. Así pues, cuando un instrumento del ordenamiento jurídico es manifiestamente incompatible con el cuerpo legal del sistema interamericano de derechos humanos, las autoridades estatales deben hacerlo inaplicable y evitar la violación de los derechos humanos. Las autoridades estatales deben llevar a cabo este control de convencionalidad en virtud de su posición oficial (*ex officio*) y garantizar que siempre actuarán dentro del marco de sus competencias y procedimientos.

387. En este ejercicio, los jueces aplicarán la técnica del bloque de constitucionalidad o bloque de convencionalidad que incluye los tratados de derechos humanos que forman parte del sistema interamericano en el marco de la Organización de Estados Americanos, así como otros instrumentos relevantes (incluyendo *soft law*) que definen las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos.⁴²⁰

En este bloque se comprende también la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas se comprenderían en este bloque en la medida en la que la Corte ha incorporado estándares relevantes en sus sentencias.

388. El grado de aplicabilidad de todos estos instrumentos variará según el caso y el Estado del que se trató, según haya o no ratificado

⁴¹⁹ PERÚ. STC EXP. N.º 0022-2009-PI/TC

⁴²⁰ *Caso Familia Pacheco Tineo VS. Estado Plurinacional de Bolivia*, Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C., No. 272, párr. 143. La Corte dictaminó que el artículo 29 d) permite a la Corte interpretar la Convención Americana a la luz de otras fuentes del Derecho Internacional que sean relevantes.

determinados instrumentos y las reservas que se hayan emitido a los mismos.

El control de convencionalidad abarca también las sentencias derivadas de casos contenciosos y otras resoluciones aprobadas mediante la acción de supervisión de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. Por ejemplo, aquellas decisiones emitidas en relación a medidas preliminares y cautelares, opiniones consultivas, seguimiento al cumplimiento de las sentencias y otras decisiones.⁴²¹

389. La teoría contrasta con la práctica en relación al Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas. En general, estas normas se han aplicado como instrumento de interpretación de otras leyes o disposiciones constitucionales.

Frecuentemente, el Convenio 169 se ha invocado como argumento decisivo en tensiones o conflictos de otras leyes. En muchas ocasiones, los jueces han desarrollado su argumentación en dos partes. Una basada en leyes nacionales, y otra que verifica que la conclusión no infringe las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.

En México, por ejemplo, los jueces se han distinguido por aplicar el control de convencionalidad frente a actos del ejecutivo.⁴²² En relación al Convenio 169, cabe citar el caso “Tanetze de Zaragoza, Oaxaca” de 2007, en el que se trataba de determinar el alcance de los derechos electorales de los pueblos indígenas. La Corte Mexicana abogó por una interpretación “sistemática y funcional” de las provisiones constitucionales en conjunto con los artículos 2, 4.1 y 12 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 1.1. de la Convención Americana y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.⁴²³ El

⁴²¹ Corte I.D.H. Opinión Consultiva, OC-2/82, de 24 de septiembre de 1982.

⁴²² Ver CASTILLA, 2011: 593-624.

⁴²³ MEXICO, SUP-JDC-11/2007, de 6 de junio de 2007.

acto de retrasar la celebración de las asambleas indígenas fue considerado una violación del derecho a elegir las autoridades indígenas.

390. En relación al derecho a la consulta tiene particular relevancia el asunto del efecto temporal del control de convencionalidad. La declaratoria de inconvencionalidad podría tener efectos retroactivos o solo afectar a la validez de la norma hacia el futuro. En este punto, la jurisprudencia de la Corte se ha mostrado oscilante. En cualquier caso, toda violación del derecho debe obtener reparación. Una norma que no haya sido consultada y que resulte, por tanto, inconvencional ha de ser subsanada.⁴²⁴

4.4.2. Control concentrado o externo.

391. La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene el poder de controlar la convencionalidad de los actos que se le someten a examen del mismo modo que lo hacen los tribunales nacionales cuando llevan a cabo un control de constitucionalidad.⁴²⁵

Así, a la hora de definir los estándares relativos a los derechos de los pueblos indígenas, la Corte no solo ha tomado en cuenta los instrumentos legales internacionales sino también las distintas provisiones constitucionales.

En el caso de *Awas Tingni*, la Corte tomó como base la Constitución de Nicaragua para identificar el derecho de los miembros de las comunidades

⁴²⁴ BARRERO ORTEGA, A., 2019 : 86.

⁴²⁵ Los debates en Europa se han centrado en torno a si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debería proporcionar una justicia “individual” o “constitucional”. Los que defienden la postura “constitucional” creen que el Tribunal debería centrarse en proporcionar decisiones razonadas en casos que presentan rasgos jurídicos innovadores, importantes y complejos que son de especial relevancia.

indígenas a la propiedad comunal de las tierras y para delimitar el contenido del Artículo 21 de la Convención Americana.⁴²⁶

392. De acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, forma parte de la jurisdicción de la Corte Interamericana examinar el grado de cumplimiento de acuerdo con las leyes nacionales e internacionales.⁴²⁷

La expresión máxima del control de convencionalidad como análogo al control de constitucionalidad se presentaría en los casos en los que la Corte Interamericana asume el poder de invalidar las normas internas de un Estado. Este rasgo ha sido normalmente característico de los poderes constitucionales que llevan a cabo la revisión judicial y no tanto la de un tribunal internacional que tenía en principio jurisdicción para determinar la existencia de responsabilidad internacional de un Estado por la violación de los derechos humanos.⁴²⁸

⁴²⁶ Caso *Awas Tingni*, párr. 148.

⁴²⁷ REY CANTOR, 2008: 43.

⁴²⁸ Ver voto razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos en el Caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú* del 24 de noviembre de 2006, pp. 1-4.

CAPÍTULO II: LA CONSIDERACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA EN LAS CONSTITUCIONES Y LOS PROCESOS DE REFORMA

1. Breves referencias al Derecho Constitucional comparado.

1.1. Rasgos comunes y tendencias.

393. La experiencia constitucional en relación a la forma en la que se ha llevado a cabo el reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos es muy variada. Allí donde se ha producido el reconocimiento jurídico de estos pueblos, la plasmación constitucional y legal ha supuesto la inclusión de determinados derechos fundamentales, individuales o colectivos.

A pesar de esta diversidad, si se valora globalmente, el reconocimiento de derechos indígenas en las cartas magnas ha sido escaso, incluso en aquellos países que cuentan con una población indígena significativa y organizada institucionalmente. El derecho a la consulta indígena en concreto ha encontrado reflejo constitucional en un número muy limitado de casos.

394. Otro rasgo común que se aprecia es que la gran mayoría de textos constitucionales han optado por un enfoque de protección a los pueblos indígenas como minorías, favoreciendo el punto de vista cultural y lingüístico. Solo de forma excepcional se han regulado cuestiones como la demarcación de tierras, o la participación institucional formal mediante la asignación de cuotas parlamentarias, por poner solo algunos ejemplos de trascendencia política directa.

395. Un análisis global de las reformas constitucionales revela que el desarrollo reciente de los estándares internacionales relativos a los derechos indígenas ha tenido un impacto más bien limitado y ha estado principalmente circunscrito a la región de América Latina.

396. A pesar de ello, es necesario realizar dos observaciones. Primero, las comparaciones siempre se deben realizar con cautela teniendo en cuenta que cada contexto es particular. Estas particularidades se acentúan, más si cabe, en el caso de los pueblos indígenas que afrontan situaciones muy particulares dependiendo de los territorios donde habitan.

397. En segundo lugar, aunque la adopción de la Declaración de Naciones Unidas y otros avances internacionales no han supuesto cambios drásticos, sí se ha constatado una tendencia significativa de apertura en un número destacado de países. Entre estos avances, se aprecian efectos de “etnificación” de los textos constitucionales que permiten o incluso potencian desde el ámbito institucional el surgimiento de identidades colectivas indígenas.⁴²⁹ Estos acontecimientos tiene un valor acentuado habida cuenta del carácter rupturista de algunos postulados políticos indígenas y la resistencia estructural a acomodarlos en sistemas constitucionales rígidos.

1.2. *Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda*

398. Por otra parte, otro grupo de países contaban ya con sistemas de protección constitucional avanzados. Es el caso del grupo de Estados que votaron inicialmente en contra de la adopción de la Declaración de Naciones Unidas –Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda. En sus alegaciones consideraban que el texto propuesto a la Asamblea General reflejaba estándares inferiores a los de sus normativas internas.⁴³⁰

⁴²⁹ MARTI i PUIG, 2004: 388.

⁴³⁰ Otros 10 países del Pacífico miembros de la ONU se abstuvieron durante la sesión de adopción de la Declaración a pesar de que tienen mayoría indígena en su población (Fiji, Marshall Islands, Nauru, Palau, Kiribati, Islas Solomon, Vanuatu, Tuvalu, Tonga y Papua Nueva Guinea). No dejaron claro si la abstención obedecía a razones concretas.

399. Las declaraciones de dichos Estados a la hora de votar hacen referencia a versiones divergentes del principio de consulta y su valor vinculante. Efectivamente, la consulta y el principio de consentimiento se encontraban ya regulados en los marcos constitucionales de algunos de ellos.

En Canadá, por ejemplo, el deber de consultar se recoge en el Acto Constitucional de 1982, Sección 35, y en los tratados sobre los territorios. La Corte Suprema mantuvo en el 2004 y 2005 que la Corona tenía el deber de consultar y adoptar las medidas oportunas en caso de preverse un impacto potencialmente adverso a los derechos aborígenes.⁴³¹ Este deber de consulta derivaría de la relación especial entre la Corona y los pueblos aborígenes (Indios o “Primeras Naciones”, Inuits y Métis) y genera el reconocimiento de un derecho fundamental. En noviembre de 2007 el gobierno anunció un Plan de Acción Federal para abordar las cuestiones dirimidas por el alto tribunal.

En Estados Unidos, el reconocimiento constitucional ha garantizado también un espacio político importante para los indios americanos. La Constitución de 1789 en su artículo primero brinda autoridad al Congreso para tratar con las tribus indias. La disposición prevé que “el Congreso tendrá el poder de regular el comercio con Naciones extranjeras, y entre los distintos Estados, y con las tribus indias.”⁴³² Además, el texto constitucional incluye una cláusula que ratifica 9 tratados previos que se habían firmado anteriormente con las naciones indias, declarándolos “the

⁴³¹ Haida and Taku River decisions in 2004, and the Mikisew Cree decision in 2005.

⁴³² U.S. CONST. art I, § 8, cl. 3 (“Congress shall have power . . . To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes . . .”).

supreme Law of the Land”⁴³³ y atribuyendo competencia para contraer nuevos acuerdos.

En Australia, en cambio, no existe un reconocimiento constitucional y de derechos. Esto se ha considerado como una causa principal de que los índices económicos y sociales de los pueblos aborígenes sean mucho más bajos que los del resto de la población y más bajos también que los de los indígenas en Estados Unidos, Canadá, o incluso Nueva Zelanda.

1.3. Europa

400. Entre el grupo de Estados con regulaciones constitucionales más avanzadas se encuentran los países del Norte de Europa. Fueron estos países nórdicos los que se caracterizaron por un mayor liderazgo en el proceso de adopción de la Declaración de Naciones Unidas. El pueblo Sami disfruta de un amplio elenco de derechos fundamentales en Suecia, Noruega y Finlandia. Sin embargo, ninguno de ellos cuenta con protección constitucional para el derecho a la consulta.

Si se examinan en conjunto, Noruega y Finlandia tienen un sistema constitucional de protección mucho más fuerte en relación a la cultura y los medios de subsistencia, mientras que en Suecia el mecanismo constitucional consiste en un instrumento de gobierno que no genera derechos justiciables para los Sami.⁴³⁴

En 1995 se reformó la Constitución de Finlandia para reconocer los derechos de los Sami como pueblos indígenas. La nueva constitución del 2000 añadió al elenco de derechos, el derecho a un trato igualitario, y el derecho al uso de la lengua y cultura propias. La sección 121 reconoce el

⁴³³ U.S. CONST. art. VI, cl. 2; Robert J. Miller, *American Indians and the United States Constitution* (2000), at 5.

⁴³⁴ ALLARD, 2018.

auto gobierno regional y municipal con competencias presupuestarias. En 1972, se creó un parlamento Sami (al igual que en Noruega y Suecia) y en 1995 se adoptó legislación reconociendo la representación Sami en las estructuras del Estado y los mecanismos de negociación.

En Noruega el artículo 110 de la Constitución dispone que el Estado tiene la responsabilidad de crear las condiciones para que los Sami puedan preservar su cultura, lengua y modos de vida. La inclusión en 1988 de este artículo se produjo después una disputa en relación a la construcción de una presa que afectaba el pastoreo de renos. En Noruega, aparte de la institución del parlamento Sami, otros grupos también pueden ejercer su derecho a ser consultados si se encuentran afectados por las medidas propuestas.

En Suecia, la Constitución fue reformada en el 2011 para incorporar un reconocimiento a los Sami y otras minorías religiosas, lingüísticas y étnicas, afirmando la igualdad de oportunidades para preservar una vida cultural y social.

Los tres países se encuentran elaborando una Convención sobre los Samis Nórdicos de acuerdo con los tratados de derechos humanos y la Declaración de Naciones Unidas. El objetivo es garantizar los mismos estándares y armonizar las leyes nacionales en relación a los Sami. El texto de la Convención incluye un artículo 17 sobre decisiones y consentimiento previo del Parlamento Sami (artículos 17 y 18). Los llamados Parlamentos Sami, sin embargo, no tienen poderes legislativos y en este sentido se diferencia de forma notable de los Parlamentos nacionales.

401. El caso de los Sami y otros pueblos indígenas en Rusia, sin embargo, es muy diferente. En Rusia, el artículo 69 de la Constitución garantiza los derechos de los pueblos minoritarios indígenas de forma genérica de acuerdo con las normas de derecho internacional y acuerdos de la Federación Rusa.

402. Entre los sistemas con un nivel de protección más elevado se encuentra el caso de Dinamarca. En el territorio de Groenlandia habitan 50,000 Inuits que tienen representación en el parlamento nacional a través de dos de sus miembros, de acuerdo con el artículo 28 de la Constitución. Desde 1979, Groenlandia ha tenido un régimen autonómico con amplias competencias, excepto en materia de asuntos exteriores, seguridad y administración de justicia.

1.4. Asia

403. En la región de Asia, encontramos regímenes constitucionales que reconocen determinados derechos de los pueblos indígenas (Camboya, Filipinas, Indonesia) y un número significativo de Estados que ni siquiera reconoce la existencia de pueblos indígenas ni derechos (Laos, Malasia Peninsular, Myanmar, Tailandia, Timor Oriental y Vietnam).

En Asia la situación de reconocimiento constitucional tiene unas características particulares. Para empezar muchos de estos países no cuentan con sistemas democráticos, o al menos no con sistemas democráticos consolidados. Ello incide en la comprensión de principios de participación e inclusión bajo los parámetros de las democracias modernas y el respeto de derechos fundamentales.

Nepal es uno de los países que ha experimentado una reforma constitucional reciente a partir del acuerdo de paz de 2005. El proceso constituyente fue largo y complejo, en parte debido al debate sobre las pretensiones de los movimientos indígenas del país que reclamaban un reconocimiento al derecho de libre determinación y una reconfiguración regional del país de acuerdo con sus identidades colectivas.

El artículo 3 de la nueva Constitución de 2015 describe la nación como multiétnica, multilingüe, multireligiosa y multicultural con pueblos que viven en regiones geográficas diversas con aspiraciones comunes.”

La Constitución recoge múltiples disposiciones que se refieren al principio de no discriminación en relación a los Janajatis (indígenas) y otros grupos desfavorecidos. El artículo 18 garantiza la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Asimismo, se contempla la Comisión de las Nacionalidades Indígenas como órgano clave a la hora de garantizar la defensa de sus intereses. Leyes importantes son también la Ley de Autogobierno Local de 1999 y las enmiendas a la Ley de Servicio Civil de 2007 que incorpora disposiciones sobre cuotas para pueblos indígenas.

Sin embargo, el texto constitucional no respondió a las demandas indígenas que reclamaban ver reflejado el derecho de libre determinación, la consulta y el principio de obtener el consentimiento de acuerdo con los estándares internacionales.

404. También merece la pena detenerse en el caso de Filipinas, donde la Constitución de 1987 refleja un cambio fundamental dejando atrás una visión integracionista. El artículo 12.5, establece la protección de los derechos de las comunidades culturales indígenas y sus tierras ancestrales. Además, la Constitución filipina consagra el principio de libre determinación en el artículo 14.17. El Estado:

“...reconoce, respeta y protege los derechos de las comunidades culturales indígenas para preservar y desarrollar sus culturas, tradiciones e instituciones. Considerará estos derechos en la formulación de planes y políticas de desarrollo.”⁴³⁵

El artículo 16.12 prevé la creación de un cuerpo consultivo representativo que aconsejará al Presidente en las políticas que puedan afectarles.

⁴³⁵ Constitución de Filipinas de 1987. [Traducción de la autora]

Asimismo, la Constitución declara que el Congreso podrá proveer la aplicabilidad de las leyes tradicionales respecto a los derechos de propiedad. Esto se ha visto desarrollado a través de la Ley sobre Derechos de Pueblos Indígenas de 1997 (IPRA, por sus siglas en inglés) que contempla la posibilidad del conflicto de leyes, particularmente con la Ley de Minería de 1995.⁴³⁶

El IPRA se consideró un instrumento muy avanzado ya que es una de las primeras leyes nacionales que recoge el principio del consentimiento. El enfoque de la ley es lograr un consenso con los pueblos indígenas en relación al derecho a permanecer en sus territorios y sus sitios de culto. En este sentido, la exploración o explotación de recursos naturales requerirá el consentimiento de dichos pueblos por ley.

La constitucionalidad de la ley fue pronto puesta en cuestión ante la Corte Suprema. Se alegaba que la ley infringía la doctrina de la regalía según la cual solo el Estado tiene el derecho a controlar y gestionar los recursos naturales. La Corte Suprema sostuvo la constitucionalidad al considerar que los dominios ancestrales nunca fueron tierras públicas.⁴³⁷

Aunque la ley representa sin duda un avance destacable, la aplicación ha afrontado muchos retos debido a que la consulta no se ha realizado de acuerdo con los estándares internacionales.⁴³⁸ El gobierno tuvo que revisar las directrices sobre el consentimiento previo, libre e informado en 2012

⁴³⁶ Indigenous Peoples Rights Act (1997), Republic Act No. 8371. Chapter III, sec. 5, of IPRA. Ver, también, informe del Relator Especial a Filipinas en el 2003, E/CN.4/2003/90/Add.3.

⁴³⁷ Cruz v. Secretary of Environment and Natural Resources. G.R. No. 135385 (December 6, 2000).

⁴³⁸ CARINO, 2005.

para contemplar que los pueblos indígenas puedan otorgar o no el consentimiento de forma razonada.⁴³⁹

La experiencia filipina contrasta radicalmente con otros países de la región del Pacífico. Aunque la población indígena es numerosa, las Constituciones de estos países se limitan a mencionar a los “habitantes indígenas” y algunas como la de Papua Nueva Guinea reconocen los sistemas y leyes tradicionales indígenas.

1.5. África

405. En África, el reconocimiento constitucional y legal de los pueblos indígenas es escaso. Con la excepción de la Constitución de Camerún de 1996 que habla de población indígena, ninguna constitución africana contiene el término de “pueblos indígenas”. Los países africanos no han desarrollado regulación sobre la consulta con la excepción de Liberia.

Algunos países como Eritrea o Etiopía reconocen oficialmente la existencia de distintos grupos étnicos dentro de sus fronteras. La Constitución de Etiopía habla de “naciones, nacionalidades y pueblos” con derechos constitucionales que incluyen el derecho a desarrollar y promover su propia cultura e historia. Varias constituciones garantizan la protección de las minorías (Kenia) y algunas disponen mecanismos para la representación de determinados grupos étnicos en órganos nacionales (Burundi). En el otro extremo se encuentran las constituciones que no reflejan siquiera la composición étnica y heterogénea de la población (Egipto).

⁴³⁹ Republic of the Philippines, Administrative Order No. 03-12 or The Revised Guidelines on Free and Prior Informed Consent (FPIC) and Related Processes of 2012 (April 2012),

En Sudáfrica, la Constitución solo contiene un reconocimiento de las lenguas indígenas. La Corte Constitucional de Sudáfrica mantuvo la naturaleza colectiva de la propiedad en el caso de la Comunidad Richtersveld que había sido desposeída de sus tierras durante el régimen político del apartheid. La Corte Constitucional reconoció que la ley indígena era fuente independiente de normas en el ordenamiento jurídico del que emanaban los títulos comunales tradicionales sobre la tierra.⁴⁴⁰

2. El engranaje constitucional de los derechos de los pueblos indígenas y los modelos plurinacionales en América Latina

2.1. *Nuevos modelos plurinacionales*

406. Desde mediados de los años 80 y principios del año 2000 se han producido procesos de reforma constitucional que han permitido la transición de regímenes dictatoriales a la democracia. La última serie de estas reformas se han producido en un contexto de dinamismo constitucional en países como Ecuador (1998 y 2008), Venezuela (1999), Bolivia (2009), República Dominicana (2010) o México (2011).

407. En el siglo XIX, las respuestas del constitucionalismo para tratar la llamada “cuestión indígena” habían adoptado una política integracionista. Por un lado, se pretendía asimilar a los indígenas en la categoría de ciudadanos con derechos individuales.⁴⁴¹ Por otro, se trataba de “civilizar y cristianizar” a los indígenas que todavía no estaban colonizados, hasta el punto de que algunas constituciones se refirieron a ellos como salvajes. No es de extrañar, que este constitucionalismo no fuera capaz de dar respuesta

⁴⁴⁰ Alexkor Limited and the Government of South Africa v. The Richtersveld Community and Others, Case CCT 19/03 (Oct. 14, 2003).

⁴⁴¹ En el caso de la reforma de México, ver BÁRCENAS, 2013: 31-41.

a las altas tasas de conflictividad y disputas y que dieron como resultado el despojo de muchos territorios indígenas.⁴⁴²

408. A estos modelos constitucionales liberales del siglo XIX se han incorporado concepciones que, al menos formalmente, reconocen un pluralismo jurídico-constitucional y la existencia de pueblos indígenas con autoridades indígenas propias, sistemas jurídicos y legales propios.⁴⁴³

CLAVERO señala tres hitos en las reformas constitucionales. El primero vendría de la mano de la Reforma de la Constitución mexicana de 1917 que reconoce la existencia y la personalidad jurídica de los pueblos indígenas a la par que posibilita la devolución de tierras. El segundo cambio se da en la década de los 80 y de los 90 con la inclusión del reconocimiento de los pueblos y sus derechos, aunque sea un reconocimiento, en general, puramente formal. En tercer lugar, la culminación de la Declaración de Naciones Unidas abre las puertas para un giro fundamental y transformador que se constata en el proceso de reforma de Bolivia.⁴⁴⁴

409. El primer rasgo común que se aprecia en los procesos de reforma es que ponen de manifiesto nuevos elementos para reflexionar sobre el modelo tradicional de Estado monocultural. Así, se introducen principios que responden a lo que ha sido denominado como un “constitucionalismo multicultural”⁴⁴⁵ o “neo-constitucionalismo pluricultural”.⁴⁴⁶

⁴⁴² YRIGOYEN FAJARDO, 2011: 126

⁴⁴³ Tener en cuenta la distinción que Yrigoyen Fajardo hace entre el constitucionalismo multicultural (1982-1988), el constitucionalismo pluricultural (1989-2005), y el constitucionalismo plurinacional (2006-2009). YRIGOYEN, 2011.

⁴⁴⁴ CLAVERO, 2010: 369-372.

⁴⁴⁵ VAN COTT, 2000

⁴⁴⁶ CLAVERO, 2013: 193

Sin embargo, el constitucionalismo multicultural no supone realmente una redefinición del Estado y el Derecho hasta el punto de que pueda hablarse de un nuevo Derecho. Más bien, la multiculturalidad que se ha plasmado en los nuevos textos constitucionales responde a una situación de desigualdad en la que existen actores -principalmente indígenas- que se ven excluidos de la participación en la cultura hegemónica de un Estado. El reconocimiento de derechos se sucede con el fin de lograr su inclusión. No se produce, por tanto, un reconocimiento pleno e integral de nuevos sujetos colectivos con derechos colectivos que integran el Estado en todas las dimensiones.⁴⁴⁷

410. Al mismo tiempo, estas nuevas concepciones de constitucionalismo responden, o al menos reconocen, algunos elementos del principio del pluralismo jurídico, que se ha definido de la siguiente forma:

“...representa la coexistencia dentro de un mismo Estado de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos, fundamentados en aspectos culturales, ideológicos, geográficos, políticos, o por diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales.”⁴⁴⁸

411. El pluralismo jurídico se presenta como principio ordenador de todo el sistema constitucional boliviano.⁴⁴⁹ En efecto, uno de los logros del proceso constitucional fue la de contemplar una perspectiva pluricultural y plurinacional de forma transversal en el nuevo texto constitucional de Bolivia de 2009.

Estos principios plurinacionales impregnan todas las cuestiones de estructuración jurídica y política como los derechos y libertades, las fuentes

⁴⁴⁷ NOGUERA FERNÁNDEZ, A. 2010: 99 y 107.

⁴⁴⁸ YRIGOYEN, 2004: 173-174

⁴⁴⁹ MARTÍNEZ DE BRINGAS, 2008.

del Derecho o la división de poderes. Se establece un órgano electoral plurinacional con representación indígena y cuotas de parlamentarios indígenas.⁴⁵⁰ El mandato de plurinacionalidad incluye también al sistema de justicia⁴⁵¹, incluyendo la justicia indígena que el texto constitucional considera al mismo nivel que la justicia ordinaria, y el Tribunal Constitucional Plurinacional, compuesto por siete magistrados, dos de los cuales son de procedencia indígena.⁴⁵²

De esta forma, la Constitución incorpora el espíritu y el texto literal de algunas disposiciones de la Declaración de Naciones Unidas y dota de subjetividad jurídica a los pueblos y nacionalidades indígenas.⁴⁵³

412. Después de la Declaración, se han seguido produciendo procesos de reforma en países que antes ignoraban la diversidad étnica y cultural.

Uno de los casos más recientes es el de El Salvador en 2014 que reforma el artículo 63 para reconocer a los pueblos indígenas y comprometerse a adoptar “políticas a fin de mantener y desarrollar su identidad étnica.”

No obstante, dicho reconocimiento no viene acompañado por derechos específicos. Además, aunque se plantea en el debate, El Salvador sigue sin

⁴⁵⁰ Descripción de GARGADELLA & COURTIS, 2009. Al analizar el nuevo constitucionalismo latinoamericano, los autores identifican la marginación indígena como problema al que se dio respuesta por parte de algunos constituyentes (Bolivia y Guatemala).

⁴⁵¹ CLAVERO, 2012(a), 31.

⁴⁵² Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, de 6 de julio de 2010, art. 3. 152. Id. art. 13.2

⁴⁵³ Conviene recordar que la reforma de Bolivia de 1994 ya concebía a las “comunidades indígenas” como entidades de Derecho Público y protegía ciertos niveles de autoridad y autogestión en sus territorios. Para una descripción histórica, ver, ROBLEDO, 2002.

ratificar el Convenio 169 de la OIT y continúa representando una excepción en la región junto a Cuba, Panamá, Uruguay y República Dominicana.

413. Los procesos de reforma, en todo caso, no están exentos de dificultades y suponen más bien sentar las bases sobre las cuales se ha de producir un desarrollo legal y político. En particular, es necesario incidir en las características multiculturales, incluyendo el derecho consuetudinario de los pueblos y su autogobierno. Aunque algunas cortes se han mostrado sensibles a los principios de la diversidad indígena y el multiculturalismo, ello no ha supuesto un replanteamiento en profundidad del modelo imperante en los sistemas judiciales.⁴⁵⁴

2.2. La ampliación de los derechos fundamentales

414. La consolidación de la democracia y el cambio de visión del modelo nacional han contribuido de forma determinante a la incorporación de un amplio elenco de derechos fundamentales acordes con un constitucionalismo de corte garantista.

La mayoría de las reformas constitucionales han contemplado nuevos derechos culturales, sociales, civiles, económicos o políticos, y nuevas concepciones que acogen los derechos colectivos y medioambientales.⁴⁵⁵

415. El reconocimiento específico de derechos esencialmente indígenas forma parte esencial de esta transformación. Aunque con grandes diferencias en la región, los textos constitucionales han terminado incluyendo algunas demandas y derechos colectivos de los pueblos

⁴⁵⁴ ISA, 2014: 754 y 755.

⁴⁵⁵ De acuerdo con GARGARELLA, pueden identificarse dos “oleadas” de reformas constitucionales desde principios del siglo XX. La primera se centra en la “cuestión social”; y la segunda, a mediados de los años 80, en la “cuestión indígena” que había sido postergada en los intentos de reforma anterior. GARGARELLA, 2013.

indígenas. En ello ha influido de forma principal los avances en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁴⁵⁶

416. La incorporación de los derechos colectivos indígenas en los textos constitucionales tiene una trascendencia clara ya que, al tratarse de normas constitucionales de cumplimiento inmediato y directo, ninguna autoridad o particular puede intentar ignorarlas. El Estado no podrá limitar su ejercicio mediante ninguna ley, reglamento u otra directiva que emane de ningún gobierno nacional, regional o municipal. Por tanto, y teniendo en cuenta la naturaleza legal vinculante aún discutida de algunos de estos derechos en el ámbito internacional, se dota a estos derechos de una garantía adicional a nivel nacional.

417. En líneas generales, es posible identificar tres grandes bloques de derechos indígenas.

En primer lugar, se encuentran los derechos relacionados con la institucionalidad y la gobernanza. Las reformas han cambiado el marco institucional de los países de la región. Estos cambios son de largo alcance y se refieren a todo lo relacionado con la descentralización y la autonomía, el régimen municipal, o el derecho a ejercer la jurisdicción de facultades administrativas en la resolución alternativa de sus conflictos en la medida que no se opongan a las normas constitucionales.

⁴⁵⁶ Conviene consultar la sistematización de rasgos comunes de las reformas constitucionales que realiza UPRIMNY y que comprende una tipología de constitucionalismos en función del reconocimiento de la diversidad étnica (UPRIMY, 2011: 1603-1604). El autor identifica 3 tipos de constitucionalismos: (i) los que mantienen un pluralismo liberal y no reconocen derechos especiales a las comunidades étnicas (casos de Costa Rica, Chile y Uruguay); los que promueven formas de constitucionalismo multiétnico o multicultural (Colombia), a partir de la jurisprudencia constitucional; y (iii) los que establecen Estados multinacionales e interculturales (casos de Ecuador y Bolivia).

En muchos países los indígenas pueden aplicar sus propios sistemas de justicia y ejercer las prácticas del derecho consuetudinario, elegir a sus dirigentes según sus usos y costumbres y participar, en fin, en los proyectos de desarrollo local, regional y nacional.

Después de declarar la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, la Constitución de 1991 reconoce el derecho a los pueblos indígenas a administrar justicia y la jurisdicción indígena especial (artículo 246). La Constitución y las leyes podrán limitar las propias normas de estos pueblos, pero siempre de acuerdo con principios del pluralismo jurídico.

La Constitución de Nicaragua de 1995 incorporó, después de un conflicto entre el gobierno Sandinista y los Miskitos, el reconocimiento de la multiétnicidad y un régimen de autonomía para los pueblos indígenas y las comunidades étnicas de la Costa Atlántica (artículo 181). Ello se concretó, entre otros aspectos, en que los contratos de explotación de los recursos naturales debían contar con la aprobación del Consejo Regional Autónomo correspondiente.

El artículo quinto de la constitución nicaragüense hace referencia a derechos especiales a “mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales; así como mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas”.

Dentro del primer bloque se encuentran también los derechos participativos. En este plano se aprecia el espíritu realmente transformador de algunas reformas. Se ha tratado de reforzar un nuevo concepto de institucionalidad con un número de mecanismos de participación, algunos referidos concretamente a los pueblos indígenas como la consulta, y otros dirigidos a la población en general. En Venezuela, por ejemplo, la Constitución de 1991 contiene las bases para la reconfiguración de las

relaciones de poder y un nuevo entendimiento de los individuos y los grupos.⁴⁵⁷ El artículo 70 contempla varios mecanismos “de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía”. A estos efectos distingue medios de participación en el plano político: por ejemplo, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones tendrán carácter vinculante. Y en el plano social y económico, en el que se contemplan las cooperativas, las cajas de ahorros o las empresas comunitarias.

418. El segundo bloque de contenidos constitucionales ha venido marcado por un avance significativo en el reconocimiento de derechos culturales como el derecho al idioma propio y la educación en las lenguas indígenas, así como la protección del patrimonio cultural.

La Constitución de Guatemala de 1985 daba prioridad a los derechos de las personas y de las comunidades a su identidad cultural. La sección tercera estaba dedicada al reconocimiento de las costumbres, las tradiciones y la lengua de estas (art. 66).

419. En tercer lugar, las reformas constitucionales han abordado cuestiones relacionadas con la tenencia y la propiedad comunitaria de los territorios, incluyendo la titulación y demarcación de tierras. Los cambios han promovido una distinta comprensión sobre el territorio, su uso y ocupación por parte del Estado y de los pueblos indígenas. Ello ha supuesto una expansión en sus posibilidades de participación y representación.

⁴⁵⁷ NOGUERA, 2017: 184-185. Tales mecanismos están orientados a transformar las relaciones de poder desde un punto de vista centralista mediante la adopción de decisiones desde la instancia presidencialista que son luego ratificadas por el pueblo; y comunitario, principalmente de carácter socio-asistencial, a través de las denominadas Misiones, pp. 185-188.

420. La visión integral e interdependiente de los derechos está presente en 540. En esta dirección apunta Ecuador que ha sentado unas bases sólidas y se ha situado a la vanguardia del reconocimiento constitucional de los derechos indígenas. La Constitución adoptada por la Asamblea Constituyente en el 2008 incorpora principios de la visión indígena en su preámbulo (Pacha Mama, *the sumak kawsay*) e incorpora aspectos que divergen de la concepción clásica de los derechos fundamentales inspirada en los sistemas legales occidentales.

El capítulo segundo reconoce el derecho a la buena forma de vida, el derecho al agua, el derecho a la seguridad alimentaria, y el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. El aspecto más innovador es el reconocimiento de los derechos de la naturaleza (capítulo sexto).

421. En este nuevo contexto, la transversalidad del derecho a la consulta se hará patente reforzar los derechos de participación y desarrollar derechos en la esfera institucional como la libre determinación y el autogobierno. Al mismo tiempo, la consulta da cauce a los derechos territoriales y los derechos culturales en sentido amplio.

422. Por otra parte, las constituciones que reconocen derechos indígenas en la esfera del autogobierno establecen también límites a la norma.

Por ejemplo, la Constitución de México reconoce expresamente el derecho a la libre determinación y a la autonomía que incluye la aplicación de los sistemas normativos propios para la regulación y solución de conflictos. Pero el ejercicio de estos derechos ha de sujetarse a determinados parámetros:

“...sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante,

la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.”⁴⁵⁸

423. Con la llegada de nuevos derechos y o nuevos contenidos de los ya existentes, surge el debate de cómo han de conciliarse todos ellos. En el caso de los derechos indígenas, será también necesario dirimir los conflictos que puedan surgir entre los derechos individuales clásicos y los derechos colectivos.⁴⁵⁹

2.3. El derecho a la consulta en las reformas constitucionales de América Latina

424. El derecho a la consulta ha sido incorporado al ordenamiento jurídico interno de la mayor parte de Estados latinoamericanos a través de reformas constitucionales o desarrollos legislativos. En buena parte, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido un claro detonante de la reforma constitucional para dotar de nuevos contenidos a los derechos fundamentales.⁴⁶⁰

425. El grado de reconocimiento en los ordenamientos jurídicos varía mucho en función de los procesos político-constitucionales que son distintivos de cada país.⁴⁶¹

Aunque es excepcional encontrar una regulación expresa del derecho a la consulta, otros derechos que están íntimamente relacionados han encontrado reflejo en la mayoría de los textos constitucionales. Este es el

⁴⁵⁸ Artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación [DO], 5 Feb. 1917.

⁴⁵⁹ VÁZQUEZ, 2006.

⁴⁶⁰ BARRERO ORTEGA, A., 2019: 28.

⁴⁶¹ Para un análisis en profundidad del estado actual del derecho de consulta en la región, véase CAJÍAS & HEINS, 2012:79-114.

caso de los derechos territoriales, el autogobierno o la preservación de las culturas y lenguas, que pueden requerir una consulta para su protección efectiva.

La incorporación en los ordenamientos jurídicos internos de un derecho de fuente internacional como la consulta tiene importantes consecuencias en términos de efectividad jurídica. Del carácter constitucional de la consulta previa se deriva la posibilidad de acudir a los mecanismos de protección disponibles como la acción de tutela o la acción de amparo. Incluso puede acudir al recurso de agravio constitucional en el caso de Perú.

La regulación constitucional en Colombia contempla una cláusula de protección especial o reforzada para las comunidades étnicas que tiene carácter colectivo e individual. El fundamento lo ha encontrado la Corte Colombiana en el hecho de que las comunidades indígenas son “sujetos constitucionales de especial protección, en razón a la situación de marginamiento y discriminación a la que tradicionalmente han estado sometidos...”.⁴⁶² La constitución dispone que todas las autoridades han de brindar un trato favorable especial a grupos y personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad manifiesta.

Aunque en otros países no se han establecido cláusulas de protección similares, se puede interpretar que existen bases legales suficientes para su aplicación conforme a los instrumentos internacionales.

Una comparativa actual permite contrastar al menos 4 niveles de reconocimiento constitucional.

⁴⁶²COLOMBIA, Sentencia C-180 de 2005, 1 de marzo de 2005, párr. 4.

2.3.1. Constituciones que reconocen expresamente el derecho a la consulta de acuerdo con los estándares internacionales

426. En este grupo, se situarían los textos constitucionales recientes de Bolivia y Ecuador que incorporan de forma específica y detallada el derecho a la consulta. En ambos casos, los textos fueron aprobados después de la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y recogen buena parte de sus principios.

427. La Constitución de Ecuador de 2008 supone, junto a la de Bolivia, el hito más importante en materia de derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Los cambios se produjeron después de una importante movilización por parte de los movimientos indígenas.⁴⁶³ El primer Relator Especial STAVENHAGEN había recomendado en 2006 reforzar los mecanismos de protección constitucionales con el propósito de contribuir a la estabilidad de la institucionalidad indígena.⁴⁶⁴

428. Una reforma anterior, la de 1998, ya había supuesto una ampliación de derechos como el derecho a la tierra y a los territorios. Pero en 2008, la nueva Constitución consagra un reconocimiento mucho más amplio e integral que incluye tanto derechos individuales y como colectivos.

Entre ellos se encuentra el derecho a la consulta sobre la prospección y explotación de recursos naturales en tierras indígenas y el derecho a mantener y desarrollar el patrimonio cultural, así como la identidad y tradiciones espirituales, sociales, económicas, políticas y lingüísticas.

⁴⁶³ CORREA, M.B., 2010: 47–62.

⁴⁶⁴ A/HRC/4/32/Add.2.

El artículo 56 enuncia las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas, que forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.

El artículo 57.17 dispone el derecho de los pueblos indígenas a “ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.” El párrafo 7 del mismo artículo describe el contenido del derecho:

“La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.”

429. En las disposiciones referidas a la gestión ambiental y los procesos de consulta que conlleva, la Constitución establece que “[t]oda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente.” Añade, además, el artículo 398 que:

“...se valorará “la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente”

430. La Constitución se refiere al consentimiento de forma vaga y dispone que si no se obtiene “se procederá conforme a la Constitución y la ley” (artículo 57.7).

La cuestión del consentimiento fue objeto de debate extenso en el que participó el Relator Especial. Los poderes constituyentes se plantearon en un primer momento introducir el consentimiento como un requisito antes de aprobar medidas estatales. Finalmente, se temió que ese enfoque se entendiera como el respaldo a un derecho constitucional de veto.

En medio de la controversia, el Relator Especial afirmó la interpretación del consentimiento como veto no coincidía con la normativa internacional. El consentimiento no “da lugar a que los mismos pueblos indígenas impongan su voluntad sobre el resto de la sociedad” sino que se establecen las bases para lograr un consenso.⁴⁶⁵ Solo en aquellos casos en los que se pusiera en peligro el bienestar físico o cultural básico de la comunidad, podría considerarse el consentimiento como obligatorio.

En cualquier caso, el Relator observó que los estándares internacionales suponen garantías mínimas que no impiden que los Estados puedan establecer derechos con alcances más amplios.

Aunque finalmente el principio del consentimiento previo, libre e informado no se incluyó en la Constitución ecuatoriana, el enunciado del artículo 57 deja una vía abierta para la interpretación de acuerdo con los estándares internacionales al garantizar un elenco de derechos” ... de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos.”

431. Por otra parte, la Constitución de Ecuador es novedosa en cuanto que contempla la protección de la autodeterminación de los pueblos que

⁴⁶⁵ A/HRC/9/9/Add.1., p.92

viven en aislamiento voluntario. El Estado veta cualquier tipo de actividad extractiva y se compromete a adoptar medidas para garantizar su voluntad de permanecer en aislamiento. La violación de estos derechos equivaldrá a un delito de etnocidio. Los territorios donde habitan se consideran de “de posesión ancestral irreductible e intangible.”⁴⁶⁶

432. La Constitución Plurinacional de Bolivia reconoce el derecho a la consulta en términos similares a los instrumentos internacionales de derechos humanos. El artículo 30.II.15 lo reconoce como un derecho fundamental de las Naciones y Pueblos Nativos y Campesinos (NPIOC):

“A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.”

La Constitución reconoce la consulta previa en distintas disposiciones que hacen referencia al sistema de gobierno democrático (artículo 11.II.1), la conformación de autonomías indígenas originario campesinas (artículos 290, 293, 294 y 295), las decisiones relacionadas con el medio ambiente (artículo 342), y la explotación de recursos naturales y territorios indígenas (artículos 352 y 403).

433. Bolivia se organiza territorialmente en regiones, provincias, departamentos, municipios y territorios indígenas. Asimismo, reconoce el derecho de autonomía para lo cual es necesario realizar un referéndum o

⁴⁶⁶ El gobierno de Ecuador delimitó la “Zona Intangible de Tagaeri-Taromenane” dentro de la reserva del Yasuní, creando un fondo para preservar la zona de la explotación petrolífera a fin de compensar los beneficios económicos. Aunque la iniciativa no resultó exitosa, refleja los esfuerzos gubernamentales por dar respuesta al mandato constitucional.

consultas que expresen el deseo de la población de lograr esta reivindicación. Las autonomías indígenas serán delimitadas conforme a los territorios en los que los indígenas han habitado ancestralmente.

434. El artículo 31.2. contempla una protección específica para los pueblos aislados: “Las naciones y pueblos indígenas en aislamiento y no contactados gozan del derecho a mantenerse en esa condición, a la delimitación y consolidación legal del territorio que ocupan y habitan”.

435. Sin embargo, a diferencia de la constitución ecuatoriana, su homóloga boliviana no contiene ninguna referencia directa al consentimiento, pieza clave en la articulación efectiva del principio de libre determinación y la consulta.

2.3.2. Constituciones que reconocen el derecho a la consulta de forma limitada

436. En un segundo bloque se encuentran constituciones como la de México que reconocen la consulta pero de forma muy limitada.

La reforma constitucional mexicana del 2011 ha supuesto la incorporación de todo el cuerpo de Derecho internacional de derechos humanos en el Derecho Constitucional mexicano mediante el artículo primero: “en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte...”.

Se incluyen, por tanto, los derechos indígenas bajo el principio de interdependencia, indivisibilidad y universalidad. Principalmente, la Constitución Federal incorpora el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derecho que disfrutan del derecho a la libre determinación y el ejercicio de la autonomía. No obstante, la reforma conlleva también importantes restricciones en lo que se refiere al ejercicio de estos derechos que solo podrán desarrollarse de acuerdo con las disposiciones de la

Constitución y siempre y cuando se respete la unidad nacional. De esta forma, el texto constitucional parece supeditar la autonomía indígena a las leyes y constituciones de los distintos Estados mexicanos y a los principios y derechos fundamentales.

437. Más concretamente, el derecho a la consulta y la participación se circunscriben a temas muy específicos que ya se encontraban previstos en la práctica anteriormente. Se trata de un derecho a la consulta sobre casos tasados -el Plan Nacional de Desarrollo, los Planes Estatales y los Municipales-, para, “en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen”. Se deja fuera, por tanto, cualquier otra medida que pudiera afectarles potencialmente. Por lo demás, la Constitución mexicana no distingue claramente el derecho a la consulta del derecho a la participación.⁴⁶⁷

Estas restricciones fueron denunciadas ante la OIT, que dictaminó que la nueva regulación constitucional no hallaba concordancia con el régimen dispuesto en el Convenio N°169, en particular, con los artículos 6 y 14. El informe de la CEACR recomendó al Estado mexicano considerar como parte del derecho a la consulta todos aquellos procedimientos abiertos sobre la reivindicación de tierras.⁴⁶⁸

Cabe destacar, sin embargo, que, si se realiza una interpretación fiel a la reforma de 2011 mediante la cual se incorpora el cuerpo del Derecho internacional de derechos humanos y se le dota, por tanto, de rango constitucional, el constitucionalismo en México puede equipararse en cuanto a su calado transformador al de Bolivia o Ecuador.⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ GRANADOS, 2015: 1094 y 1095.

⁴⁶⁸ ILC.101/III/1A, p. 1046.

⁴⁶⁹ CLAVERO, 2013: 193. Según el autor: “De una forma distinta a la adoptada para proceder a un cambio de Constitución por la República del Ecuador y por el Estado

438. En el caso de Venezuela, la Constitución de 1999 reconoce los derechos de los pueblos indígenas en el capítulo octavo. La consulta se encuentra regulada en el artículo 120 en relación al uso y la explotación de los recursos naturales que estarán sujetos a “previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas”. Además, la Constitución dispone que los beneficios del aprovechamiento “por parte de los pueblos indígenas están sujetos a esta Constitución y a la ley.”

Como antesala del ejercicio de consulta, el artículo 119 de la Constitución dictamina que el Estado ha de reconocer las organizaciones sociales, políticas, económicas y culturales de los pueblos indígenas, así como sus tierras ancestrales y formas de vida. El texto garantiza la “demarcación” de las tierras colectivas “las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley.”

2.3.3. Constituciones que reconocen derechos indígenas relacionados con la consulta.

439. En este grupo se encuentra el mayor número de constituciones de la región. La Constitución colombiana de 1991, la más emblemática, contiene varias disposiciones sobre los derechos de los pueblos indígenas que, aunque no se articulan de forma expresa como consulta, sí están íntimamente relacionados con esta y constituyen su fundamento.⁴⁷⁰

Plurinacional de Bolivia como el culminado hace pocos años, en 2008 y 2009 respectivamente, México ha venido a dar el paso hacia un neoconstitucionalismo caracterizado por un verdadero pluralismo normativo capaz de integrar al propio nivel constitucional normas y prácticas incluso de otras culturas como las indígenas.”

⁴⁷⁰ Ver, entre otros, artículos 1, 7, 63, 287, 329 y 330 de la Constitución de Colombia de 1991.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana (CCC), los procesos de consulta como expresiones de la participación democrática se encuentran contemplados de forma implícita en el artículo 330 de la Constitución.

La Corte consideró desde el principio que se había generado un nuevo clima de entendimiento entre los pueblos indígenas y el Estado superando las viejas políticas de asimilación y el marco constitucional amparaba el valor y la preservación de las formas de vida y culturas indígenas.⁴⁷¹

La Constitución comienza por consagrar el carácter pluralista del Estado (artículo 1); reconoce y protege la diversidad étnica y cultural (artículo 7); y precisa que los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural (artículo 68).

Asimismo, la Constitución colombiana reconoce expresamente derechos territoriales indígenas disponiendo que las tierras comunales de grupos étnicos son inalienables, imprescriptibles e inembargables (artículos 63 y 329). Los territorios indígenas son entidades territoriales que gozan de autonomía (artículo 287) y que son gobernados por Consejos de acuerdo al derecho propio de los pueblos indígenas (artículo 330). El mismo artículo 330, que ha servido de fundamento a la consulta en numerosos pronunciamientos, prescribe lo siguiente:

“la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, y que en las decisiones que se adopten al respecto el Gobierno habrá de propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

⁴⁷¹ COLOMBIA, Corte Constitucional, SU-383, 13 de mayo de 2003.

Además, el artículo 246 dispone que las autoridades indígenas pueden ejercer sus funciones jurisdiccionales dentro de sus competencias y de acuerdo con sus propias leyes y procedimientos, siempre y cuando no resulten contraria a las normas constitucionales o a las leyes de la República.

El artículo transitorio 55 de la Constitución reconoce derechos equiparables a las comunidades negras, disposición que fue posteriormente desarrollada a través de la Ley 70 de 1993 y que incide en la importancia de la participación de estas comunidades.⁴⁷²

En el contexto del proceso de paz, se ha incluyó un “capítulo étnico” que viene a garantizar la protección constitucional directa del derecho a la consulta en la implementación del Acuerdo final que “se deberá cumplir garantizando el derecho a la consulta previa libre e informada respetando los estándares constitucionales e internacionales.”⁴⁷³

⁴⁷² La protección de los derechos de la población afrodescendiente representó una verdadera novedad en el constitucionalismo colombiano y sirvió de referente en la región. El Artículo Transitorio 55 disponía la regulación de los derechos colectivos territoriales de las comunidades negras. La inclusión de este artículo fue resultado de la confluencia entre el movimiento indígena, el movimiento afrocolombiano y sus aliados políticos en la Asamblea Constituyente. Dos años después, la Ley 70 da debido cumplimiento a la disposición constitucional y se convierte, junto al Convenio 169, en el principal instrumento para la aplicación del derecho a la consulta de las comunidades afrodescendientes.

⁴⁷³ También se establece la consulta para el diseño de los mecanismos judiciales y extrajudiciales acordados respecto a los pueblos étnicos. En material de reforma rural: Los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), cuya realización esté proyectado hacerse en territorios de comunidades indígenas y afrocolombianas, deberán contemplar un mecanismo especial de consulta para su implementación. Accesible en http://www.iwgia.org/iwgia_files_news_files/1399_Capitulo_Etnico.pdf (consultado el 21 de octubre de 2016).

440. Al igual que la Constitución colombiana, la Constitución de Perú de 1993 tampoco contiene ninguna disposición específica sobre el derecho a la consulta, pero sí artículos que están estrechamente relacionados. Aunque de forma menos detallada que en el caso de Colombia, la Constitución peruana reconoce el derecho a la identidad cultural (artículos 2.19 y 89), a la propiedad comunal (artículos 88 y 89), el derecho a la autonomía (artículo 89), al ejercicio de funciones jurisdiccionales y reconocimiento de autoridades (artículo 149), y el derecho a la participación política (artículo 191).⁴⁷⁴

441. La constitución guatemalteca de 1985 no contiene ninguna disposición sobre la consulta pero recoge ciertos derechos conexos como el derecho a la identidad cultural de las personas y las comunidades (artículo 58) y protege el arte, folklore y artesanías tradicionales (artículo 62), entre otras. La Constitución contiene una sección sobre “comunidades indígenas” en la que se establece la obligación del Estado de proteger a los grupos étnicos (artículo 66), las tierras y las cooperativas agrícolas indígenas (artículo 67), y el otorgamiento de tierras para el desarrollo de las comunidades (artículo 68).⁴⁷⁵

442. En Argentina, la reforma constitucional de 1994 supuso una regulación específica sobre los derechos de los indígenas. El artículo 75 recoge la garantía de la posesión y la propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan y se consideran no enajenables. También se regula la participación en la gestión de los recursos naturales y los demás intereses que les afecten.⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ Las disposiciones relevantes de la Constitución de Perú se recogen en los artículos 2.19, 88, 89, 149, y 191.

⁴⁷⁵ Constitución de la República de Guatemala, artículos 58, 60, 62, 66, 67 y 68.

⁴⁷⁶ Artículo 75, inciso 7: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación

443. El capítulo V de la Constitución de Paraguay no se refiere a la consulta pero prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de estos. El Artículo 64 sobre propiedad comunitaria dispone lo siguiente:

“los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo.”

444. La Constitución de Brasil de 1988 introduce un nuevo capítulo sobre los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades afrobrasileñas de los quilombos. El artículo 231 reconoce su organización social propia, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, así como los derechos sobre las tierras donde han habitado tradicionalmente. En el párrafo sexto de la disposición se establece que serán nulos los actos que tengan por objeto la ocupación de estas tierras o la exploración de las riquezas naturales salvo interés público de la Unión Federal.⁴⁷⁷

bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.” Constitución de la Nación Argentina.

⁴⁷⁷ Constitución de la República Federativa de Brasil, Capítulo VIII, Artículo 231, párr. 6.

2.3.4. Constituciones que no incluyen ninguna disposición sobre los pueblos indígenas

445. La Constitución de Costa Rica no reconoce ningún derecho específico indígena ni alude a la existencia de estos, con la excepción de una referencia a la protección de las lenguas indígenas nacionales (artículo 76).

446. Junto a Costa Rica, el caso de Chile también se distingue por no reconocer el principio de diversidad cultural o el carácter multicultural del Estado. Además, el texto enfatiza la indivisibilidad de la nación chilena.⁴⁷⁸ En el caso de Chile, la Constitución sí incluye desde 2001 un reconocimiento a la existencia de pueblos indígenas pero sin contemplar derechos específicos.⁴⁷⁹ Precisamente para llenar este vacío se adopta la Ley 19.253 en 1993.⁴⁸⁰ Sin embargo, al no contar con protección constitucional directa, estos derechos se sitúan en un rango inferior a otros derechos fundamentales recogidos en la Constitución.

Varios expertos e instancias internacionales han subrayado las carencias constitucionales y legislativas del sistema chileno, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, el Comité de los Derechos del Niño⁴⁸¹ y el Relator Especial STAVENHAGEN, con ocasión de su visita oficial al país en 2003.⁴⁸²

Posteriormente, el Relator Especial observó que, aunque la Constitución Política no incluya un reconocimiento expreso de la consulta,

⁴⁷⁸ Los esfuerzos para regular los derechos indígenas como el intento de 1999 resultaron infructuosos por no generar suficiente apoyo. Ver informe sobre la reforma a la Constitución Política de la República de 1980 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 2001, pp. 29-54.

⁴⁷⁹ RIBERA, 2002: 10.

⁴⁸⁰ Ley Indígena, del 5 de octubre de 1993, Ministerio de Planificación y Cooperación.

⁴⁸¹ CRC/C/CHL/CO/3 (23 de abril de 2007), párr. 19 y 62.

⁴⁸² ONU E/CN.4/2004/80/Add.3 (17 de noviembre de 2003).

Chile está obligado a realizarla en virtud de su artículo 5 que reconoce los derechos garantizados en la Constitución y los tratados internacionales. Además, el Relator afirmó que dicha obligación se refiere también al proceso de reforma constitucional en curso.⁴⁸³

Recientemente, se ha puesto en consideración del Congreso un proyecto de ley que agrega una disposición constitucional sobre el derecho a la consulta:

“Los Pueblos Indígenas tienen el derecho a ser consultados 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. Una ley determinará la forma y los procedimientos que se utilizarán para el desarrollo del derecho a la consulta previa.”⁴⁸⁴

2.4. Rasgos comunes. El nexo ausente de la consulta y la libre determinación

447. La consulta previa se enmarca, en términos más amplios, en una relación institucional de los Estados con los pueblos indígenas de acuerdo con el principio de la libre determinación. Sin embargo, esta dimensión está ausente en la mayoría de las constituciones.

448. Aunque en algunos casos se reconoce la libre determinación como principio, luego se desvirtúa o termina difuminándose con otras disposiciones.

⁴⁸³ A/HRC/12/34/Add.6.

⁴⁸⁴ Proyecto de Ley de Reforma Constitucional que incorpora derechos de los pueblos indígenas. Bajo la presidencia de Sebastián Piñera en el 2018 se vuelve a afirmar el compromiso del “reconocimiento constitucional para los pueblos indígenas” pero sin indicar aún el contenido ni alcance de tal reconocimiento.

El caso de Brasil resulta ilustrativo. A pesar de que la normativa constitucional reconoce, en líneas generales, la autodeterminación de los pueblos indígenas y tribales, varias disposiciones colisionan con el Convenio 169 de la OIT. El artículo 49.16 establece que el Congreso tiene la competencia exclusiva para “autorizar, en tierras indígenas, la exploración y el aprovechamiento de recursos hídricos y la búsqueda y explotación de riquezas minerales”.

Dicha disposición se complementa con el párrafo tercero del artículo 231 de la Constitución, cuando señala que el aprovechamiento de los recursos hídricos, incluyendo los potenciales energéticos, la búsqueda y la explotación de las riquezas minerales en tierras indígenas solo pueden ser realizados previa autorización del Congreso Nacional, habiéndose escuchado las comunidades afectadas y asegurándoseles la participación en los resultados de la exploración, conforme a la ley.

449. Por otra parte, muchas constituciones amparan el derecho al autogobierno y la autonomía de los pueblos que vienen a complementar o, en realidad, a sustituir expresiones más amplias de la libre determinación.

En general, la autonomía se regula como un derecho de contenido amplio del que gozan algunas entidades regionales o territoriales, indígenas o no, a las cuales se les concede el derecho a autogestionarse, autogobernarse y decidir sobre sus propios asuntos.⁴⁸⁵ Pero la autonomía no resuelve los conflictos que surgen entre los pueblos indígenas y el Estado en determinados asuntos que son considerados de interés general.

450. Ni mucho menos agota la autonomía el contenido del derecho a la libre determinación. Ejemplos de autonomía indígena abundan en la

⁴⁸⁵ GARCÍA HIERRO, 2001: 640.

región sin que medie reconocimiento de la libre determinación ni la consulta.

En Venezuela existe la figura del Municipio indígena. El artículo 169 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé la promulgación de una legislación que consagre opciones para la organización del régimen de gobierno y administración local propia de los Municipios con población indígena. La Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de Venezuela, en los artículos 72 y 73 desarrolla dichos preceptos constitucionales.⁴⁸⁶

451. La Constitución Nacional de Colombia de 1991 recoge el derecho a la autodeterminación de los pueblos en términos genéricos en el artículo 9. Además, los artículos 7, 8 y 10 reconocen la diversidad étnica y la necesidad de su protección, así como la protección de la riqueza cultural.⁴⁸⁷

La Corte Constitucional colombiana ha reconocido el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas en múltiples ocasiones. En muchos casos se refiere a la autonomía y al autogobierno como derechos

⁴⁸⁶ Publicada en Gaceta Oficial N° 38.204, de fecha 8 de junio de 2005. Con reforma parcial publicada en Gaceta Oficial N° 39.163, de fecha 24 de abril de 2009.

⁴⁸⁷ Además, la Constitución contiene el artículo 171 de la CN, donde se da la posibilidad de tener senadores indígenas; el artículo 286 de la CN, donde se establecen los territorios indígenas como entidades territoriales; así como el 321 de la CN, que establece la posibilidad de que los territorios indígenas o municipios circunvecinos puedan constituir provincias; el 329 de la CN, que da la posibilidad de crear entidades territoriales indígenas, así como la categorización de los resguardos como propiedad colectiva y no enajenable, y, finalmente, el artículo 330 de la CN, que dispone la organización territorial indígena, así como su posibilidad de elegir sus gobernantes.

independientes que son imputables también a otros colectivos.⁴⁸⁸ En otros casos, como en la Sentencia T-973 (2009), equipara los tres derechos.

“Finalmente, existe un tercer ámbito de reconocimiento a la autonomía de estas comunidades que es *de orden interno*, y que está relacionado con las formas de autogobierno y de autodeterminación de las reglas jurídicas al interior de los pueblos indígenas. Ello supone el derecho de las comunidades, (i) a decidir su forma de gobierno (CP art. 330); (ii) el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (C.P. art. 246) y (iii) el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, con los límites que señale la Constitución y la ley.”⁴⁸⁹

3. La reforma y la regulación constitucional de la consulta, mediante consulta.

452. La implementación del derecho de consulta es especialmente relevante en el contexto de las reformas constitucionales. Los procesos constituyentes brindan una oportunidad única para el ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas y la inclusión de sus derechos fundamentales de acuerdo con los estándares internacionales. En realidad, es precisamente en estos procesos cuando el derecho a la consulta como corolario a la libre determinación cobra su máxima virtualidad.

453. A estas alturas, parece claro que la consulta en los asuntos fundamentales de construcción o reconstrucción del Estado constitucional es solo una expresión de la libre determinación, pero en ningún caso la

⁴⁸⁸ Por ejemplo, T-428 de 1992, la T-007 de 1995, la SU-510 de 1998 y la T-009 de 2013. Sobre la autonomía y el autogobierno, véase: sentencia T-428 de 1993, el salvamento de voto de la C-058 de 1994, T-379 de 2003, T-1005 de 2008, T-049 de 2013; T-428 de 1993 y T-552 de 2003.

⁴⁸⁹ Sentencia T-973, de 2009.

agota. Los pueblos indígenas son, en realidad, agentes constituyentes plenos y previos a los Estados que, más que ser consultados, han de llevar el liderazgo y acabar con el monopolio de las instituciones formales.⁴⁹⁰

453. Las consultas sobre las reformas de las normas constitucionales se han considerado como consultas de “amplio espectro” o amplio alcance.⁴⁹¹

Los tratados de derechos humanos proporcionan garantías para la protección de los derechos en caso de que las reformas constitucionales supongan el incumplimiento de las obligaciones internacionales en cuanto que vacíen de contenido o supongan obstáculos al disfrute de los derechos.⁴⁹² Aunque el Convenio 169 no haya entrado en vigor cuando se inicia la reforma, el Derecho Internacional dispone que los Estados han de abstenerse de realizar actos que “frustren el objeto y el fin de un tratado”.⁴⁹³

454. A la luz del Convenio 169, la regulación de la consulta constitucional o estatutaria ha de realizarse mediante consulta. Así lo ha entendido la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT y el Relator. Ambos han aclarado que las medidas legislativas a las que se refiere el Convenio incluyen las de orden constitucional. De lo contrario, los requisitos de consulta podrían evadirse fácilmente.

En el caso de México, analizado por la CEACR, las medidas de reforma afectaban además a derechos y culturas indígenas.⁴⁹⁴

⁴⁹⁰ CLAVERO, 2006: 337.

⁴⁹¹ A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párr. 49; OIT GB.283/17/1; GB.289/17/3, párr. 105.

⁴⁹² RUÍZ MOLLEDA, 2013.

⁴⁹³ Convención de Viena de Derecho de los Tratados, A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, 23 de mayo de 1969 (entró en vigor el 27 de enero de 1980), art. 18(b).

⁴⁹⁴ RODRÍGUEZ GARAVITO & MORRIS, 2010: 59; CAJÍAS & HEINS, 2012: 79-114.

455. A pesar de su trascendencia, la consulta no ha supuesto una cuestión prioritaria en la mayoría de las reformas constitucionales de la región. Las demandas indígenas, cuando se han abierto paso, ha sido a partir de una fuerte movilización social.

456. En Colombia, por ejemplo, no se realizó consulta previa, libre o informada a pesar de que la República había contraído la obligación de cumplir el Convenio 169 en agosto de 1992. Desde un año antes el Estado tenía el compromiso de adaptar su ordenamiento jurídico de tal forma que este tratado pudiera aplicarse a partir de su entrada en vigor. Aunque el Convenio no estuviera aún plenamente vigente, las disposiciones relacionadas con la consulta tendrían que haberse aplicado durante el año de vacancia a fin de que el Estado no pre-constituya a espaldas de las instituciones representativas de los pueblos indígenas.⁴⁹⁵

457. Chile emprendió una reforma constitucional en materia indígena en abril de 2009. En esta ocasión, los expertos subrayaron la importancia de una participación efectiva de los representantes indígenas a través de procedimientos especiales en las distintas comisiones. Un principio fundamental es que los criterios y requisitos que se han identificado para los procesos en consulta en general se han de aplicar también a las medidas de carácter constitucional.

458. A estos efectos, se consideró necesario realizar una convocatoria amplia previendo posibles divergencias entre los diferentes pueblos indígenas existentes en un país.⁴⁹⁶

El ámbito geográfico de la consulta en relación a una consulta sobre la reforma constitucional exige que se establezcan procesos de consulta en varios ámbitos. La información ha de proporcionarse en las fases previas a

⁴⁹⁵ CLAVERO, 2015: 592-600.

⁴⁹⁶ A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párr. 49 y 51.

la tramitación parlamentaria y no limitarse a consultar textos finales para aprobación que ya cuentan con un contenido y alcance predeterminados.⁴⁹⁷

La amplitud se refiere también a los márgenes temporales que han de resultar suficientes. En el caso de Chile un plazo de dos meses se consideró excesivamente limitado, teniendo en cuenta que las dos Cámaras necesitarían entablar un diálogo con los pueblos indígenas y que el diálogo debería ampliarse a un amplio espectro de la sociedad civil.

Pero, además, y este es uno de los puntos más controvertidos, la forma de consultar debería ser también consultado previamente y acordado con los participantes. Ello incluiría la cuestión de los marcos temporales y otros aspectos de procedimiento.

459. Otro requisito es que la consulta debe realizarse a través de las instituciones representativas. Este requisito no está exento de complejidad en el contexto de reformas constitucionales que afectan a millones de personas como señaló el Consejo de Administración de la OIT en relación a la reforma mexicana de 2001.

El Comité Tripartito del Consejo destacó la importancia de identificar previamente criterios claros sobre la representatividad y el procedimiento de consulta para evitar que las diferentes perspectivas de todos los pueblos implicados y que finalmente generaron una sensación de exclusión y frustración.⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ En el caso de Chile, existieron alegaciones de que el texto de reforma constitucional aprobado por el Senado el 7 de abril de 2009 no fue objeto de una consulta adecuada. República de Chile, Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 357^a, Sesión 7^a (7 de abril de 2009).

⁴⁹⁸ OIT GB.283/17/1; GB.289/17/3, párr. 105.

En cualquier caso, en este caso, la OIT afirmó que las meras audiencias ante el Congreso con los representantes indígenas no cumplían con los estándares internacionales puesto que no se habían celebrado de manera sistemática y con las organizaciones representativas.⁴⁹⁹

En el caso de Chile, el Relator Especial observó que no existía ningún mecanismo formal o procedimiento con representación indígena en el Congreso para la consulta.⁵⁰⁰

460. Ahora bien, surge la cuestión fundamental de los efectos jurídicos del resultado de la consulta sobre las cartas magnas. ¿Sería vinculante la oposición de los pueblos indígenas a la reforma de parte del articulado cuando los parlamentos son los órganos legitimados para legislar?

⁴⁹⁹ *Ibíd.*, párr. 94.

⁵⁰⁰ Durante el segundo mandato de la presidenta Bachelet, se inició un proceso de participación para una nueva Constitución Política. En una de las etapas se contemplaba un proceso de participación específica de los pueblos indígenas que se denominó “Proceso Constituyente Indígena” (PCI), acompañado por un Comité Consultivo y de Seguimiento integrado por miembros de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) y expertos internacionales. En julio de 2017 comenzó el “Proceso de Consulta Constituyente para el Reconocimiento Constitucional y la Participación Política de los Pueblos Indígenas” con el que se alcanzaron determinados acuerdos. No se logró acuerdo, sin embargo, respecto a la propuesta de declarar a Chile como un Estado Plurinacional y el reconocimiento de los territorios indígenas ancestrales, lo cual llevó a un grupo de delegados a abandonar el proceso. Sobre la inclusión del derecho a la consulta solo se logró un acuerdo parcial: “Se eleva a rango Constitucional el deber del Estado de consultar mediante procedimientos apropiados a través de sus instituciones representativas, de la forma y bajo los criterios que establece el Convenio N° 169 de la OIT.” Proyectos de reforma constitucional y consulta indígena constituyente, noviembre 2018.

De lo que no cabe duda es que el grado de legitimidad de la consulta dependerá de que se logre un nivel mínimo de aceptación del procedimiento por las partes indígenas.⁵⁰¹

En el caso de Ecuador, el Relator afirmó que el principio de consulta vinculado al consentimiento no significa que los pueblos indígenas puedan imponer su voluntad al resto; pero tampoco al contrario. Supone la necesidad de encontrar consensos y respetar el principio de la libre determinación.

El Comité Tripartito de la OIT opinó en este punto que las consultas no son jurídicamente vinculantes en sentido estricto. Sin embargo, cabe destacar, como así lo ha hecho el Tribunal Constitucional de Chile, que el resultado de la consulta tiene una “connotación jurídica especial”⁵⁰²; más aún cuando lo que está en juego es la consagración de marcos constitucionales y las bases de la convivencia de una sociedad.

4. El desarrollo legislativo de la consulta y las lagunas normativas.

461. La Comisión Interamericana ha recordado que la omisión de regulación puede constituir en sí misma un incumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de derechos indígenas.⁵⁰³ El desarrollo de una ley sobre consulta con criterios claros puede evitar

⁵⁰¹El Relator Especial citó como buena práctica la de Guyana donde se conformaron delegaciones con participación de representantes indígenas dentro de la Comisión de Reforma Constitucional para llevar a cabo audiencias públicas en distintas zonas del país.

⁵⁰² CHILE. Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 309, 4 de agosto de 2000, Considerando 7°.

⁵⁰³ OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, párr. 298

interpretaciones restrictivas por parte de algunos tribunales constitucionales.⁵⁰⁴

462. En relación a la consulta, puede afirmarse que los tribunales de justicia han contribuido en buena parte a esta comprensión y al cumplimiento de las obligaciones estatales. En tanto que el legislativo no ha cumplido su función, las cortes han realizado un desarrollo jurisprudencial del derecho a la consulta, en paralelo al desarrollo legislativo o ante la ausencia del mismo.

463. Los casos son numerosos. En Perú, el Tribunal Constitucional rechazó el argumento del gobierno que se fundamentaba en la falta de desarrollo normativo de la consulta y se implicó de lleno en la definición del contenido del derecho. Así, aunque el alcance de la sentencia aplicó un criterio restrictivo de vigencia de la norma (posterior a junio de 2010), pudo identificar reglas para su aplicación y detuvo proyectos de desarrollo que no cumplían con los requisitos de consulta.⁵⁰⁵

En respuesta a varias acciones legales en Guatemala, la Corte de Constitucionalidad dictaminó la insuficiencia de la regulación existente y la necesidad de desarrollar normativamente el derecho a la consulta de los pueblos indígenas.⁵⁰⁶

En el caso *Arcos v. Dirección Regional de Minería en Ecuador (2002)*, el Tribunal Constitucional rechazó el argumento del Estado con base en que

⁵⁰⁴ MELO CEVALLOS, 2009: 181.

⁵⁰⁵Caso de la Cordillera Escalera regional, área de conservación y reserva de agua de las comunidades indígenas de 2007.

⁵⁰⁶GUATEMALA, Corte de Constitucionalidad. Exp. N° 3878-2007. Sentencia de 21 diciembre 2009, conclusión IV.

el Estado no podía alegar desconocimiento del derecho a la consulta debido a la falta de regulación interna.⁵⁰⁷

En el año 2013, el Tribunal Constitucional chileno se ve obligado a emitir una sentencia sobre la consulta donde afirmó la necesidad de regularla mediante ley. En particular, el tribunal aludió a la necesidad de consultar los proyectos de ley. El Tribunal opina que:

“transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor del Convenio, la circunstancia de verse esta Magistratura en la necesidad de resolver nuevos requerimientos parlamentarios sobre esta materia, es demostrativa de la necesidad de que no se dilate, por parte del Congreso Nacional, regular apropiadamente este procedimiento de consulta”.⁵⁰⁸

A juicio del Tribunal, el hecho de que la consulta (“el tratado”) fuera autoejecutable:

“...no obsta al desarrollo legislativo del mismo sino que, por el contrario, lo impele. Es el legislador quien debe definir las autoridades u organismos representativos de las etnias originarias con derecho a participar en la consulta; la oportunidad y forma de participación en los procesos legislativos pertinentes, [...] Sólo en esas condiciones este Tribunal Constitucional estará en situación de controlar si, efectivamente, se han creado condiciones de participación igualitarias para los pueblos indígenas, que equilibren sus oportunidades y propendan a un desarrollo equitativo, franqueando un especial un especial derecho de consulta y participación operativo...”⁵⁰⁹

⁵⁰⁷ECUADOR. Tribunal Constitucional. No. 170-2002-RA: Claudio Mueckay Arcos v. Dirección Regional de Minería de Pichincha: Director Regional. Sentencia. 13 ago. 2002.

⁵⁰⁸CHILE. Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 2387, de 23 de enero de 2013. Considerando 22.

⁵⁰⁹*Ibíd.*, Considerando 23.

4.1. Principales desafíos para el legislador

464. Lo cierto es que, aunque un número creciente de países en América Latina han legislado en esta materia, muchos otros aún no cuentan con normativa aplicable.

Existen desafíos relativos a la incorporación de los estándares internacionales. El artículo 34 del Convenio N° 169 prevé la flexibilidad necesaria a la hora de desarrollar la obligación de consulta “teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”.⁵¹⁰ La normativa sobre la consulta puede adaptarse a cada pueblo teniendo en cuenta desarrollos jurisprudenciales compatibles con los estándares internacionales.

465. Un elemento indispensable en virtud del Convenio es la necesidad de realizar consultas sobre los proyectos de ley (o la consulta sobre la consulta). Es decir, como no podría ser de otra manera, el deber de consultas incluye todas aquellas revisiones legislativas que supongan una nueva regulación o desarrollo del derecho a la consulta.

Sin embargo, un rasgo común en la región es la ausencia de procesos de consulta en relación a las nuevas leyes. La mayoría de las nuevas normas no han sido consultadas y/o han sido fuertemente criticadas por su falta de legitimidad.

466. El resultado de la falta de consulta y concertación con las organizaciones indígenas ha sido que las nuevas normativas o los intentos de regular han fracasado estrepitosamente en sus objetivos y no han

⁵¹⁰Nótese que el ejecutivo chileno utilizó esta cláusula como argumento para interpretar que ninguna de las normas del Convenio 169 eran ejecutables, puesto que requerían un desarrollo legislativo posterior. Ello implicaría que tampoco estarían sujetas a control judicial. El Tribunal Constitucional rechaza este extremo en sentencia Rol 303 de 2000, al afirmar que la norma referida a la consulta es autoejecutable (aunque el Tribunal admitió el carácter meramente programático de otras disposiciones del Convenio).

cumplido con los estándares mínimos. En general, los representantes indígenas han denunciado que las nuevas leyes no respetan el contenido esencial del derecho.

Incluso en países como Colombia, Brasil o Bolivia, las organizaciones indígenas han comenzado a cambiar su discurso reclamando que no se legisle sobre la materia por considerarlo contraproducente. En otros países como Guatemala, algunas comunidades han iniciado procesos de consulta propios que consideran más legítimos que los formalmente establecidos por ley (las llamadas “autoconsultas”).

467. Aparte de la ausencia de legislación, otro escollo importante viene dado por las inconsistencias entre las distintas leyes que pueden contener una normativa que afecte directa o indirectamente a la consulta. El caso más común son las regulaciones medioambientales o mineras.

Y es que la adecuación de los ordenamientos internos para cumplir las obligaciones internacionales no solo implica un deber positivo de adoptar normas, sino también de derogar aquellas disposiciones que son incompatibles y abstenerse de adoptar normas contrarias.

La realidad muestra que en todos los países existen numerosas normas que permanecen vigentes a pesar de su abierta incompatibilidad con aspectos elementales del derecho a la consulta.

Los pueblos indígenas han venido demandando un tratamiento de la consulta que tenga carácter integral e intersectorial. En Colombia, por poner un ejemplo reciente, los líderes indígenas han presentado propuestas en relación a la consulta previa del reglamento de la Ley Marco de Cambio Climático. Para ello, han demandado un diálogo permanente tanto con el Ministerio del Ambiente, como con los demás sectores en el área de agricultura, desarrollo social, o género.

4.2. Escenarios actuales

468. En líneas generales, es posible diferenciar tres escenarios distintos en el grado de desarrollo normativo de la consulta.

4.2.1. Países que ya cuentan con un cuerpo jurídico específico, como es el caso de Perú, Chile y, más recientemente, Bolivia y Argentina.

469. Como ejemplos podemos citar la Ley y Reglamento de consulta de Perú, el Decreto Número 6 de Chile o el procedimiento de consulta establecido por la Unidad de Consulta previa del Ministerio del Interior de Colombia.

470. En Chile, el gobierno aprobó el Decreto 124 para regular el procedimiento de la consulta, pero no lo consultó previamente con las organizaciones indígenas. El Decreto establece que, mediante consulta, los pueblos indígenas podrán expresar su opinión sobre las medidas administrativas o legislativas que les puedan afectar directamente.⁵¹¹

Teniendo en cuenta el alto grado de rechazo que generó el Decreto, la CEACR recomendó a Chile adoptar una nueva normativa consensuada con la participación efectiva de los pueblos indígenas en las decisiones que les afectan.⁵¹² En consecuencia, el gobierno decidió comenzar un nuevo proceso de diálogo que desembocó en el nuevo Decreto Número 66⁵¹³. Esta nueva regulación amplía el alcance de la consulta pero considera que la

⁵¹¹Decreto Número 124, que “Reglamenta el artículo 34 de la ley n° 19.253, a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas” (septiembre de 2009), Ministerio de Planificación de Chile.

⁵¹²CEACR, Observación Individual sobre el Convenio 169, Chile, 2013, pp. 906 y 907.

⁵¹³Decreto Número 66, que contiene la regulación sobre el procedimiento de consulta indígena de acuerdo con el artículo 6.1(a) y 2 del Convenio 169 (noviembre de 2013).

obligación del Estado se cumple con la realización de esta y no con la obtención de un consentimiento final.

471. Perú es otros de los países que cuenta con una normativa específica sobre la consulta. El proceso que se siguió resulta muy ilustrativo para analizar las distintas fases de este tipo de procesos.

Aunque Perú ratificó el Convenio 169 de la OIT en 1994, no fue sino hasta septiembre del 2011 cuando se promulgó la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios (LCP)⁵¹⁴.

Anteriormente, la Corte Suprema peruana había concluido que el carácter disperso y sectorial de las disposiciones relativas a la consulta no cumplían con los requisitos constitucionales (caso 05427- 2009-AC).

La consulta previa a los pueblos indígenas fue lanzada como una propuesta del nuevo gobierno para reafirmar una cultura de diálogo intercultural, que permitiera reducir la conflictividad creciente en el país.⁵¹⁵ La LCP tiene como antecedente las protestas de agosto del 2008, cuando las principales federaciones indígenas del país bloquearon carreteras, ríos navegables y oleoductos en la Amazonía peruana, para manifestar su oposición a 11 decretos presidenciales que amenazaban sus modos de vida.⁵¹⁶

⁵¹⁴La Ley 29785 sobre el Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas y Nativos, de 7 de septiembre de 2011, junto al Decreto Supremo 001-2012 de 3 de abril de 2012, conforman el cuerpo normativo sobre la consulta en Perú.

⁵¹⁵El presidente Alan García reconocería más tarde que la aprobación de los decretos en disputa sin consulta previa habría sido “un error”. Cecilia Rosales y Déborah Dongo: “Mejor rectificar que obstinarse”, *Diario El Comercio*, 18 de junio de 2009.

⁵¹⁶ Una segunda huelga nacional, en abril del 2009, terminó con nuevos bloqueos y con la declaración del estado de excepción. El conflicto escaló y la policía nacional tuvo que dispersar a unas 3.000 personas que bloqueaban una carretera en las inmediaciones de

472. La LCP desarrolla el contenido, los principios y procedimientos del derecho de consulta previa, definida como el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados de manera libre, previa e informada “sobre las medidas legislativas y administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos”.

En lo relativo a la forma, el artículo tercero de la ley dispone que la consulta ha de desarrollarse a través de un proceso de diálogo entre el Estado y las organizaciones representativas con el objetivo de lograr “un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios” en torno a las medidas impulsadas.

Los principios que rigen la LCP son los de oportunidad, interculturalidad, buena fe, flexibilidad, libertad de coacción o condicionamiento, e información que ha de ser oportuna, veraz culturalmente adecuada.

Lo más notable de la ley es que, a diferencia de otros mecanismos de diálogo existentes en el país, como las consultas previstas en el marco de la aprobación de estudios de impacto ambiental, los acuerdos a los que se llega en el marco de esta ley son de cumplimiento obligatorio para ambas partes.⁵¹⁷

473. Aunque supone un claro avance, la ley fue objeto de las críticas indígenas. En cualquier caso, las dificultades que ha atravesado la ley de consulta previa en su elaboración y aplicación efectiva demuestran que el

la ciudad de Bagua, desatando uno de los conflictos más sangrientos de la historia reciente de Perú con un saldo de 33 muertos, 200 heridos y 83 personas bajo arresto.

⁵¹⁷Actualmente, Perú está llevando a cabo un alto número de consultas bajo el liderazgo del gobierno, aunque ello no ha evitado que se sigan produciendo serios enfrentamientos entre los pueblos indígenas y el gobierno en relación a la manera de llevarlas a cabo y sus resultados. Para un análisis exhaustivo, puede consultarse RUIZ MOLLEDA, 2014.

derecho positivo no se compatibiliza de forma óptima con la realidad y la diversidad de los pueblos indígenas y sus propios sistemas.⁵¹⁸

474. En Argentina también se ha adoptado el Decreto 672/16 que crea el Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas cuya misión será posibilitar un diálogo intercultural. El Decreto establece que los pueblos y/o comunidades indígenas participarán en el proceso de toma de decisión sobre medidas que les afecten. La finalidad de dichos procesos será la de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento. No empero, el Decreto también enfrentó la crítica de las organizaciones indígenas.

4.2.2. Países que se encuentran en proceso de aprobación de una ley específica.

475. El caso más reciente de Honduras pone de relieve la complejidad que se suscita en torno al desarrollo legislativo de la consulta. En un contexto ya de por sí altamente conflictivo, el gobierno hondureño presentó un anteproyecto de ley sobre la Consulta Previa, Libre e Informada en mayo de 2018. Aunque en principio el proceso de elaboración se realizó con alta participación de organizaciones indígenas y afrodescendientes, el texto final no recogió sus aportaciones.

Las distintas organizaciones denunciaron que la metodología aplicada no había sido validada con ellos. Entre otros aspectos de fondo, las organizaciones criticaron que no se hubiera dotado de obligatoriedad al consentimiento. En la propuesta se prevé que, en caso de desacuerdo, los pueblos indígenas pueden ser consultados nuevamente, sin mencionar el número de veces. De esta forma, se podrían producir procesos de consulta interminables. El artículo 21 del anteproyecto establece que, en el caso de

⁵¹⁸ GALVIS y RAMÍREZ, 2013, p. 256.

la “no participación” en los procesos de consulta, el Estado podrá asumir la decisión final sobre los Pueblos para declarar una medida total o parcial

La Comisión de Expertos (CEACR) dirigió algunos comentarios muy generales a Honduras en relación al borrador legislativo. En particular, la CEACR instó al gobierno a establecer un mecanismo apropiado mediante el cual los pueblos indígenas pudieran influir realmente en el resultado final del proceso.

4.2.3. Países que no cuentan actualmente con una ley específica y/o han realizado intentos fallidos por adoptarla.

476. Guatemala se encontraría en esta última categoría al haber regulado aspectos de la consulta de forma reglamentaria. En un recurso de amparo contra el Reglamento, la Corte de Constitucionalidad se pronunció acerca de este hecho considerando una anomalía que un derecho sustantivo con respaldo internacional se entendiera positivado a nivel interno en un cuerpo reglamentario, y no en una ley ordinaria.

Además, la Corte Constitucional dictaminó que no era viable aprobar un reglamento que pretende desarrollar un instrumento internacional sin la participación temprana de los pueblos indígenas. La Corte se expresa con claridad:

“... el procedimiento desarrollado por la autoridad impugnada no ha sido suficientemente amplio ni apropiado, pues no cumplió con dar una participación coordinada ni sistemática a los pueblos indígenas a quienes les asiste el derecho de consulta. Si bien la autoridad impugnada dio participación a órganos internacionales, expertos en la materia y a funcionarios del Gobierno para la elaboración del proyecto de reglamento que constituye el primer acto impugnado, ésta no puede sustituir en

ningún momento la participación de los pueblos Indígenas que constituyen el sujeto del derecho.”⁵¹⁹

En el año 2017, el Ministerio de Trabajo y Previsión Social elaboró una Guía Operativa para la Implementación de la Consulta a Pueblos Indígenas contra la cual se presentó también recurso de amparo ante la Corte Suprema de Justicia. Los proponentes denunciaron que no fueron debidamente consultados sobre el contenido de la Guía y esta contiene aspectos que no son admisibles como la posibilidad de que un proyecto se autorice antes de que se produzca la consulta. Además, se prevé un formato rígido de consulta sin tener en cuenta las circunstancias específicas de cada caso.

477. Brasil es otro de los países que ha afrontado serias dificultades a la hora de regular la consulta sin que parezca que la situación vaya a avanzar en un futuro próximo. Aunque se llevaron a cabo varias reuniones entre el Grupo de Trabajo Interministerial responsable de la reglamentación y las organizaciones indígenas y quilombos entre los años 2012 y 2013, el diálogo no se alcanzó un acuerdo que permitiera llevar a cabo el proceso.

En Colombia, la Directiva Presidencial No. 10 de 2013 contiene una guía para la realización de la consulta previa que ha de servir como instrumento de coordinación interinstitucional para lograr una eficiencia administrativa y las buenas prácticas en los procesos de consulta. Al igual que ocurrió con el Decreto de 1998, esta legislación no fue consultada queda circunscrita a la protección de comunidades que se encuentran en territorios demarcados.

En el 2016, el gobierno inició otro intento de regulación reclamado sobre todo por instancias estatales y empresariales que invocan la

⁵¹⁹GUATEMALA, Corte de Constitucionalidad. Sentencia de 24 de noviembre de 2011 (Expediente 1072-2011).

seguridad jurídica de las inversiones y los proyectos. Este proceso aún vigente ha enfrentado también la resistencia de las organizaciones indígenas y afrodescendientes que ven sus intereses amenazados si una ley producto de fuerzas desiguales encorseta los parámetros de la consulta.

En México, con la excepción del Estado y Municipio de San Luis Potosí, el resto de los Estados carecen de normativa sobre la consulta a pesar de que el derecho encuentra reconocimiento en las Constituciones estatales. El Estado federal adoptó un Protocolo para la implementación de consultas que incorpora los estándares del Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, al no tener rango de ley, carece de fuerza coercitiva al no tener rango de ley.⁵²⁰

⁵²⁰ GRANADOS, 2015: 1110.

CAPÍTULO III: DELIMITACIÓN Y TUTELA DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA CONSULTA EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

1. Contexto general: La jurisprudencia constitucional y la protección del derecho a la consulta

478. Las reformas constitucionales que se produjeron en la última década del siglo XX reforzaron el control constitucional a través de la creación de cortes constitucionales o secciones constitucionales en cortes supremas y tribunales superiores de justicia. También se establecieron mecanismos de derechos accionables dentro de la Constitución como el recurso de amparo o la revisión judicial. Estos cambios propiciaron una expansión sin precedentes de la jurisdicción constitucional en la región.⁵²¹

479. El litigio constitucional ha resultado fundamental a la hora de facilitar procesos políticos, resolver conflictos y proporcionar una protección efectiva a los pueblos indígenas. La jurisprudencia constitucional en relación a la delimitación de los derechos indígenas ha cobrado tal entidad que ha llegado a considerarse un agente o poder constituyente.⁵²²

Los altos tribunales han reiterado que el derecho a la consulta es susceptible de amparo constitucional.⁵²³ A través de esta vía muchos pueblos indígenas han logrado que no se hicieran efectivas las medidas que podían afectarles, sin mediar una consulta debida. La jurisdicción

⁵²¹ BAZÁN, 2007, p. 37-50

⁵²² CLAVERO, 2012a: 29.

⁵²³ COLOMBIA, Sentencia T-769 de 2009, 29 de octubre de 2009, Fundamento Jurídico

constitucional ha dispuesto la adecuada realización de las consultas y ha procedido a la suspensión de los proyectos o la nulidad de las medidas objeto de controversia.⁵²⁴

480. Aunque los sectores gubernamentales suelen sostener que existen ya garantías suficientes para el correcto funcionamiento de la consulta, el alto número de fallos emitidos por las Cortes para tutelar el derecho parece indicar lo contrario.⁵²⁵ Tanto es así, que se puede afirmar que la vulneración del derecho a la consulta parece ser algo común en la región.⁵²⁶

En México, por ejemplo, los pueblos indígenas afectados por megaproyectos han recurrido sistemáticamente a la justicia federal ya que la obligación de consultar no se ha visto cumplida por ninguno de los gobiernos desde que se ratificó el Convenio 169 y se reformó la Constitución de 2011. El gobierno ha argumentado que no existe reglamentación, ignorando flagrantemente la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la materia.

En Colombia se ha llegado al punto de hablar de “juridización” de los derechos colectivos.⁵²⁷ Las violaciones del derecho a la consulta son tan frecuentes que incluso justificarían abrir un estado de cosa inconstitucional -figura que se ha utilizado por parte de la Corte Constitucional Colombiana

⁵²⁴ BÁRCENAS, 2013: 69.

⁵²⁵ Ver la relación entre la validez del derecho y la acción de resistencia mientras el Estado no muestre respeto hacia las decisiones y opciones de desarrollo local que resultan incompatibles con los modelos extractivistas, en GUARANDA MENDOZA, 2009.

⁵²⁶ Martínez Espinosa subraya que la llamada “brecha de implementación” se evidencia en que, desde que se produjeron las últimas reformas constitucionales y se promulgó el Convenio 169, continúa lo que él denomina “indigenización de la marginación” en América Latina. La pobreza, la discriminación y la desigualdad se siguen concentrando desproporcionadamente en estos pueblos. MARTÍNEZ ESPINOZA, 2015: 263 y 269.

⁵²⁷ RODRÍGUEZ GARAVITO, 2012: 13 y 14.

de manera excepcional para abordar situaciones especialmente graves de violación de derechos que adquieren un carácter estructural. Es el caso de los pueblos indígenas, dada la gravedad de las afectaciones de sus derechos constitucionales que pueden provocar el exterminio cultural o físico de estas colectividades⁵²⁸

Por otra parte, es cierto que la propia idiosincrasia de la juridicidad indígena y los conflictos que se pueden generar en torno a ella pueden justificar que los asuntos no se diriman directamente por el Derecho positivo sino por los jueces. La Corte Suprema de Belice, por ejemplo, ha considerado que los derechos indígenas son *sui generis* porque encuentran su fundamento jurídico en las tradiciones y costumbres de estos pueblos, en lugar de en normas positivas de Derecho.⁵²⁹

Desde otro punto de vista, se subraya que la codificación de derechos tiende a simplificar realidades y problemas mucho más complejos que reclaman también respuestas más complejas.⁵³⁰ El caso de la consulta requiere de acciones planificadas y financiadas a largo plazo por parte de los Estados.

481. Sea como fuere, las técnicas interpretativas constitucionales han debido maximizarse para dar respuesta a esta realidad. Desde el momento en que las Cortes se han visto influidas por la pluralidad indígena, se ha generado una nueva comprensión de los derechos humanos.

⁵²⁸GARAVITO, 2009, p. 425; RODRIGUEZ, 2014, p. 216-218.

⁵²⁹BELICE, Corte Suprema, *Cal v Attorney General*, Claim Nos 171 & 172 of 2007, párr. 101.

⁵³⁰ GARGARELLA, 2013.

482. En líneas generales, la labor de la jurisprudencia constitucional se ha centrado en identificar una serie de elementos fundamentales que permiten delimitar el contenido del derecho:

- La naturaleza jurídica de los procesos de consulta en la legislación nacional.
- Los tipos de medida que han de ser objeto de consulta.
- Los elementos procedimentales y sustanciales del derecho a la consulta que permiten valorar su adecuación con estándares internacionales y constitucionales.
- El alcance de la consulta: el consentimiento previo, libre e informado
- Las consecuencias de la omisión de una consulta adecuada.

2. Naturaleza jurídica

483. La jurisprudencia constitucional ha reiterado que el derecho a la consulta es un derecho autoejecutable y tiene una “connotación jurídica especial”.⁵³¹

Parte de esa especialidad viene dada por el carácter multidimensional de la consulta que la distingue de otros derechos fundamentales y figuras jurídicas como, por ejemplo, la denominada consulta popular.

484. Desde el punto de vista internacional, la consulta viene a integrar el elenco de derechos humanos reconocidos en la normativa internacional y constituye, además, un principio general del Derecho Internacional. Por tanto, el derecho a la consulta genera obligaciones específicas por parte del Estado que pueden derivar en responsabilidad internacional en caso de incumplimiento.

⁵³¹ CHILE. Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 309, 4 de agosto 2000, Considerando 7°.

485. Los pronunciamientos constitucionales de varios países ahondan en esta múltiple dimensión o naturaleza jurídica de la consulta.

El Tribunal Plurinacional Constitucional de Bolivia en su sentencia de 19 de junio de 2012 sobre TIPNIS explica que la consulta tiene una “doble naturaleza jurídica”. Por un lado, la consulta constituye “un derecho fundamental de carácter colectivo inherente a los pueblos y naciones indígenas”. Por otro, en cuanto que derecho, se convierte en un deber de carácter obligatorio para el Estado en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales e internacionales.⁵³²

486. En Colombia, la Corte Constitucional ha reiterado que la consulta no es un mero trámite o procedimiento, sino que tiene una significación mayor derivada de los altos intereses que está llamada a proteger. Estos son la definición del destino, la subsistencia y los derechos fundamentales de las comunidades. La Corte ha afirmado de forma taxativa que los “simples trámites administrativos” no satisfacen el deber de consulta previa.⁵³³

487. Adicionalmente, la consulta se erige como una garantía amplia para proteger los intereses generales de los países en cuanto que permite preservar determinados valores universales. En esta línea, la Corte colombiana ha afirmado que la diversidad étnica y cultural emana de los valores constitucionales y fundacionales del país.⁵³⁴

2.1. Principio general del derecho

488. Como principio general del Derecho Internacional, la consulta ha de servir de directriz para la interpretación de otras normas y de regla

⁵³² BOLIVIA, Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia 0300/2012 (TIPNIS), 19 de junio de 2012: III.5.2.

⁵³³ COLOMBIA, Sentencia C-175 de 2009, 18 de marzo de 2009, párr. 16.3.

⁵³⁴ COLOMBIA, Sentencia T-769 de 2009, 29 de octubre de 2009.

supletoria en caso de ausencia o insuficiencia en la regulación de una materia.

Mediante el artículo 38.1.c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se autoriza a los órganos judiciales y arbitrales internacionales a aplicar como norma del Derecho Internacional los principios propios del ordenamiento jurídico internacional para resolver casos concretos.

489. En uno de sus primeros pronunciamientos sobre la materia, la Corte Interamericana constató que la obligación de consulta “además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional.”⁵³⁵ Esta afirmación será reiterada posteriormente en otros casos como el de *Sarayaku* contra Ecuador o *Norin* contra Chile.⁵³⁶

490. Los tribunales nacionales han repetido el mismo dictado. Así, la Corte Suprema de Belice consideró que, a pesar de que Belice no había ratificado el Convenio 169 de la OIT, el artículo 14 de este instrumento contiene disposiciones que “resuenan” con los principios generales del Derecho en relación al derecho a las tierras de los pueblos indígenas.⁵³⁷

En consecuencia, la Corte sostuvo que el daño causado por la exploración y explotación de recursos sería de tal envergadura que no tales actos no deberían llevarse a cabo sin una consulta adecuada y sin el acuerdo de los afectados. La Corte ordenó el cese de actuaciones en el área del Pueblo Maya de Santa Cruz o Conejo.

⁵³⁵ *Caso Saramaka*, párr. 163-164.

⁵³⁶ *Caso Norín*.

⁵³⁷ Aurelio Cal, Corte Suprema Belice (2007), capit I, párr. 130, 135 & 136.

2.2. Derecho fundamental

491. Desde tiempo atrás, un amplio número de cortes constitucionales de la región reconocieron que los procesos de consulta no son simplemente mecanismos para velar por los intereses de las comunidades, sino la expresión misma de sus derechos fundamentales y colectivos.⁵³⁸

Las decisiones judiciales en Latinoamérica reflejaron una tendencia del constitucionalismo, principalmente colombiano y peruano, a considerar el derecho a la consulta como un derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales.

492. La Corte Constitucional Colombiana ha mantenido que las consultas indígenas no son meros procedimientos administrativos frente a las decisiones del Estado. Se trata, en cambio, de un derecho humano y fundamental contemplado en la Constitución, que va más allá de la participación o la defensa frente a autorizaciones medioambientales. La consulta supone garantías para el futuro y la seguridad de comunidades enteras.⁵³⁹

493. En su última sentencia de 2018, la Corte colombiana unifica su jurisprudencia sobre la consulta y aprovecha para recordar su carácter irrenunciable:

“5.1. El derecho fundamental a la consulta previa se funda en la defensa de los pueblos indígenas y tribales y en la eliminación de las exclusiones históricas que han padecido. Establece un modelo de gobernanza, en el que la participación es un presupuesto indispensable para garantizar los demás

⁵³⁸ Ver COLOMBIA, Sentencia T-380 de 1993. En el mismo sentido ver sentencia SU-383 de 2003, en el caso de la acción de tutela instaurada por la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC en contra de la Presidencia de la República y otros. Asimismo, Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2005.

⁵³⁹ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997.

derechos e intereses de las comunidades, como ocurre con la integridad cultural, la libre determinación, el territorio y el uso de los recursos naturales etc., por lo cual tiene un carácter irrenunciable e implica obligaciones tanto al Estado como a los particulares...”⁵⁴⁰

494. Las declaraciones de las altas cortes en otros países han sido similares. En Guatemala, la Corte de Constitucionalidad identifica la consulta como derecho fundamental con un valor normativo propio.

Se trataba de valorar la licencia de exploración y explotación minera concedida a una empresa. Aunque el recurso de amparo se presentó por violación del derecho a la justicia y los principios jurídicos del debido proceso, de legalidad y de imparcialidad, la Corte de Constitucionalidad basó sus argumentos en el derecho a la consulta:

“El Estado tiene el compromiso internacional de asumir una posición definida acerca del derecho de consulta de los pueblos indígenas, expresada en varios componentes: (i) su reconocimiento normativo propiamente dicho y, por ende, su inserción al bloque de constitucionalidad como derecho fundamental, por virtud de lo establecido en los artículos 44 y 46 de la Carta Magna...”⁵⁴¹

Asimismo, la Corte considera que la consulta se sitúa dentro de la categoría de derechos sociales fundamentales y lo caracteriza, por tanto, como un derecho prestacional que supone la actuación positiva del Estado para su plena vigencia.⁵⁴²

⁵⁴⁰ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia SU-123, de 15 de noviembre de 2018. P. 5.1.

⁵⁴¹ GUATEMALA, Corte de Constitucionalidad, Exp. 3878-2007, de 21 de diciembre de 2009.

⁵⁴² ARANGO, 2005: 35.

495. Conviene recalcar que la consulta constituye un derecho fundamental de rango plenamente constitucional, aunque no se contemple de forma expresa en las Cartas Magnas.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Perú se ha referido en varias ocasiones al valor constitucional del derecho a la consulta, ya sea como una concretización del derecho a la participación, reconocido en el artículo 2.17 de la Constitución⁵⁴³, o como un derecho fundamental independiente. En este último caso, el derecho deriva su naturaleza de un tratado, el Convenio 169, que tiene rango constitucional.⁵⁴⁴

2.2.1. Derecho fundamental colectivo

496. Mientras que la mayoría de las Constituciones protegen derechos fundamentales individuales, en el caso de los pueblos indígenas los instrumentos internacionales reconocen también sus derechos colectivos.

497. La dimensión colectiva de la consulta permite diferenciarlo de otros derechos individuales como el derecho a la participación en los asuntos públicos, del cual disfrutan por igual todos los ciudadanos. La consulta indígena se distingue también de la consulta popular, contemplada en numerosas Constituciones en relación al conjunto de los ciudadanos o a colectivos específicos, pero que se ejerce de forma individual.

498. El Tribunal Constitucional peruano ha sido inequívoco al afirmar que “el derecho a la consulta no es un derecho individual. Es un derecho colectivo que se reconoce a los pueblos especificados en el artículo 1.1 del Convenio 169 de la OIT.”

⁵⁴³ PERÚ, STC 3343-2007-PA/TC.

⁵⁴⁴ PERÚ, STC 6316-2008-PA/TC y STC 5427-2009-PC/TC.

Este mismo tribunal ha abundado en la importancia del ejercicio de la consulta para promover un diálogo intercultural, el reconocimiento de la identidad de los pueblos indígenas y “la integración de lo pluricultural” reconociendo su herencia cultural. Según el alto tribunal, el Convenio “aspira a que las personas indígenas puedan desarrollarse no solo como miembros de un pueblo indígena sino también como miembros de la nación peruana”.⁵⁴⁵

499. De forma similar, la alta Corte guatemalteca ha reconocido que la consulta es un “derecho colectivo fundamental” y que “la ausencia de regulación *ad hoc* no anula la existencia del derecho que debe ser respetado por el Estado”⁵⁴⁶.

La Corte solicitó expresamente al Congreso de la República que estableciera las provisiones legales necesarias para su protección.⁵⁴⁷ En la Sentencia sobre la consulta de Sacatepéquez, la Corte de Constitucionalidad afirma que:

“El derecho de consulta de las poblaciones indígenas es, en esencia, un derecho fundamental de carácter colectivo, por el que el Estado está obligado a instaura procedimientos de buena fe destinados a recoger el parecer libre e informado de dichas comunidades, cuando se avizoren acciones gubernamentales, ya sean legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente, a fin de establecer los acuerdos o medidas que sean meritorios.”

⁵⁴⁵ STC 0022-2009-PI/TC, Fundamento Jurídico N° 18.

⁵⁴⁶ GUATEMALA. Corte de Constitucionalidad. Exp. No. 3878-2007. Sentencia de 21 diciembre 2009, Conclusión V.

⁵⁴⁷ GUATEMALA, Corte de Constitucionalidad. Exp. No. 1179-2005. Sentencia de 8 mayo 2007; Exp. No. 4419-2011. Sentencia de 5 febrero 2013; Exp. No. 2376- 2007. Sentencia de 9 abril 2008; Exp. No. 1008-2012. Sentencia de 28 febrero 2013.

500. En el caso U'wa la Corte Constitucional de Colombia dejó claro que los titulares del derecho son, no solo los miembros de las comunidades indígenas de forma individual, sino también la comunidad en su conjunto:⁵⁴⁸

“La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.”

Se reconoce así a las comunidades tradicionales como sujetos colectivos que, a pesar de estar compuestos por una colectividad indeterminada de individuos, pueden ejercer derechos fundamentales como si se tratara de una persona natural:

“La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser un ‘sujeto’ de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a ‘la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana’”⁵⁴⁹

⁵⁴⁸ COLOMBIA. Sentencia de la Corte Constitucional, SU-383.

⁵⁴⁹ COLOMBIA. Sentencias de la Corte Constitucional, Rol N° T-428, de 24 de junio de 1992, Rol N° T-380, de 13 de septiembre de 1993, Rol N° SU-039, de 3 de febrero de 1997 y Rol N° T-652, de 13 de julio de 1998. Sentencias de la Corte Constitucional, Rol N° T-380, de 14 de octubre de 1993 y Rol N° SU-039, de 3 de febrero de 1997.

501. No obstante, en Colombia, como en otros países, se ha puesto de manifiesto la dificultad de definir el sujeto colectivo del derecho y establecer quiénes son los pueblos indígenas. La Corte ha realizado una labor intensa tomando como referencia los criterios señalados por la OIT en el Convenio 169.⁵⁵⁰ Sin embargo, este enfoque ha suscitado críticas puesto que ha generado una jurisprudencia muy oscilante y se ha basado en criterios que no son exhaustivos, como la permanencia en el territorio, la reproducción y la conservación de un pasado común, así como la inserción de un linaje para la categorización de indígena.⁵⁵¹

2.2.2. La interdependencia con otros derechos fundamentales

502. En todo momento, la jurisprudencia constitucional ha considerado la consulta como un derecho fundamental sustantivo y que está conectado con el ejercicio de otros derechos.

La Corte Colombiana ha afirmado que la consulta previa no es solo un fin en sí mismo, sino también una garantía para proteger otros derechos y bienes como la supervivencia de los pueblos indígenas y afrodescendientes, y su integridad cultural.

En particular, la Corte ha conectado la consulta a la propiedad colectiva sobre la tierra sobre la cual se proyectan otros derechos colectivos como la libre autodeterminación, la integridad cultural, la participación o el autogobierno.⁵⁵² De acuerdo con esta visión, el derecho a la propiedad

⁵⁵⁰ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencias T-254 de 1994, C-508 de 1994, T-934 de 1999, C-394 de 1995 y C-169 de 2001.

⁵⁵¹ ARIZA, 2007.

⁵⁵² COLOMBIA. Sentencias de la Corte Constitucional, Rol N° SU-383, de 13 de mayo de 2003, Rol N° T-382, de 22 de mayo de 2006, Rol N° C-030, de 23 de enero de 2008, Rol N° C-461, de 14 de mayo de 2008 y Rol N° C-175, de 18 de marzo de 2009.

colectiva de la tierra se configura como un factor indispensable para la supervivencia de las comunidades indígenas y, por tanto, su derecho a la vida.⁵⁵³

503. El Tribunal Constitucional de Perú afirma que el derecho de consulta “es un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconoce a las comunidades, porque les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que tendrán directa implicancia en el territorio donde se asientan.”⁵⁵⁴

504. La Corte Interamericana ha aludido en diversas ocasiones a los derechos de participación y consulta como garantías indispensables de los derechos de propiedad, demarcación y titulación, y restitución, compensación e indemnización.

En el caso Norín, la Corte recuerda la importancia de los criterios jurisprudenciales desarrollados en sentencias de casos anteriores contra Nicaragua, Paraguay, Surinam y Ecuador en relación al derecho a la propiedad comunal y su estrecha relación con la obligación de consulta.

505. Tanto la Corte Interamericana como otros organismos internacionales han vinculado el disfrute de los derechos territoriales con otros derechos como el derecho a la autodeterminación, los derechos culturales, el derecho a no sufrir discriminación o el derecho a la tutela judicial efectiva⁵⁵⁵. A este respecto, cabe señalar que el desarrollo de los

⁵⁵³ COLOMBIA. Sentencias de la Corte Constitucional, Rol N° T-188, de 12 de mayo de 1993, Rol N° SU-383, de 13 de mayo de 2003 y Rol N° T-379, de 13 de junio de 2014.

⁵⁵⁴ PERÚ. Sentencia 06316 de 2008.

⁵⁵⁵ Desde su sentencia en el caso *Awas Tingni*, la Corte ha vinculado expresamente las violaciones del derecho de propiedad comunal indígena a las violaciones del derecho a la protección efectiva por parte de los órganos judiciales o administrativos competentes (artículos 8 y 25 de la Convención Americana).

derechos territoriales y el cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones relativas a la demarcación y titulación, otorgación de títulos de propiedad, restitución, compensación e indemnización debe hacerse siempre de manera consensuada con los propios pueblos, a través de la participación y la consulta, según sus costumbres y tradiciones.

2.2.3. Expresión cualificada del derecho a la participación.

506. El respeto a los derechos indígenas implicará siempre un proceso según el cual los Estados han de garantizar su participación efectiva en la identificación de los impactos positivos o negativos de un proyecto. La participación se configura así como uno de los grandes principios que se considera fundamental a la hora de tomar decisiones concertadas.

507. Desde este punto de vista, distintos tribunales constitucionales han considerado la consulta y el consentimiento como una expresión del derecho a la participación. La consulta constituiría un proceso mediante el cual los Estados garantizan el acceso a la información y la participación efectiva. Pareciera entonces que la consulta se convierte en una garantía adicional para el consenso y la participación democrática en un contexto donde los pueblos indígenas han sido tradicionalmente excluidos.

508. La Corte Colombiana ha seguido esta misma línea interpretando que la consulta forma parte de un derecho ampliado de participación. La interpretación cobra especial sentido si se tiene en cuenta que el derecho a la consulta no está contemplado de forma específica en la constitución colombiana.

Ya en el caso Paguanta de 1997, la Corte Colombiana mantuvo que la consulta implica mandatos constitucionales como la participación de los grupos especialmente vulnerables. A juicio de la Corte, “la referida

participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental.”

En Sentencia C-630 de 2003, la Corte vuelve a referirse a una “protección especial al derecho a la participación” en relación a las decisiones que afectan a las comunidades indígenas.⁵⁵⁶ En la demanda sobre la inconstitucionalidad del Estatuto de Desarrollo Rural de 2009, la Corte dictaminó que “el procedimiento de consulta es, ante todo, un instrumento para garantizar la participación efectiva de las comunidades tradicionales en los asuntos que las afectan, a través de un escenario dirigido a garantizar sus derechos fundamentales.”⁵⁵⁷

509. Sin embargo, con los avances en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el derecho a la consulta emerge como un derecho diferenciado cuyo alcance supera al derecho a la participación.

Aunque la distinción puede no reflejarse aún en la mayoría de los textos constitucionales Constituciones, se va abriendo paso la doctrina jurisprudencial que considera el derecho a la consulta de forma independiente. La diferenciación viene en realidad dada por el Convenio 169 que atribuye consecuencias jurídicas diferentes a ambos.

La Corte Suprema de Chile se ha referida a la insuficiencia de fórmulas de participación tradicionales al declarar que las reuniones y las asambleas “distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta.” En el caso en cuestión, la Corte concluyó que los afectados no tuvieron la

⁵⁵⁶COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia SU-039, de 3 de febrero de 1997, párr. 3.3.

⁵⁵⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-175, de 18 de marzo de 2009, párr. 16.3.

posibilidad de influir en la toma de decisiones y el desarrollo del proyecto.⁵⁵⁸

510. Un indicador claro de la naturaleza distinta y especial de la consulta respecto a la participación es que difiere del enfoque tradicional de las consultas populares.⁵⁵⁹

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha sido claro al señalar que:

“la consulta prevista por el Convenio va más allá de una consulta en un caso preciso, sino que tiende a que todo el sistema de aplicación de las disposiciones del Convenio se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas, lo que supone un proceso gradual de creación de los órganos y mecanismos adecuados a esos fines.”⁵⁶⁰

En la sentencia sobre el caso de San Juan de Sacatepéquez, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala diferencia claramente la consulta vecinal de la consulta previa indígena en relación a la explotación de recursos naturales, señalando que esta última queda fuera de las competencias municipales:

“Las formas procedimentales establecidas en los artículos 63 al 66 del Código Municipal no son pertinentes para viabilizar el derecho de consulta de las poblaciones indígenas cuando éste se refiera a proyectos relacionados con la extracción de minerales, habida cuenta que, pese a

⁵⁵⁸ CHILE. Corte Suprema de Chile. Sentencia 11.040, de 2012.

⁵⁵⁹ Sin embargo, en algunos países se ha generado cierta confusión en torno a ambas figuras. Véase, por ejemplo, la definición que incluyó la Ley del Régimen Electoral de Bolivia de la consulta ciudadana.

⁵⁶⁰ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 96.^a reunión, Ginebra, 2007, pág. 600.

entrañar afectación local, ésa es una situación que está vinculada a determinaciones tomadas en el Organismo Ejecutivo, que rebasan la esfera de funciones de la administración edil.”⁵⁶¹

511. Sin perjuicio de lo anterior, sigue observándose cierto grado de confusión en los pronunciamientos jurisprudenciales.

El caso chileno es ilustrativo. El Tribunal Constitucional entendió durante mucho tiempo que la consulta no podía considerarse como una de tipo vinculante y, por tanto, la equiparaba a la consulta popular facultativa. Pero, al mismo tiempo, el alto tribunal rechazaba la argumentación del Presidente de la República de que la consulta ya se encontraba regulada y ponía de relieve su “diferencia esencial” y “connotación jurídica especial”, a pesar de no tener carácter vinculante *stricto sensu*.

A juicio del tribunal, mientras que la participación prevista en la ley perseguía que la perspectiva indígena se tomara en cuenta en la toma de decisiones, la consulta indígena tiene como finalidad llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas -según el artículo 6.2. del Convenio 169-.⁵⁶² En cualquier caso, como ya se ha observado, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema han mantenido que los procesos de consulta indígena son facultativos.

512. En Colombia, la Corte Constitucional se ha pronunciado recientemente sobre las consultas populares en relación a los proyectos de hidrocarburos para establecer que el uso de los recursos del subsuelo excede las competencias municipales.⁵⁶³

⁵⁶¹ Expediente 3878-2007).

⁵⁶² CHILE, Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 309, de 4 de agosto de 2000.

⁵⁶³ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia SU-095/18, de 11 de octubre. Ver también, comunicado de prensa de la Corte Constitucional No. 40, de 11 de octubre de 2018.

La Corte consideró que el Tribunal Administrativo del Meta no cumplió con el debido proceso:

“al interpretar de forma aislada las disposiciones constitucionales y desconoció los pronunciamientos de la Corte Constitucional referidos a los límites de las materias a decidir a través del mecanismo de consultas populares. En efecto, tanto la Constitución como la ley disponen que éstas, en el rango municipal no pueden recaer sobre asuntos ajenos a la competencia de las autoridades municipales.”

513. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre este particular. En su informe de fondo de 2012 en respuesta a Argentina, la Comisión considera que se había hecho un mal uso de la consulta popular puesto que no es admisible que parte de la población pueda negar los derechos de otra parte.

El Gobierno Provincial de Salta había organizado una consulta ciudadana sobre la concesión de tierras para el desarrollo de obras de infraestructuras. Se les preguntaba de forma genérica si estaban de acuerdo o no, sin diferenciar a los indígenas y a los no indígenas. Pero la cuestión afectaba directamente a los indígenas. Pareciera que el gobierno se había valido de un subterfugio para justificar la recalificación de tierras apoyándose en la opinión pública. La Comisión se expresó en términos muy claros:

“la modalidad de consulta popular no equivale a un proceso de consulta previa sobre esta decisión de adjudicación territorial. La consulta previa es un procedimiento específico y claramente regulado por el derecho internacional de los derechos humanos.”⁵⁶⁴

⁵⁶⁴ Informe No. 2/12, Caso 12.094, Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), Fondo, Argentina, de 26 de enero de 2012.

2.3. Obligación estatal

514. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que los Estados han de dar cumplimiento a los tratados que hayan ratificado de manera íntegra, excepto en aquellos extremos en los que se hayan manifestado reservas. La Convención de Viena contiene dos principios fundamentales en torno a esta cuestión.

El primero principio, *pacta sunt servanda*, implica que los Estados están obligados a cumplir los tratados de buena fe. El segundo principio se establece en el artículo 27 que prohíbe a los Estados alegar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado.⁵⁶⁵

515. En cualquier caso, tanto la Corte Interamericana como algunas cortes constitucionales han declarado que la obligación estatal de consultar no solo deriva de una norma convencional sino de un principio del Derecho Internacional. Es decir, todos los Estados están obligados hayan o no ratificado el Convenio 169.

516. La norma convencional tiene su relevancia en cuanto que describe la forma en la que ha de cumplirse la norma. De acuerdo con la Comisión de Expertos de la OIT, el artículo sexto del Convenio 169 dispone que los Estados tienen el deber de realizar la consulta mediante procedimientos apropiados.⁵⁶⁶

Asimismo, según el artículo 34, los Estados deben adoptar medidas para dar efecto al Convenio teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país. Tales medidas incluyen el desarrollo normativo. La Corte Interamericana señala que el deber del Estado de regular el derecho a la

⁵⁶⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, A/CONF.39/27 (1969).

⁵⁶⁶ ILC.100/III/1, pp. 865.

consulta previa está previsto en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

Las Cortes Constitucionales han compartido esta interpretación caracterizando claramente la consulta como un deber del Estado. La Corte Constitucional de Colombia ha descrito en detalle los elementos principales:

“i) la posición y las propuestas que éstos ostentan y formulen, ii) la garantía de los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud-, iii) la protección del interés general de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; y iv) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano”.⁵⁶⁷

2.3.1. Múltiples niveles de responsabilidad dentro del Estado

517. La obligación de consultar compete al Estado en su integridad, no solo al gobierno. Quedan sujetos al deber de consultar las medidas que les afecten todas las instancias y órganos estatales, tanto en el plano horizontal

⁵⁶⁷ COLOMBIA, Sentencia C-461 de 2008, 14 de mayo de 2008, párr. 6.3.7. Ver también sentencia T-380 de 1993. En el mismo sentido ver sentencia SU-383 de 2003, en el caso de la acción de tutela instaurada por la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC en contra de la Presidencia de la República y otros.

(ejecutivo, legislativo, justicia), como en el vertical (estados, parlamentos regionales, gobiernos locales, etc.).

518. Algunos tribunales han considerado oportuno especificar qué instancias o poderes son responsables de garantizar la consulta. El anterior Tribunal Constitucional de Bolivia afirmó que el deber del Estado en relación con la consulta tiene vigencia tanto en el ámbito central como en el de las entidades territoriales autónomas.⁵⁶⁸

En esta cuestión es importante detenerse en la práctica concreta de los Estados. En general, se ha entendido que el deber de consultar en relación a las medidas que emanan del Poder Legislativo no excluye la obligación del Ejecutivo. Es el caso de Colombia donde los proyectos legislativos del Ejecutivo son sometidos a consulta de forma previa. En Chile, el Tribunal Constitucional dictaminó que el Ejecutivo también tenía la obligación de realizar la consulta en su papel de colegislador cuando presenta proyectos de ley ante el legislativo.

En relación a la concesión de licencias de exploración o explotación de recursos naturales, es normalmente el Ejecutivo quien debe iniciar la consulta. En Guatemala, la Corte de Constitucionalidad ha atribuido la función garante al Gabinete de Pueblos Indígenas e Interculturalidad, a pesar de que esta es una institución temporal y consultiva cuya financiación depende de las contribuciones voluntarias de distintos ministerios.

519. Como no podía ser de otra forma, el deber de consulta atañe también a los tribunales de justicia aunque este aspecto no se haya reconocido ni en los pronunciamientos ni en el propio *modus operandi* de seguidos por los mismos. Ello implicaría la adopción de procedimientos que incluyeran la participación y consulta de los pueblos indígenas en la

⁵⁶⁸ BOLIVIA, Sentencia Constitucional 2003/2010-R, 25 de octubre 2010.

resolución de las causas. Sin embargo, algunas cortes como la colombiana se han distinguido por apoyarse más en informes técnicos antropológicos o de carácter académico, que en la información y opinión de las propias autoridades indígenas.⁵⁶⁹

2.3.2. La institucionalidad indígena

520. Uno de los principios o requisitos de la consulta es que esta ha de realizarse con las instancias indígenas representativas y mediante o con pleno respeto de sus propias costumbres y procedimientos. Los tribunales se han referido al papel que han de jugar las instituciones y organizaciones indígenas. Cuando el Tribunal de Bolivia se refirió a la obligación del Estado, prescribió la consulta con las autoridades representativas indígenas.

Aunque el requisito de llevar a cabo la consulta con las autoridades, instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas puede considerarse un requisito formal, se manifiesta también en un plano sustantivo en cuanto a que fija los interlocutores adecuados a la hora de dar cumplimiento al derecho fundamental.

La cuestión reviste una relevancia particular en el caso de los pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial. Aunque en estos casos no se puede celebrar una consulta directamente con los pueblos y comunidades, esto no quiere decir que el derecho no siga vigente. Se trata de encontrar otras formulas y ampliar el derecho a las comunidades aledañas o colindantes. Así lo estableció el Tribunal Constitucional Peruano en Sentencia del 2009:

“... el derecho de consulta se extiende en estos casos a las comunidades, autoridades, asociaciones y demás entidades representativas de las

⁵⁶⁹ CLAVERO, 2015: 619.

comunidades aledañas o colindantes, a fin de garantizar su derecho a la participación en la toma de decisiones, incluso frente a posibles poblaciones en aislamiento que puedan resultar afectadas. La interpretación que debe hacerse en este sentido debe ser la más amplia posible, en procura de alcanzar la legitimidad social indispensable para que las actividades extractivas se realicen en forma pacífica y con la anuencia de las comunidades y sus organizaciones.”⁵⁷⁰

521. Por otra parte, existe otra dimensión a la que las resoluciones jurisprudenciales y la doctrina no han prestado tanta atención. Si bien es cierto que el deber de celebrar la consulta corresponde al Estado, no cabe duda de que, en virtud del principio de la libre determinación, el sujeto colectivo o interlocutor no está desprovisto de responsabilidades.

Recientemente, el Mecanismo de Expertos de Naciones Unidas ha hecho referencia a la responsabilidad de las instituciones indígenas respecto a la consulta, realizando una recomendación dirigida a las mismas:

11. [...] se alienta a las poblaciones indígenas a incluir en esas instituciones a mujeres, niños, jóvenes y personas con discapacidad, teniendo presente que en las estructuras de gobernanza de algunas comunidades indígenas pueden predominar los hombres. En esas consultas hay que tratar de entender los efectos concretos para las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas.⁵⁷¹

La Corte Constitucional de Colombia se refirió a la responsabilidad de las autoridades indígenas en base a los efectos de la doctrina *ultra vires*. En sentencia T-380 de 1993, contempla la posibilidad de que las propias

⁵⁷⁰ PERÚ, STC N° 06316-2008-PA/TC, 11 de noviembre de 2009, párr.15.

⁵⁷¹ EMRIP, 2018: 21.

autoridades hayan podido disponer de los recursos naturales de forma ilegal o arbitraria:

“El derecho de propiedad colectiva de los recursos naturales renovables que se encuentran en sus territorios, no otorga una facultad omnímoda a los representantes de las respectivas comunidades indígenas para disponer libremente de ellos. La autonomía de las autoridades indígenas en el manejo de sus propios asuntos, en especial respecto del aprovechamiento de los recursos naturales, debe ser ejercida con plena responsabilidad. En favor de la comunidad indígena siempre podrá aducirse la doctrina *ultra vires* frente a actuaciones de sus autoridades que hayan dispuesto ilegal o arbitrariamente de las riquezas naturales comprendidas en su territorio, y a las cuales por lo tanto se las debe despojar de todo poder vinculante.”⁵⁷²

Otras Cortes constitucionales han abordado esta cuestión predominantemente desde el punto de vista procedimental a la hora de discernir si una consulta se ha realizado con las garantías necesarias.

La jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala es una de las cortes que más ha evolucionado en esta materia. Al principio, la Corte consideró que los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, creados por ley, eran los mecanismos idóneos para llevar a cabo la consulta. Esto suponía un desconocimiento de las autoridades propias de los pueblos.⁵⁷³ Esta visión se repite en la sentencia relativa al proyecto de transmisión de energía eléctrica en el territorio Ixil, que no toma en cuenta las formas de autogobierno de las comunidades.

⁵⁷² COLOMBIA. Sentencia de la Corte Constitucional, Rol N° T-380, de 13 de septiembre de 1993.

⁵⁷³ GUATEMALA. Corte de Constitucionalidad, San Juan Sacatepéquez.

Un año después, la Corte matiza su interpretación cuando analiza la falta de consulta adecuada de una licencia minera en el municipio de Sipacapa. En esta ocasión, la Corte considera que:

“...no puede condicionarse el reconocimiento de las organizaciones comunitarias representativas de los pueblos indígenas, como sujetos activos de amparo, a su previa inscripción en la municipalidad local; de ser así, el acceso de aquellos a los mecanismos de defensa de sus derechos fundamentales dependería del sometimiento de sus particulares manifestaciones de organización social o autoridades.”

2.3.3. La dimensión protectora del Estado frente a los actores privados.

522. La obligación de respetar y proteger activamente la consulta corresponde a los Estados. El deber de realizar la consulta es una obligación indelegable por parte del Estado. A este respecto se ha pronunciado el alto Tribunal de Bolivia en términos taxativos:

...en un deber de carácter obligatorio para el Estado el realizarlas en el marco del cumplimiento de las obligaciones constitucionales e incluso internacionales (considerando el bloque de constitucionalidad reconocido por el art. 410 de la CPE), con el objeto de buscar la paz social y evitar conflictos sociales que pudieran suscitarse, por lo que el realizar las consultas resulta necesario en los casos en que existan proyectos a gran escala o gran impacto, para obtener el consentimiento de las comunidades que pudieran verse afectadas, es por lo tanto una obligación indelegable por parte del Estado.⁵⁷⁴

523. En Resolución Aclaratoria, el Tribunal Constitucional Peruano sostuvo que el Convenio 169 de la OIT no permite a las empresas llevar a

⁵⁷⁴ Decisión Plurinacional Constitucional 0300/2012 (TIPNIS), 19 de junio de 2012.

cabo los procesos de consulta, por ser esta una obligación exclusiva del Estado que no se puede “traspasar”.⁵⁷⁵

En la STC 0022-2009-PI/TC este mismo tribunal ha matizado que la obligación del Estado alberga dos dimensiones diferentes, de acuerdo con la afectación prevista. En los casos en los que la afectación sea alta, el Estado tiene una función inmediata y determinante. En aquellos casos en los que la intensidad de afectación no sea alta, el Estado puede limitarse a realizar una labor de supervisión. Ello quiere decir que, en estos últimos casos, otros actores podrán llevar a cabo directamente la consulta. La responsabilidad del Estado se concretará en vigilar que esta se realiza adecuadamente.

El tribunal no aclara qué tipo de consecuencias se derivarían del incumplimiento de la consulta en unos y otros casos.

524. Otros tribunales como la Corte de Constitucionalidad de Guatemala no han especificado quién es el encargado de llevar a cabo la consulta, pero deja entrever que puede existir participación de más instituciones públicas. En un primer momento, la Corte se refiere al sistema de los Consejos de Desarrollo Rural y Urbano como los órganos responsables, aunque luego cambia de criterio en sentencias posteriores.⁵⁷⁶

525. En la práctica lo que ha ocurrido es que los Estados han descuidado su deber y han delegado por activa o por pasiva su deber de consultar a actores privados. Las empresas han tomado la iniciativa en la planificación y desarrollo de las consultas, haciéndose cargo incluso de su financiación.

Como expuso la Corte colombiana, el sistema de consulta institucionalizado por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de

⁵⁷⁵ PERÚ, STC EXP. N.º 06316-2008-PA/TC, 24 de agosto de 2010.

⁵⁷⁶ Sentencia de San Juan de Sacatequépez

Interior de Colombia delega en las empresas la organización de diálogos con las comunidades indígenas después de que los contratos de explotación de recursos naturales hayan sido firmados:

“Tampoco pueden considerarse o asimilarse a la consulta exigida en estos casos, las numerosas reuniones que según el apoderado de la sociedad Occidental de Colombia Inc. se han realizado con diferentes miembros de la comunidad U’wa, pues aquélla indudablemente compete hacerla exclusivamente a las autoridades del Estado, que tengan suficiente poder de representación y de decisión, por los intereses superiores envueltos en aquélla, los de la comunidad indígena y los del país relativos a la necesidad de explotar o no los recursos naturales, según lo demande la política ambiental relativa al desarrollo sostenible”.⁵⁷⁷

526. Como se ha denunciado de forma reiterada, los procesos de consulta liderados por empresas suelen estar plagados de irregularidades y generan gran incertidumbre en relación a los requisitos legales, procedimientos y alcances de esta.⁵⁷⁸ Se producen errores procedimentales que están ligados a una comprensión muy pobre del valor cultural y diverso de las comunidades. En la mayoría de los casos se ha documentado la utilización de un lenguaje poco adecuado, un idioma distinto al de la comunidad indígena y terminologías excesivamente técnicas. Al mismo tiempo, las empresas suelen reducir la consulta a un evento meramente informativo, sin ningún valor vinculante entre las partes.

527. Aún así, es necesario reconocer el protagonismo de las empresas en contextos locales donde el aparato de Estado ha estado y sigue estando ausente. Ante los vacíos institucionales, las empresas se han convertido en actores centrales de la vida de muchas comunidades que se han visto expuestas a cambios dramáticos de orden social, cultural y económico. La

⁵⁷⁷ Sentencia SU-039 de 1997, p. 82.

⁵⁷⁸ A/HRC/18/35, párr. 45.

inmersión de nuevos actores y recursos ha alterado el tejido social y ha impactado, como no podría ser de otra forma, el disfrute de derechos fundamentales, comenzando por derechos culturales, pero pasando también por daños al medio ambiente y los recursos naturales. La inmensa mayoría de los conflictos locales en Latinoamérica tienen carácter socio-ambiental y se producen en el marco de proyectos a gran escala gestionados por empresas transnacionales.⁵⁷⁹

528. Como respuesta a la gran influencia de las empresas se ha impulsado desde el ámbito internacional una normativa que responsabilice a los actores privados por las violaciones de los derechos humanos. La cuestión era polémica puesto que la conceptualización de los derechos humanos siempre ha situado al Estado como único portador de obligaciones.

Después de un largo proceso de debate y estudio, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobó los Principios sobre Empresas y Derechos humanos en septiembre de 2011. El marco conceptual de los principios se estructura en tres pilares. El primero consiste en la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos frente a la acción de actores empresariales. En segundo lugar, las empresas tienen el deber de respetar los derechos humanos bajo el principio de diligencia debida. Finalmente, los Principios incluyen la necesidad de llevar a cabo medidas de reparación efectivas en caso de que se produzcan violaciones.⁵⁸⁰

529. A lo largo del proceso las cuestiones de los derechos indígenas adquirieron gran relevancia y ocupan, desde entonces, buena parte del

⁵⁷⁹ Los pueblos indígenas en América Latina: avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos, CEPAL, noviembre de 2014.

⁵⁸⁰ HR/PUB/11/04, p. 1.

trabajo del Grupo de Expertos creado para supervisar la aplicación de los Principios.

530. El Relator ANAYA traspuso los Principios al ámbito de los derechos indígenas. En su informe sobre la responsabilidad de las empresas indica que la diligencia debida corporativa implica varios aspectos. Primero, las empresas han de reclamar que el Estado cumpla con su deber de realizar la consulta. Por otra parte, los actores privados han de renunciar a ejecutar un proyecto de inversión si se confirma que no se ha cumplido con la consulta de forma adecuada y/o no se han respetado otros derechos humanos.⁵⁸¹

El Relator asegura que los conflictos sociales en torno a las actividades extractivas se presentan básicamente por no haber consultado a las comunidades indígenas afectadas por el proyecto. El conflicto no beneficia a nadie. Aquellas empresas que, en complicidad con gobiernos, eluden la consulta han sufrido grandes pérdidas por tener que afrontar las consecuencias de los conflictos con la población local o incluso la cancelación de sus proyectos.

531. La sentencia SU-123 de noviembre de 2018, dictada por la Corte Constitucional de Colombia, recoge tanto los Principios sobre empresas y derechos humanos, como las recomendaciones del Relator Especial. De forma novedosa, la Corte examina la acción de la empresa implicada en este caso, el Consorcio Colombia Energy, y concluye que no guardó la diligencia debida en relación con la consulta. En particular, la Corte toma nota de la inobservancia de una serie de aspectos:

“(i) el deber de debida diligencia en el reconocimiento, toda vez que conocía de la localización de la comunidad y no identificó de antemano la existencia del pueblo Awá, pese a las potenciales afectaciones derivadas

⁵⁸¹ A/HRC/15/37, 19 de julio de 2010, párr. 47 y 89.

de sus actividades, (ii) el deber de diligencia sobre las tierras, territorios y recursos naturales, en la medida en que opuso la falta de identificación del territorio como argumento para no garantizar el derecho al territorio y a la consulta previa, y (iii) el deber de diligencia en consultar, ya que desconoció el hecho de que es necesario consultar en los diferentes momentos en que se presentan modificaciones sustanciales al desarrollo de un proyecto. De manera que, conforme a lo explicado debe concederse la protección constitucional.”⁵⁸²

A la hora de identificar los remedios judiciales y, en particular, a la hora de valorar la pertinencia de ordenar la suspensión de un proyecto, la Corte considera que hay que fijarse en la actuación de la empresa y si hubo o no diligencia debida y buena fe:

“Sin embargo, ese escrutinio no se puede realizar con figuras del derecho civil, porque éstas son ciegas a los derechos de las comunidades indígenas y a su forma de comprender el mundo. Para tener un parámetro de medición en clave de derechos humanos, se deberá acudir a los parámetros de responsabilidad de las empresas en relación con el derecho de los pueblos indígenas.”⁵⁸³

2.3.4. La auto-consulta. ¿Potestad de los pueblos indígenas para realizar las consultas?

532. Los numerosos obstáculos para realizar procesos de consulta con todas plenas garantías y la creciente injerencia de actores económicos en sus territorios han provocado que algunos pueblos indígenas decidan tomar la iniciativa y organizar sus propias consultas. Se trata de las denominadas “auto-consultas”.

⁵⁸² COLOMBIA, Sentencia de la Corte Constitucional SU-123, de 15 de noviembre de 2018. Síntesis.

⁵⁸³ *Ibíd.* párr. 16.5.

Guatemala es el país donde se ha contabilizado un número mayor. A fecha de diciembre de 2014, se habían contabilizado 114 consultas desde que comenzaron en Comitancillo (San Marcos) el 18 de mayo de 2005.⁵⁸⁴ En esa zona se había producido una gran expansión minera, resultado de la política del gobierno consistente en incentivos fiscales y otras facilidades. La reforma de la Ley de Minería permitió la concesión de alrededor de 398 licencias de exploración y explotación.⁵⁸⁵

533. La figura de las auto-consultas generó mucha polémica entre todos los estamentos de la sociedad. Los sectores empresariales y gubernamentales se posicionaron claramente en contra, poniendo en tela de juicio la metodología y el valor jurídico de las mismas.

534. Aunque no existen muchas directrices jurisprudenciales al respecto, la jurisprudencia constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta problemática y algunas cuestiones relacionadas.

Lo primero que cabe señalar es que algunos tribunales constitucionales como el peruano han abierto la puerta a la realización de consultas por parte de actores diferentes al Estado, como son las empresas privadas. Han entendido que, en determinados casos, el Estado puede cumplir una función de garante vigilando que terceros actores lleven a cabo el proceso de forma debida. Pero esta función de mero supervisor puede darse únicamente cuando la intensidad de afectación no sea alta. Además, el

⁵⁸⁴ Por ejemplo, se organizaron consultas comunitarias por parte del pueblo indígena K'iche que condujeron al rechazo de las actividades mineras e hidroeléctricas en sus tierras (octubre de 2010, Santa Cruz del Quiche, Guatemala). Lo mismo ocurrió en Perú con las consultas vecinales de Yanta y Segunda, y Cajas que manifestaron estar en contra del proyecto minero Majaz por operar en sus territorios sin su consentimiento (septiembre de 2007).

⁵⁸⁵ Ministerio de Energía y Minas de Guatemala.

ámbito de actuación del Estado debería determinarse mediante desarrollo legislativo.⁵⁸⁶

En Guatemala, la Corte Constitucional de Guatemala considera estas consultas como consultas vecinales pero les concede cierta carta de naturaleza. En uno de sus primeros dictámenes sobre la consulta, la Sentencia de 2013 (Expediente 4419-2011), la Corte las fundamenta en “derecho a ser escuchados”:

“Las comunidades quedan en libertad de hacer valer el resultado de la consulta ya efectuada u organizar, en su caso, una concierne al proyecto objeto de este conflicto, lo que parezca más beneficioso para superar la situación. Igualmente entregar (hacer llegar) en el tiempo que apremie su propio interés, al Ministro que corresponda, su opinión, garantizándose así su derecho de ser escuchados.”⁵⁸⁷

Al mismo tiempo, la Corte Guatemalteca también ha establecido que es necesario que los procedimientos sean supervisados por el Estado para que se considere que existe una verdadera consulta. Los responsables gubernamentales han de garantizar que todos los puntos de vista puedan ser expresados por parte de todos los actores implicados. Lo contrario equivaldría la realización de meras jornadas informativas o de diálogo. Se han dado casos de consultas vecinales que se han limitado a votaciones a mano alzada. La Corte no hace sino recoger una realidad y la importancia de corroborar que las consultas se realizan con todas las garantías.

535. En algunos casos, este tipo de consultas se han inspirado o regulado por normativas locales como el Código Municipal que prevé la posibilidad de recabar la opinión de las comunidades indígenas en asuntos relevantes.

⁵⁸⁶ PERÚ, STC, Exp. N.º 06316-2008-PA/TC, de 24 de agosto de 2010.

⁵⁸⁷ GUATEMALA, Corte de Constitucionalidad, Expediente 4419-2011, Sentencia del 5 de febrero del 2013.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala se pronunciado al respecto concluyendo que, si bien el gobierno de Guatemala está obligado a consultar a las comunidades indígenas respecto a proyectos que puedan afectarles, esa obligación no le correspondería a los gobiernos municipales sino al gobierno central, en la medida en que la gestión de los recursos naturales es competencia exclusiva de este.

536. En la práctica, los gobiernos han rechazado de plano los resultados de estas consultas convocadas por las propias comunidades, hasta el punto de afirmar que se encuentran al margen de la legalidad.

En lo que se refiere al valor jurídico de los resultados, la posición de los gobiernos viene avalada por los dictámenes jurisprudenciales que consideran las consultas, estas y otras, no vinculantes. Según la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, los resultados de las consultas comunitarias en ningún caso se pueden considerar vinculantes.⁵⁸⁸

El Relator Especial ha recomendado que se adopte una posición intermedia. Si bien las auto-consultas pueden carecer de validez, deberían ser tomadas en cuenta de forma determinante en la toma de decisiones. Lo que exprese la comunidad no puede estar exento de cierto valor jurídico, moral y práctico:

“En todo caso, el Relator Especial considera que la trascendencia de las consultas comunitarias no se agota con la cuestión de si son o no vinculantes desde la perspectiva del derecho interno. Estas iniciativas son válidas y tienen relevancia en la medida en que constituyen un reflejo de las aspiraciones legítimas de las comunidades indígenas a ser escuchadas en relación con los proyectos que tengan un impacto potencial sobre sus territorios tradicionales. La negativa que ha expresado la mayoría de las comunidades donde se han llevado a cabo estas consultas es una muestra

⁵⁸⁸ MARTÍNEZ ESPINOZA, 2015.

de la ausencia tanto de consentimiento como de un adecuado procedimiento de consulta.”⁵⁸⁹

537. Queda pendiente discernir si los pueblos indígenas pueden llevar a cabo sus propias consultas como sujetos que disfrutan de la libre determinación e identificar, en su caso, las obligaciones correspondientes. En virtud de otros derechos como la autonomía y el autogobierno, se puede producir un trasvase de deberes desde el Estado a las propias instituciones indígenas para llevar a cabo las consultas de acuerdo con los estándares del derecho.

Si las Cortes hubieran tenido en cuenta en el análisis del contenido de la consulta bajo el prisma del principio de libre determinación, la cuestión hubiera permitido dirimir con mayor exactitud un esquema de responsabilidades más complejo. Hasta el momento, la jurisprudencia solo se ha ocupado de establecer firmemente que la consulta es una obligación del Estado que no puede transferirse, ni tan siquiera (se entiende) a los sujetos del derecho colectivo a la libre determinación.

3. El objeto de la consulta: identificación de las medidas que han de someterse a consulta.

538. El deber de celebrar consultas a los pueblos indígenas sobre las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente está previsto en el artículo 19 de la Declaración y en el artículo 6.1 del Convenio 169. Ambos instrumentos señalan que las medidas han de afectar a los pueblos directamente, pero no detallan las materias que han de ser consultadas.

539. Tradicionalmente, se ha generalizado la interpretación de que la consulta es un derecho que se ha de aplicar en el caso de los proyectos de

⁵⁸⁹ A/HRC/15/37/Add.8, párr. 20.

desarrollo en territorios indígenas. En realidad, los pueblos indígenas pueden resultar directamente afectados por otro tipo de actuaciones, aunque no se produzcan directamente en su territorio.

540. El artículo 23 de la Declaración de Naciones Unidas arroja luz en la identificación de medidas objeto de consulta al establecer que los pueblos indígenas tienen derecho a determinar prioridades para el ejercicio de su derecho al desarrollo y, en particular:

“tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.”

Esta visión amplia se ha plasmado también en las exigencias de las propias organizaciones indígenas en países como Perú, donde se organizaron protestas por la aprobación de varias leyes que afectaban a territorios indígenas, pero no habían venido acompañadas por un proceso de consulta.⁵⁹⁰

541. Según la interpretación de las normas internacionales que han realizado los diferentes organismos internacionales, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Relator Especial, el deber de consulta debe cumplirse en los siguientes supuestos:

- la adopción y ejecución de medidas legislativas o administrativas;
- la aprobación de proyectos que afecten a las tierras, territorios y recursos naturales, particularmente en relación con la utilización o la explotación de los recursos; y

⁵⁹⁰ Defensoría del Pueblo (2010): Informe de la Defensoría del Pueblo del Perú sobre su actuación en los acontecimientos en Bagua y Utcubamba en el Conflicto de la Selva.

- la utilización de las tierras de los indígenas para actividades militares.

542. Desde otro punto de vista, puede ser más riguroso examinar la naturaleza o el tipo de las medidas susceptibles de ser consultadas para valorar el posible daño que pueden generar y la entidad del impacto en los derechos de los pueblos indígenas.

Esta interpretación coincide con el enfoque de la Comisión de Expertos de la OIT que interpreta que el artículo 6 del Convenio N°169 aspira a conceder a los pueblos indígenas el máximo control sobre todas las materias cubiertas por el Convenio.⁵⁹¹

En efecto, el Convenio vincula el principio de consulta tanto a las cuestiones generales de gobernanza y participación de los pueblos indígenas y tribales en la vida pública, como en relación a proyectos específicos que pueden suponer una destitución de sus tierras, territorios y recursos naturales.

543. Una interpretación extensiva del derecho a la consulta en cuanto a su objeto no significa que el Estado deba consultar toda medida legal o administrativa. El criterio fundamental será el grado de afectación directa. Debe tratarse de medidas que modifiquen parcial o totalmente el modo de vida de los pueblos indígenas. De acuerdo con el Relator Especial ANYA, la medida ha de tener una incidencia diferenciada en “modos no percibidos por otros individuos de la sociedad.” Se han de contemplar, por tanto, medidas con efectos amplios como las leyes o las reformas constitucionales.⁵⁹²

⁵⁹¹ ILC.100/III/1., pp. 862-863.

⁵⁹² A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 43.

A tenor de lo anterior, las medidas de reparación que se dicten en caso de violación de la consulta u otros derechos también han de ser consultadas. La Corte Interamericana ha constatado este carácter transversal y de amplio alcance de la consulta:

“Si por motivos objetivos y fundamentados, la reivindicación del territorio ancestral de los miembros de la Comunidad Yakye Axa no fuera posible, el Estado deberá entregarle tierras alternativas, que serán electas de modo consensuado con la Comunidad, conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres. En uno u otro caso, la extensión de las tierras deberá ser la suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la Comunidad”.⁵⁹³

3.1. Reformas constitucionales

544. Los órganos de control de la OIT han interpretado que “las reformas constitucionales... constituyen medidas legislativas en el sentido del artículo 6 y, por lo tanto, entran indiscutiblemente en el ámbito de este artículo del Convenio.”⁵⁹⁴

En virtud de esta interpretación, las medidas normativas de carácter constituyente también han de ser sometidas a consulta. De otro modo, los requisitos de consulta podrían evadirse fácilmente.

El Relator Especial se pronunció sobre la naturaleza de la consulta en relación a la reforma constitucional de Chile para referirse a la obligación que tienen los Estados de consultar a los pueblos indígenas las medidas de

⁵⁹³ *Caso Yakye Axa*, párr. 217.

⁵⁹⁴ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), GB.283/17/1; GB.289/17/3 (2001), párr. 83.

naturaleza política. En su informe sobre la reforma constitucional de Chile recuerda el dictamen de la Corte Interamericana en el caso Saramaka:

“la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas con carácter previo a la adopción de medidas legislativas, administrativas o políticas que afecten directamente sus derechos y sus intereses está firmemente asentada en el derecho internacional de los derechos humanos.”⁵⁹⁵

La falta de cumplimiento de la consulta con los requisitos necesarios provocaría la responsabilidad internacional estatal. Sin embargo, no se ha recurrido ningún proceso de reforma ante instancias judiciales por falta de consulta.

3.2. *Tratados internacionales*

545. La Corte Constitucional Colombiana se ha referido a la consulta a pueblos indígenas en materia de tratados. En la sentencia C-615 de 2009 se establece que la consulta a los pueblos indígenas debe llevarse a cabo antes de que el Presidente de la República presente el tratado y la tramitación de la ley al Senado.

Además, los pueblos indígenas podrán ser consultados sobre la posición negociadora de Colombia ante foros internacionales para que contribuyan con su opinión. Según la Corte, esta práctica simboliza el cambio de paradigma en “las relaciones entre los Estados y las minorías étnicas existentes en el territorio.”⁵⁹⁶

⁵⁹⁵ A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párr. 6.

⁵⁹⁶ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-615 de 2009, de 2 de septiembre de 2009.

3.3. Adopción de leyes

546. Tanto el Convenio 169 como la Declaración de Naciones Unidas establecen el deber de consultar las medidas legislativas con los pueblos indígenas. Como en el resto de los supuestos, el test fundamental es que la ley vaya a producir una afectación directa.

El caso más claro es el de las leyes que tengan como objetivo la regulación de la consulta. Sin embargo, la consulta insuficiente sobre esta normativa ha provocado la protesta de las organizaciones indígenas en numerosos países.

El Consejo de Administración de la OIT realizó una observación al Estado de Colombia por la aprobación sin consulta del Decreto No. 1320 de 1998. El Decreto reglamentaba la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de sus territorios previamente identificados o demarcados.

La OIT señaló que la obligación gubernamental de consultar nace del Convenio 169 y no de una ley en particular. Cualquier propuesta legislativa que pretenda regular los mecanismos consultivos debe ser previamente negociada con los pueblos indígenas.⁵⁹⁷ Desde entonces, la regulación de la consulta se ha contemplado en distintos instrumentos normativos, como la ley ambiental, el Código de Procedimiento Administrativo, el Código de lo Contencioso Administrativo y varias Directivas Presidenciales.

El Relator Especial realizó una recomendación parecida al Congreso de la República del Perú con motivo del proyecto de ley que se proponía

⁵⁹⁷ G.B.282/14/3. Citado en: OIT (2009): Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT, pp. 65-66.

regular el proceso de consulta previa y que, según el Relator, debía ser consultado y cumplir con los estándares internacionales.⁵⁹⁸

547. La Corte Interamericana se ha referido a otro tipo de leyes que tienen un impacto claro en la vida de las comunidades. Por ejemplo, ha señalado que las medidas legislativas, administrativas, o de cualquier otra índole, que se aprueben para delimitar, demarcar y titular los territorios indígenas, deben contar con la participación y consentimiento de la comunidad afectada, a fin de asegurar el goce de sus derechos.⁵⁹⁹

548. En respuesta al temor ante una posible expansión en cuanto al alcance de la consulta y la interpretación de lo puede suponer una afectación de los intereses, la doctrina ha entendido que la consulta previa no debe ser entendida como una intrusión en las labores legislativas de los parlamentarios. Se debe entender, por el contrario, como una expresión del carácter democrático del Estado y una medida reparadora a los pueblos indígenas por la exclusión que han sufrido históricamente en la toma de decisiones y en las instituciones del Estado.⁶⁰⁰

3.4. Medidas administrativas

549. No cabe duda de que es precisamente en el ámbito administrativo donde la consulta adquiere una especial relevancia. Las concesiones y

⁵⁹⁸ A/HRC/12/34/Add.8, párr.44. Por su parte, varias organizaciones indígenas y de la sociedad civil reclamaron "[p]romulgar, en consulta con los pueblos indígenas, una ley marco de participación y consulta clara y acorde a las normas internacionales; y una ley marco de pueblos indígenas en donde se incorpore la definición de pueblos indígenas dada por la mesa multisectorial".

⁵⁹⁹ *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párrs. 209-210.

⁶⁰⁰ ALVA, 2014: 65.

autorizaciones para la exploración y la explotación de los recursos naturales se producen a partir de actos administrativos.

El párrafo segundo del artículo 15 del C169 establece el deber de consultar aún siendo el Estado el propietario de los recursos minerales y otros recursos del subsuelo en territorios donde habitan o en proximidad de los pueblos indígenas.

550. El desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana en el *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* muestra un marco de referencia para este asunto. El derecho de los pueblos indígenas a ejercer el control de los recursos naturales solo puede encontrar algunas limitaciones en el interés más urgente e imperativo del Estado.⁶⁰¹ La consulta sería, por tanto, necesaria ante cualquier plan de prospección o explotación de recursos.

553. La jurisprudencia de las cortes superiores es abundante en esta materia. En Ecuador, la Corte Constitucional tuvo que responder a la cuestión de si se pueden imponer servidumbres y concesiones mineras en territorios de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. La Corte entendió que:

“el Estado, a través del Ministerio del ramo o de cualquier otra autoridad gubernamental, deberá implementar los procesos de consulta previa e informada establecidos en el artículo 57, numeral 7 de la Constitución; con ese fin, deberá adecuar, mediante acto normativo, las reglas provisionales que esta Corte establecerá a continuación. Se deja en claro que las mismas serán de obligatorio cumplimiento, hasta tanto la Asamblea Nacional dicte

⁶⁰¹ E/CN.4/Sub.2/2004/30, párr. 48.

la ley que regule el derecho de consulta previa e informada reconocido en la Constitución de la República.”⁶⁰²

En Guatemala, la Corte de Constitucionalidad ha estimado que, aunque la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo sea del Estado o tenga derechos sobre los mismos, los gobiernos deben articular procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si sus intereses pueden verse perjudicados.⁶⁰³

El Tribunal Constitucional de Perú ha señalado la obligatoriedad de realizar la consulta cuando se prevean acciones que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas, independientemente de la naturaleza de tales medidas, tanto “legislativas como administrativas”.⁶⁰⁴

El Tribunal peruano señaló que los Gobiernos deben establecer procedimientos mediante los cuales se pueda consultar a los pueblos interesados “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existente en sus tierras”.⁶⁰⁵

Al igual que ocurre en el caso de las medidas legislativas, será preciso determinar la existencia y el grado de una afectación a los intereses de los pueblos indígenas. Aunque es imposible encontrar una fórmula clara y precisa de cuándo una medida afecta directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el efecto de la medida ha de “menoscabar,

⁶⁰² ECUADOR, Corte Constitucional, Sentencia N° 001-10-SIN-CC, pág. 52. Casos N° 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), 19 de marzo de 2010.

⁶⁰³ GUATEMALA, Corte de Constitucionalidad. Expediente 1643-2005 y 1654-2005, Sentencia de 28 de febrero de 2008 (III).

⁶⁰⁴ PERÚ, STC N° 0023-2009-PI/TC, Fundamento Jurídico 64.

⁶⁰⁵ PERÚ, STC N° 03343-2007-AA, 19 de febrero de 2009. Fundamento Jurídico 34.

perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos colectivos de los pueblos indígenas.”⁶⁰⁶

Será necesario aplicar un principio de flexibilidad en función de la intensidad de la medida. En este sentido, distingue las acciones de explotación y de exploración para considerar la mayor envergadura de las primeras. Cuanto más alta sea la intervención de las intervenciones, más alta será la afectación y, por consiguiente, mayor ha de ser el escrutinio al que se las someta mediante la participación indígena.⁶⁰⁷

En Colombia, la Corte Constitucional afirma que tanto la jurisprudencia constitucional colombiana como la de tribunales internacionales de derechos humanos coinciden en que el aprovechamiento de los recursos naturales en territorio de las comunidades indígenas es “un asunto trascendental para la definición de la identidad particular y diversa de dichos pueblos.”

Por consiguiente, cualquier medida legislativa o administrativa que incida en ese aprovechamiento ha de contar con una participación particularmente intensa de estas comunidades. Recuerda, asimismo, que el Convenio 169 impone un deber al Estado de consultar acerca de la utilización, administración y conservación de los recursos naturales, incluyendo los recursos mineros.

En relación a la actividad minera, en concreto, la Corte considera que conlleva unos riesgos especiales para los derechos constitucionales de las comunidades étnicas; riesgos derivados de la contaminación, los

⁶⁰⁶ PERÚ, STC N ° 00025-2009-PI/TC, 17 de marzo de 2011. Fundamento Jurídico 25.

⁶⁰⁷ PERÚ, STC 0022-2009-PI/TC, 9 de junio de 2010.

desplazamientos forzosos y la incursión de grupos armado. Por tanto, existe un deber especial del Estado para garantizar la consulta previa.⁶⁰⁸

La Corte Colombiana ha precisado también que la propiedad (estatal) de los recursos minerales no puede ir en detrimento del derecho a la consulta de los sujetos en relación al territorio donde se encuentran dichos recursos.⁶⁰⁹

3.5. *Los estudios de impacto social y medioambiental*

554. Un aspecto esencial para garantizar que la propiedad estatal no altere ni destruya la subsistencia de los pueblos indígenas es la realización de estudios socioambientales.

Los estudios de impacto ambiental propician que los proyectos se desarrollen en un ambiente de confianza entre las partes. El acceso oportuno de los indígenas a los estudios garantizará que dispongan de tiempo suficiente para analizar y valorar el alcance de las medidas. Por tanto, el Estado ha de brindar la asistencia técnica necesaria para que se puedan tomar decisiones con pleno conocimiento de las consecuencias posibles de los proyectos que se proponen.⁶¹⁰

555. La Corte Interamericana ha indicado que los Estados deben garantizar que no se otorgará ninguna concesión dentro de territorio indígena hasta que “entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental”.⁶¹¹

⁶⁰⁸ COLOMBIA, Sentencia C-366 de 2011, 11 de mayo de 2011. Fundamento Jurídico 29.

⁶⁰⁹ COLOMBIA, Sentencia C-891 de 2002, 22 de octubre de 2002. Fundamento Jurídico 36.

⁶¹⁰ A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 53.

⁶¹¹ *Caso Kalaña y Lokono*, párr. 201.

Los estudios de impacto ambiental tienen por objeto: “[...] asegurar que los miembros del pueblo [...] tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad”, para que puedan decidir de forma libre e informada si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto.⁶¹²

Los Estados tienen la obligación de supervisar la realización de estudios de impacto social y ambiental, de manera que dichos estudios sean realizados: i) por parte de entidades técnicas e independientes, ii) de acuerdo con los estándares internacionales y las buenas prácticas existentes, iii) con respeto de las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas, iv) antes del otorgamiento de una concesión; y v) deben incluir el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos propuestos.

556. No se aprecia el mismo nivel de detalle en la jurisprudencia constitucional a pesar de la atención que se ha prestado a la tutela de derechos en el marco de la explotación de recursos naturales en territorios indígenas.

Un análisis de las sentencias muestra que las cortes no han abordado el tema de los estudios de impacto ambiental y social de una forma consistente y con el nivel de profundidad necesario teniendo en cuenta la complejidad de estos estudios.

En Chile, por ejemplo, la mayoría de los casos presentados ante la justicia son impugnaciones a decisiones administrativas del gobierno que autorizan proyectos en base a evaluaciones medioambientales previas. Aunque los tribunales de primera instancia consideraron que tales medidas

⁶¹² *Caso Saramaka*, párr. 133; *Caso Sarayaku*, párr. 178.

no debían ser objeto de consulta, las cortes superiores y la Corte Suprema contradijeron esta línea de interpretación.⁶¹³

En 2012, la Corte Suprema consideró que la Resolución de Calificación Ambiental impugnada incumplía:

“la obligación de fundamentación de los actos administrativos, porque no es fruto de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las aspiraciones y formas de vidas de las comunidades originarias interesadas.”

Según los jueces, tal carencia hacía que la decisión fuera ilegal porque incumplía el deber de consulta y lesionaba la garantía de igualdad ante la ley. La Corte considera que es necesario un procedimiento de participación ciudadana y otorgó cautela.⁶¹⁴ Sin embargo, poco después la Corte Suprema cambió su línea interpretativa y dictaminó que los asuntos relacionados con las medidas de evaluación medioambiental no son objeto de protección constitucional y quedan bajo la tutela exclusiva de los tribunales que tienen esta competencia.⁶¹⁵

En Brasil, la Corte Superior de Justicia y la Corte Federal Suprema han centrado el debate en la valoración de los actos que ameritan dicho proceso. Las sentencias han adquirido también un cariz restrictivo. A partir de la Ley 4.348 de junio de 1964 y la denominada “suspensión de seguridad”, el

⁶¹³ Corte Suprema, Exp. 6062/2010, Faumelisa Manquepillan c/ Comisión Medio Ambiente, 4 de enero de 2011 (Caso Lanco); Corte Suprema, Exp. 258/2011, Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños c/ Comisión Regional del Medio Ambiente Región Antofagasta, Santiago, 13 de julio de 2011 (Caso Plan Regulador San Pedro de Atacama); Corte Suprema, Exp. 11.040/2011, Marcelo Condore y otros c/ Comisión Regional del Medio Ambiente Región Tarapacá, 30 de marzo de 2012.

⁶¹⁴ CHILE, Sentencia Rol N° 11.040-2011, Corte Suprema, 30 de marzo de 2012. Fundamento 10 y 11.

⁶¹⁵ CHILE. Corte Suprema, Caso 17120-2013, conclusión 5.

Fiscal General y el Ministerio de Minas y Energía han solicitado a los tribunales superiores que levanten las medidas cautelares a favor de los pueblos afectados por megaproyectos.⁶¹⁶

Por ejemplo, un Tribunal Superior de Justicia examinó una acción civil pública en virtud de la cual el Ministerio Federal Público había solicitado medidas interinas para suspender licencias ambientales sobre una planta hidroeléctrica de São Luiz do Tapajós. El Tribunal afirmó que la realización de estudios que son meramente preliminares y relacionados únicamente con la viabilidad de la planta hidroeléctrica no suponía el grado de afectación directa a las comunidades indígenas.⁶¹⁷

3.6. Estándar de “afectación directa”. Algunos supuestos.

557. Aunque en teoría se ha adoptado una definición amplia de afectación directa, en América Latina se presentan numerosos proyectos que no han sido consultados a pesar de llevarse a cabo en territorios indígenas.

El problema deriva de una comprensión restrictiva de la zona de afectación y el concepto de territorio. La visión de las autoridades públicas y las empresas no coincide con una visión mucho más amplia de los pueblos indígenas que está unida a una cosmovisión propia.⁶¹⁸

⁶¹⁶Ver Justiça Global. (March 11, 2014). Brasil é denunciado na ONU por violação dos direitos indígenas e uso da Suspensão de Segurança; Justiça Global. (March 28, 2014). Estado brasileiro é criticado na OEA por ainda usar lei de exceção da ditadura militar.

⁶¹⁷63 Superior Court of Justice. Agravo Regimental na Suspensão de liminar e de Sentença N. 1.745 - PARÁ (2013/0107879-0), June 19, 2013.

⁶¹⁸RODRÍGUEZ, 2014, p. 155.

558. Como afirmó el alto Tribunal peruano, cuando se trata de medidas legislativas, a diferencia del caso de las medidas administrativas, identificar la afectación directa puede resultar “sumamente complicado”.⁶¹⁹

La Corte Constitucional de Colombia ha adoptado una definición amplia de afectación directa entendiendo que esta se produce “cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”.⁶²⁰

A juicio de la Corte, “la idea de afectación directa se relaciona con la intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales abrazadas por las comunidades como propias”.⁶²¹

En consecuencia, la Corte colombiana ha exhortado a los Ministerios del Interior y de Medio Ambiente para que revisen y ajusten sus protocolos relacionados con la definición de las áreas de influencia de los proyectos de desarrollo y de explotación de recursos naturales.

559. No obstante, en el caso de Colombia la Corte Constitucional ha acogido interpretaciones restrictivas al afirmar que el deber de consultar surge solamente con relación a medidas legislativas que afecten de manera “directa o específica” o cuando tenga un “impacto directo, específico y particular” en una determinada comunidad indígena.⁶²²

En febrero de 2001, la Corte examinó la obligatoriedad de la consulta en relación a una ley que creaba una circunscripción electoral especial que afectaba la representación indígena. Aunque la Corte reconoció que una

⁶¹⁹PERÚ, STC 0022-2009-PI/TC, 9 de junio de 2010. Párrafo 19.

⁶²⁰COLOMBIA. Corte Constitucional. C-030/08.

⁶²¹COLOMBIA. Corte Constitucional. T-745/10.

⁶²²COLOMBIA. Corte Constitucional. C-196/12 y Corte Constitucional. C-317-12. Citado en RODRIGUEZ, 2014, p. 81.

consulta sería “conveniente y deseable” y que el Convenio 169 había de ser interpretado de buena fe, no consideró que en el caso analizado fuera obligatorio realizar una consulta.⁶²³ La Corte entendió que ni la Constitución ni el Congreso habían previsto la obligatoriedad de la consulta para el caso de medidas legislativas como la que era objeto de examen.

Según la Corte añadió, el deber de consultar surge cuando una ley puede tener un efecto directo en temáticas contempladas por el Convenio 169. En segundo lugar, se han de considerar objeto de consulta las leyes que, por su propia naturaleza, van a tener efectos en las comunidades indígenas y tribales. Así, la Corte precisó que en esta categoría se ha de considerar cualquier directriz, política general o criterio que pueda tener repercusiones para los medios de vida de las comunidades y su relación con el territorio. En todos casos es necesario proceder a la consulta para salvaguardar la constitucionalidad de la ley.

En sentencia reciente de 2018 en relación al Pueblo Awá del Putumayo, la Corte da un nuevo un giro y sienta un precedente importante precedente ya que considera que el hecho de que la concesión petrolera no opere dentro del territorio en el que habitan los indígenas no implica que la contaminación que provoca la empresa no repercuta directamente en el modo de vida del Pueblo Awá.

La importancia de esta decisión es que le permite diferenciar a la Corte entre el concepto de afectación directa y el de área de influencia. Este último hace referencia a un requisito meramente técnico que determina los impactos sobre un espacio geográfico en el que se desarrollará un proyecto de exploración y explotación.

⁶²³COLOMBIA, C-169/01, de 14 de febrero de 2001.

La afectación directa, en cambio, tiene dos planos diferenciados: (i) el impacto en territorio físico o el ocupado ancestralmente de la comunidad tradicional y (ii) el impacto en el medio ambiente, la salud o la estructura social, económica, así como cultural del grupo.

Después de aplicar estos criterios, la mayoría de los magistrados consideraron que existía una afectación directa del proyecto de exploración y explotación en las 99 personas, 24 familias que integran la comunidad indígena en esta región del país y, por tanto, concedieron tutela.⁶²⁴

560. La noción de afectación directa también ha sido objeto de atención en otros países. En Chile, este criterio se regula en el artículo del Decreto Supremo 66 del 2013 que establece cuatro elementos.

(i) Los actos han de comportar impactos ciertos derivados de “una causa directa” (aunque el Convenio de la OIT se refiera a medidas que “puedan” afectarles directamente).

(ii) Se añade el requisito de la “magnitud del impacto”, con lo cual el reglamento fija un umbral de aplicabilidad más alto.

(iii) El impacto ha de ser “específico” en la capacidad de los pueblos indígenas como tales, lo que ha implicado que, en el caso, por ejemplo, de leyes sectoriales, como la ley de pesca, se restrinja la consulta fundándose en este criterio de especificidad.

(iv) Finalmente, es necesario que exista una especificación cualitativa en relación al impacto que ha de producirse en el “ejercicio de sus tradiciones ancestrales y sus costumbres, y prácticas religiosas, culturales y espirituales, o su relación con tierras indígenas.”⁶²⁵

⁶²⁴COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia SU-123, de 15 noviembre 2018.

⁶²⁵Chile, Decreto Supremo 66 del 2013.

561. En Guatemala se planteó una acción de inconstitucionalidad contra la Ley de Minería. La Corte de Constitucionalidad determinó que dicha ley era constitucional en tanto que su alcance abarcaba a todo el territorio y a todos los habitantes de la República. No se apreciaba, a juicio de la Corte, un componente de particularidad en relación a los pueblos indígenas.

La Corte se refirió a cualquier ciudadano (no solo los miembros de las comunidades indígenas) que pudiera sentirse afectado por la aplicación de la Ley de Minería, para afirmar la posibilidad de realizar consultas reconocidas por el Convenio 169 de la OIT como expresión de la voluntad de la comunidad. En función de los resultados, el Estado debería tomar las disposiciones necesarias para proteger sus intereses y garantizar que los beneficios se comparten de manera efectiva.

562. Incluso en el caso de medidas que tienen una afectación directa clara, se han introducido varios factores que indican una tendencia hacia la restricción del estándar. Algunas leyes incluyen limitaciones y excluyen determinados actos del ámbito de la consulta. En Bolivia, por ejemplo, la Ley sobre Minería y Metalurgia de 2014 no considera que las operaciones de minería que consisten únicamente en actividades prospectivas hayan de ser sometidas a consulta.

563. Una tendencia importante es tratar de discernir quién y como debe valorar el grado de afectación. Se trata de dirimir si los sistemas vigentes cuentan con herramientas para la identificación de medidas que pueden afectar a los pueblos indígenas. Es el caso de los estudios de impacto socioambiental ya citados.

En Colombia, un mecanismo fundamental es la certificación de la presencia de comunidades étnicas que ha de ser presentada antes de obtener una licencia medioambiental en relación a proyectos extractivos o

de inversión.⁶²⁶ Pero aquellos proyectos que no requieren en principio una licencia medioambiental, pero pueden afectar directamente a los derechos de los pueblos indígenas pueden seguir adelante sin necesidad de consulta. Sería el caso de los proyectos de exploración minera.

En Chile, la aprobación de los proyectos que requieren licencia ambiental presenta otro tipo de dificultades puesto que son las propias comunidades las que han de solicitar la consulta cuando consideren que la medida les afecta. La efectividad va a depender, por tanto, del conocimiento actual que tienen las comunidades sobre la existencia de una propuesta de proyecto.

Algo similar sucede en Guatemala y en Bolivia donde no se dan las garantías para que se active la consulta en todos los casos de afectación directa.

Los procesos de consulta se inician en general a solicitud de las partes privadas interesadas en llevar a cabo el proyecto. Es decir, las autoridades actúan a instancia de parte y no por iniciativa propia. Una vez iniciada la consulta, el Directorado de Consulta Previa en Bolivia actúa como un mero facilitador del proceso.

564. Aparte de las medidas que pueden tener un impacto socioambiental directo, existen otro tipo de medidas que pueden suponer una afectación directa. Son las medidas que afectan, entre otros, a los sitios sagrados, la propiedad intelectual de los pueblos indígenas o la demarcación de los territorios.

565. En lo que concierne a los sitios sagrados, la Corte Suprema de Chile ha emitido una serie de sentencias en respuesta a casos presentados por los

⁶²⁶Ver Artículos 21 y 24 del Decreto 2820 del Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda, y Desarrollo Territorial.

Mapuche-Huilliche. En uno de estos casos, la Corte primero suspendió el proyecto y ordenó realizar una evaluación de impacto ambiental y consultas con la comunidad. Meses más tarde, la Corte dictaminó que los Mapuche no tenían derecho a acceder a estos sitios sagrados al encontrarse en una propiedad privada.

4. Forma de la consulta: previa, libre, informada...

566. La forma en la que se ha de realizar la consulta ha adquirido una importancia capital a la hora de reconocer el contenido esencial del derecho. El debate ha estado buena parte centrado en las cuestiones relacionadas con el procedimiento.⁶²⁷

567. Según el artículo 34 del Convenio N°169, “la naturaleza y el alcance” del deber de consultar a los pueblos indígenas, al igual que el resto de las disposiciones del Convenio, debe determinarse con flexibilidad de acuerdo con las condiciones de cada país.

Aunque los órganos internacionales de derechos humanos han desarrollado una serie de criterios mínimos que acrediten el cumplimiento debido del deber estatal de la consulta, no existe una formula o patrón único para su realización.⁶²⁸ La gran casuística amerita procedimientos diferenciados en función del tipo de medida objeto de consulta, el posible impacto sobre los pueblos indígenas, la naturaleza del derecho afectado o las características culturales propias de cada pueblo.

Obviamente, no tiene la misma entidad una consulta sobre una reforma constitucional que una sobre la adopción de una ley concreta o la aprobación de medidas administrativas para la concesión de licencias de explotación. Del mismo modo, la consulta sobre una reforma legislativa

⁶²⁷RODRIGUEZ GARAVITO, 2014.

⁶²⁸ ANAYA, Op.Cit., párr. 14. (Informe sobre Chile).

tendrá un carácter más amplio que una medida aplicable a un territorio concreto. Dependiendo del alcance de la medida así será también la metodología del proceso de consulta.⁶²⁹

568. Por otra parte, la flexibilidad del Convenio N°169 no puede utilizarse como excusa para que los Estados desvirtúen el fin o el propósito de la consulta. Por ello resulta tan importante que la regulación del procedimiento de la consulta responda también a un proceso consultivo y participativo.⁶³⁰ Consecuentemente, los Estados deben fomentar la participación de los pueblos indígenas en la elaboración de los lineamientos que han de guiar los procesos.⁶³¹

569. La mayoría de los textos constitucionales no estipulan las condiciones en las que ha de llevarse a cabo la consulta, asunto que suele derivarse a un desarrollo legislativo. Por ejemplo, las constituciones no establecen como sí lo hace la Declaración que la consulta ha de ser previa y el consentimiento se debe producir de forma previa, libre e informada.

La Corte Interamericana ha proporcionado una serie de elementos que pueden tomarse como referencia para construir un marco metodológico. La jurisprudencia interamericana contempla tal nivel de detalle que constituye en sí misma una guía del proceso adecuado.

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.⁶³²

⁶²⁹ A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 45-46.

⁶³⁰ Se puede conectar esta cuestión con el artículo 38 de la Declaración de Naciones Unidas que establece que las medidas necesarias para alcanzar los fines de la Declaración se han de llevar a cabo con la cooperación y en consulta con los pueblos.

⁶³¹ A/HRC/15/37/Add.2, párr. 92.

⁶³² Caso Saramaka, párr. 133.

Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Un aspecto clave es que debe consultarse al pueblo de acuerdo con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad.

El Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos de la medida propuesta, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto.

Así, es posible identificar una serie de elementos indispensables:

- a) La buena fe.
- b) La comunicación previa y permanente.
- d) El acceso a la información.
- e) Un procedimiento culturalmente adecuado.
- f) Una finalidad de lograr acuerdos voluntarios y exento de presiones.

En base a estos lineamientos, los tribunales constitucionales, de acuerdo con el contexto nacional, han debido suplir el vacío legal imperante, proporcionando directrices sobre los requisitos formales de la consulta.⁶³³

570. La sentencia dictada el 25 de marzo de 2015 por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala es un clarísimo ejemplo de hasta que

⁶³³ Para un análisis en detalle sobre la práctica de los Estados en la implementación de la consulta de acuerdo con los estándares internacionales, ver PALACIOS, 2014: 82-103.

punto la jurisdicción constitucional ha debido actuar como regulador *de facto*.

Lo primero que hace la Corte es señalar la ausencia de legislación nacional y la gran confusión que tal ausencia ha generado.⁶³⁴ La sentencia resuelve sobre unos expedientes acumulados (156-2013 y 159-2013) en relación a un proyecto de transmisión de energía eléctrica en la región Ixil del Quiché. La resolución incluye una descripción de 10 fases o puntos que han de constar en un proceso de consulta para que se considere con arreglo a Derecho. A saber:

- Identifica el órgano o los órganos estatales responsables: El Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, el Ministerio de Minas y, principalmente, el Gabinete de pueblos Indígenas e Interculturalidad del Ejecutivo.
- Establece la amplia difusión de la información.
- Identifica la institucionalidad indígena o representantes y comunidades, y observadores o mediadores que han de ser convocados.
- Describe las fases diferenciadas del proceso, incluyendo la fase previa o “consulta sobre consulta.”
- Prescribe que han de incluirse procedimientos que permitan respetar el principio de buena fe y la forma de resolución de discrepancias.

A pesar de la prolijidad del procedimiento descrito por la Corte, una de las críticas más importantes es que no toma en cuenta las formas propias de las comunidades indígenas para llevar a cabo la reflexión y la toma de decisiones.

⁶³⁴GUATEMALA, Corte de Constitucionalidad. Sentencia de 25 de marzo de 2015, Expedientes acumulados 156-2013 y 159-2013 (territorio Ixil).

Asimismo, prescribe un plazo muy corto, de seis meses, que resultaría a todas luces insuficiente para llevar a cabo todas las acciones que se detallan. La visión de la Corte pareciera orientarse hacia considerar la consulta como un requisito procesal y no como el cumplimiento de un derecho fundamental y sustantivo.⁶³⁵

Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana no solo ha ofrecido directrices muy concretas sobre qué debe incluir un proceso de consulta y, por tanto, considerarse con arreglo a Derecho. También, ha identificado lo que en ningún caso puede ser considerado como tal:

- Consultas con organizaciones indígenas que no han sido designados de forma específica por parte de autoridades tradicionales en las comunidades afectadas por los proyectos.
- Actos para informar o notificar una comunidad sobre un proyecto.
- Reuniones específicas entre miembros de grupos indígenas y agentes del Estado que no tienen capacidad para representar ni a los pueblos indígenas ni al Estado.
- Procesos de consulta realizados después de la ejecución de proyectos que les afectan.⁶³⁶

En cuanto a otros aspectos procedimentales concretos, la Corte Colombiana advirtió que el Convenio 169 no proporciona reglas. En tanto en cuanto, estas no han sido definidas por leyes nacionales, la consulta ha de ser interpretada con flexibilidad bajo el principio de la buena fe. A fin

⁶³⁵Coordinación y Convergencia Nacional Maya (Waqib' Kej). *La consulta previa, libre e informada en la jurisprudencia guatemalteca*, Guatemala 2017.

⁶³⁶COLOMBIA. Sentencia SU-039 de 1997. En este sentido, ver también sentencia C-620 de 2003: “La jurisprudencia ha indicado [...] que el derecho a la consulta tiene por objeto garantizar la participación en la adopción de las decisiones que afectan a las comunidades, no puede consistir en una simple información a dichos entes colectivos, sino que debe propiciar espacios de concertación en la escogencia de las mediadas.

de cumplir los principios constitucionales, los Estados tendrán que definir las condiciones para llevar a cabo las consultas pero sin imponer requisitos estrictos. Más bien al contrario, el Estado debe promover espacios de participación y diálogo con los líderes indígenas.

En cualquier caso, los procesos de consulta no son completamente discrecionales. Si no cumplen con los estándares del Convenio 169 pueden ser sujetos a la no aplicación (sentencia en relación al Decreto 1320, de 1998).⁶³⁷

De forma similar, en Perú, el Tribunal Constitucional ha dispuesto que los gobiernos deben establecer “procedimientos mediante los cuales consultar a los pueblos interesados”. El Tribunal pasa a identificar varios aspectos y etapas que deberían integrar tales procedimientos. Por ejemplo, incide en que la consulta ha de ser previa a la autorización de realizar cualquier proyecto relevante. Con este objetivo, ha de brindarse información con la debida antelación que propicie un debate o negociación entre las partes.⁶³⁸

⁶³⁷ En la Sentencia SU-383 de 2003, la Corte expuso que ‘por haber expedido el Decreto 1320 de 1998 sin recurrir a la consulta previa y debido a que la consulta que la norma diseña no se ajusta a los dictados del Convenio 169, las reclamaciones presentadas por la Asociación Médica Sindical Colombiana y por la Central Unitaria de Trabajadores ante la Oficina Internacional del Trabajo fueron admitidas por el Consejo de Administración por recomendación de la Mesa –276^a y 277^a reuniones– y culminaron con la aprobación, por parte del Consejo de Administración, de las recomendaciones de la Comisión de Expertos, las que coinciden en la necesidad de solicitar al Gobierno Nacional la modificación del Decreto 1320 de 1998”.

⁶³⁸ PERÚ, STC N° 03343-2007-AA, 19 de febrero de 2009. Fundamentos Jurídicos 34 y 35.

4.1. Consulta previa

571. Una de las normas más claras y establecidas en Derecho es que el deber de consulta debe cumplirse de forma previa a la aprobación y ejecución de las medidas objeto de consulta.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos subrayó en los casos *Saramaka* y *Sarayaku* la importancia de que las consultas se realicen con carácter previo, durante “las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad.”⁶³⁹

En la medida en que se permita un tiempo adecuado para la discusión dentro de las comunidades, el Estado podrá reaccionar y proporcionar una respuesta adecuada. Por ello, la Corte considera que los Estados deben garantizar “de antemano” la participación efectiva del pueblo en el proceso de evaluación de la emisión de concesiones que van a operar en su territorio.

Las consultas deben realizarse en las primeras etapas de planificación de la medida propuesta a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso.

La CEACR de la OIT ha afirmado que las comunidades que puedan resultar afectadas con un proyecto o una medida legislativa o administrativa deben ser involucradas lo antes posible en el proceso. En la práctica, esto supone que las comunidades indígenas han de contar con tiempo suficiente para deliberar sobre todas las implicaciones que el proyecto propuesto implica para su comunidad.⁶⁴⁰

⁶³⁹ *Caso Saramaka*, párr.133. Ver también, *Caso Sarayaku*, párrs. 177 y 180

⁶⁴⁰ OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, párr. 249.

572. A pesar de la claridad de la norma, la práctica de los Estados demuestra una tendencia opuesta que ha sido evidenciada por los órganos judiciales. Los gobiernos, en general, ejecutan los proyectos y aprueban las medidas y después las consultan como si se tratara de validarlas.

La mayoría de los recursos presentados ante las cortes se basan en la queja de que las consultas han sido posteriores. Se suelen convocar las consultas una vez se han tomado decisiones de manera formal o informal entre actores gubernamentales y actores privados, dejando de lado a los pueblos indígenas, principalmente en la otorgación de concesiones para proyectos extractivos. Es frecuente que sean los conflictos que se generan los que motiven la convocatoria de consultas tardías una vez los daños han comenzado a producirse.

573. A la luz de este principio temporal, la Corte Constitucional de Colombia ha invalidado actos administrativos y legislativos al considerar que no se había consultado a las comunidades indígenas de “forma apropiada”.

La sentencia SU-039/9725 del año 1997 resultó emblemática en la región y dio respuesta a una petición de amparo presentada por el Defensor del Pueblo en favor de miembros de la comunidad U'wa frente a las actuaciones del Ministerio de Medio Ambiente y de la Sociedad Occidental de Colombia Inc. La Corte dio la razón a los peticionarios que alegaron una violación de derechos por no efectuarse un proceso de consulta previo al otorgamiento de una licencia de prospección de petróleo en su territorio. Según los afectados solo se efectuaron reuniones con algunos líderes de la comunidad que no podían considerarse en ningún caso constitutivos de consulta. Las comunidades tenían derecho a conservar su identidad social,

económica, cultural y económica y que la participación es un mecanismo crítico a este respecto.⁶⁴¹

La Corte concluyó que el proceso de consulta con los U'wa respecto al proyecto de prospección no se llevó a cabo de forma apropiada. Los peticionarios no asistieron a la reunión para revisar los efectos del proyecto porque la licencia ya se había emitido. Las acciones posteriores que trataban de subsanar el proceso no tendrían ningún valor o significado jurídico.

Así pues, al no efectuar la parte acusada el proceso de consulta dentro de los parámetros establecidos y, en anticipación a los posibles daños del proyecto, la Corte concluyó que los derechos de la Comunidad U'wa de participación, la integridad económica, étnica, cultural y social, y el derecho al debido proceso habían sido violados. La decisión supuso la suspensión temporal de las licencias medioambientales y la realización de una consulta.

La sección constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica ha seguido un camino parecido al declarar inconstitucional la adjudicación de concesiones a empresas de prospección y explotación de hidrocarburos debido a la ausencia de una consulta previa con las comunidades afectadas. La Corte decidió que se había producido una violación del Convenio 169 debido a que las autoridades habían incumplido con el requisito de consulta previa, como establece el artículo 15.2. La Corte interpretó que el derecho de las comunidades indígenas a la consulta es un requisito necesario para el respeto de las minorías y su participación en las democracias.

⁶⁴¹ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-039/97. 3 feb. 1997.

En Bolivia, la Sentencia Constitucional Plurinacional en el caso del TIPNIS de 19 de junio de 2012 se ve en la necesidad definir lo obvio:

“esto significa que debe ser anterior a la ejecución del proyecto plan, medida o acto que afecte los derechos de los pueblos indígenas o antes de la aprobación de la ley u otra norma que también pueda afectarles.”

Para ello el Tribunal alude al Convenio 169, a la Declaración de Naciones Unidas y a la interpretación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁶⁴²

De forma similar, la Corte Constitucional de Ecuador concluyó en el caso de Arcos contra la Dirección Regional de Minería que tanto la Constitución como el Convenio 169 de la OIT exigen que se realice una consulta previa para valorar el posible impacto de un proyecto extractivo en las vidas de un pueblo.

La petición presentada por el Defensor del Pueblo en defensa de la comunidad Chachis y la comunidad afrodescendiente de la provincial Esmeraldas encontró fundamento en el artículo 15 del Convenio 169. La Corte dio la razón a los peticionarios que alegaron que no se había obtenido una aprobación previa de las comunidades y se había producido un daño irreparable en los recursos naturales, la salud y vida de las familias en las comunidades.

Es más, la Corte ecuatoriana dictamina que, antes de comenzar el proceso de consulta, debe haber una fase para acordar el procedimiento de la misma:

“g. La definición previa y concertada del procedimiento, se requiere que como primer paso de la consulta se defina, previamente, al comienzo de la

⁶⁴²BOLIVIA, Sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012 (TIPNIS), 19 de junio de 2012. III.4.1.

discusión sobre temas sustantivos, un procedimiento de negociación y toma de decisiones mutuamente convenidas, y el respeto a las reglas de juego establecidas.”⁶⁴³

574. Por otra parte, se da la paradoja de que se emitan sentencias amparando el derecho fundamental pero no invalidan los actos o licencias emitidas. Por consiguiente, es imposible que la consulta pueda realizarse ya de forma previa y respetando su contenido esencial.

En Guatemala se han dado varios casos en los que, no solo la Corte ha dejado intactas las medidas que debían ser objeto de consulta, sino que, además, el Estado no ha dado cumplimiento a las sentencias que prescribían la realización de la misma. Es el caso de las sentencias que dieron la razón al Pueblo Ixil. La sentencia sobre el establecimiento de una central hidroeléctrica ordena al Ministerio de Energía y Minas que tome las medidas necesarias para que se practique la consulta sin dejar en suspenso el Acuerdo Ministerial 99-2011.⁶⁴⁴ Cabe señalar que ni esta consulta ni otras prescritas años después respecto a los proyectos Oxec I y Oxec II se concluyeron.

4.2. Consulta libre

575. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala que el consentimiento que otorguen los pueblos indígenas o los acuerdos a los que lleguen con las autoridades estatales

⁶⁴³ República del Ecuador, Corte Constitucional, Quito, 18 de marzo de 2010, Sentencia n.º 001-10-sin-CC. Casos n.º 0008-09-IN y 0011-09-IN (Acumulados), Fundamento Jurídico 10.

⁶⁴⁴GUATEMALA. Corte de Constitucionalidad. Sentencia de 10 de septiembre de 2015 (Expediente 1149-2012). Lo mismo ocurrirá posteriormente con otra sentencia que protege el derecho de consulta del Pueblo Ixil en sentencia de 24 de marzo de 2015.

deben ser expresados libremente.⁶⁴⁵ Para que un proceso de consulta sea libre, los Estados deben abstenerse de influir en las posiciones de los indígenas.⁶⁴⁶

La Corte Interamericana ha indicado que “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” y es incompatible con prácticas tales como intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, bien sea mediante la corrupción de los líderes comunales o mediante el establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades.⁶⁴⁷

576. La jurisprudencia constitucional ha desarrollado y precisado este estándar al mencionar que la ausencia de “interferencias extrañas” es necesaria para que pueda hablarse de una consulta libre y sin coerción.

En Colombia la sentencia SU-039 indica que ha de darse “la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas” los integrantes o representantes de una comunidad puedan valorar las ventajas e inconvenientes de un proyecto. La Corte describe este proceso como un espacio de reflexión y participación que sea “activa y efectiva” y, en la medida de lo posible, “acordada o concertada.”⁶⁴⁸

El Tribunal Constitucional en Perú ha incidido también en que la consulta debe ser realizada “sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla”.⁶⁴⁹

⁶⁴⁵Artículos 10, 11 y 19 de la Declaración se refieren a un consentimiento previo, libre e informado.

⁶⁴⁶ A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 70.

⁶⁴⁷ Corte IDH, caso Sarayaku, párr. 186

⁶⁴⁸ COLOMBIA, Sentencia SU-039 de 1997, 3 de febrero de 1997, p. 3.3.

⁶⁴⁹ PERÚ, STC N° 03343-2007-AA, 19 de febrero de 2009. Fundamento 35.

4.3. Consulta informada

577. De acuerdo con los estándares internacionales, el deber de asegurar que la consulta sea informada requiere que el Estado ha de brindar información para que se produzca una comunicación constante entre las partes.

La consulta informada exige, por ejemplo, que los pueblos indígenas “tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad”. Los pueblos deben contar con información plena y amplia sobre estos riesgos para poder evaluar voluntariamente si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto.⁶⁵⁰

578. La disponibilidad de información objetiva y completa dependerá de contar con mecanismos adecuados como los estudios de impacto ambiental y social bajo la supervisión de los Estados. Estos estudios deben cumplir determinados requisitos para ser adecuados:

- ser elaborados de forma previa al otorgamiento de una concesión,
- ser realizados por parte de entidades técnicas e independientes,
- cumplir los estándares internacionales y las buenas prácticas existentes,
- ser elaborados con respeto a las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas;
- deben incluir el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos propuestos.

579. Los estudios de impacto ambiental son de vital importancia porque posibilitan que exista más transparencia e igualdad entre las partes. Par ello, los pueblos indígenas deben tener acceso oportuno a los estudios de

⁶⁵⁰ *Caso Saramaka*, p. 133.

impacto ambiental y contar con el tiempo suficiente para entenderlos y presentar observaciones.

En la práctica, las entidades gubernamentales responsables de consultar reducen este requisito a la entrega formal de materiales informativos lo cual limita el propósito de la consulta que es crear un espacio de diálogo sustantivo. Todos estos vicios generan graves consecuencias en la comprensión y valoración de la información, lo cual redundando en la emisión de una decisión debidamente razonada. Es importante que la información sea proporcionada de forma oportuna, clara, completa, en el idioma de la comunidad indígena.

580. El principio de transparencia es inherente al proceso de consulta y está estrechamente ligado al principio de buena fe. Así lo han considerado tribunales nacionales como el de Perú en Sentencia STC 0022 de 2010.

Además, el Tribunal Peruano especifica que la información provista ha de incluir las metodologías que se vayan a utilizar en los procesos de consulta, las consecuencias que se puedan derivar de las medidas propuestas y las normas que sirven de fundamento. Todo ello implica también “que la documentación relevante tendría que ser traducida a fin de que la comprensión de los mismos pueda garantizarse como plenitud.”

En sucesivas sentencias el Tribunal pasa a detallar el contenido de las obligaciones del Estado que incluye:

“que se ponga a disposición de los pueblos indígenas toda la información concerniente a las consecuencias de las medidas que vayan a adoptarse, sean éstas positivas o negativas. De igual forma, deberá informarse acerca de la metodología que se empleará para llevar a cabo la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. Finalmente, será necesario evaluar la necesidad de traducir la documentación relevante a

efectos de garantizar su debida comprensión por parte de la población involucrada (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 35).⁶⁵¹

La Corte Constitucional de Colombia ha precisado que la información que se brinda a los pueblos indígenas debe ser apropiada y completa, de manera que pueda ser comprendida plenamente por ellos: “...lo anterior no quiere decir que la consulta previa excluya el proceso informativo, sino que no se debe limitar a él.”⁶⁵²

La jurisprudencia colombiana ha establecido el deber estatal de realizar acciones positivas que fortalezcan los conocimientos de los pueblos indígenas, de manera que puedan comprender efectivamente todas las dimensiones de un proyecto y puedan decidir de conformidad. Así, el contenido del programa en cuestión “se adelantará en sus territorios, con el fin de procurar su consentimiento, sobre el impacto de las medidas en su hábitat, y en sus estructuras cognitivas y espirituales.” Solo así serán capaces de discutir las propuestas y formular alternativas.⁶⁵³

En Guatemala, la Corte ha afirmado que no puede entenderse consumada la consulta con la sola realización de un acto de captación de votos. Según la Corte dentro del concepto de consulta se ha de entender una gama muy amplia de mecanismos de diálogo que acerque a las partes. Por tanto, no puede entenderse como “un evento de carecer comicial” o plebiscitario.⁶⁵⁴

La Corte Constitucional de Costa Rica evidenció como incumplimiento de la consulta que el Ministerio no hubiera ordenado la realización de una

⁶⁵¹ PERÚ, STC N° 05427-2009-PC/TC, 30 de junio de 2010. Fundamento 60.

⁶⁵² Sentencia C-891 de 2002. En similar sentido las sentencias C-030 de 2008 y C-461 de 2008.

⁶⁵³ COLOMBIA, Sentencia SU-383 de 2003, 13 de mayo de 2003, p. 7.2.

⁶⁵⁴ Sentencia de San Juan de Sacatequénez.

consulta y no hubiera publicado detalles en relación al proceso competitivo de la licitación. Por ello, la Corte procedió a anular la adjudicación administrativa.

4.4. De buena fe

581. Los tribunales nacionales, en particular los de Colombia y Perú, han interpretado la buena fe orientada a llegar a un acuerdo, en la misma dirección que marcan las reglas internacionales, e incluso han precisado algunos aspectos importantes.

El Tribunal Constitucional de Perú ha señalado que el principio de buena fe es parte del núcleo esencial del derecho a la consulta previa. Considera que las condiciones de accesibilidad al lugar donde se realicen las consultas y la consideración del clima forman parte de una actuación de buena fe.

La Corte Colombiana ha indicado que la buena fe implica una disposición favorable hacia el proceso de consulta y la voluntad de no poner obstáculos que afecten el desarrollo armónico del proceso. Así, la consulta no debe entenderse como un proceso de carácter acusatorio, sino como un espacio para armonizar intereses diversos.

Este razonamiento insta a las partes a asumir el proceso de consulta no con la visión clásica del derecho civil, según el cual existe un escenario de disputa jurídica entre adversarios en el que uno de ellos resulta derrotado y el otro sale victorioso, sino como un espacio de intercambio y de diálogo entre dos visiones del mundo que pueden complementarse sin que una tenga que prevalecer sobre el otro.

582. La Corte Colombiana conecta el principio de información con el de buena fe lo cual implica que el periodo informativo no puede reducirse a un mero formalismo. Los pueblos no pueden procurar su consentimiento si no

cuentan con una información plena sobre el impacto de las medidas en su hábitat.⁶⁵⁵

El principio de buena fe debe inspirar todos los aspectos y todas las etapas y momentos del proceso de consulta, incluida la de cumplimiento de los acuerdos. Ello implica que los procesos de consulta deben ser iniciados lo antes posible. Un indicador positivo de la existencia de buena fe sería la celebración de fases pre-consultivas preparatorias.

Además, la información debe circular en dos sentidos, es decir, que se debe brindar y recibir información, que esta debe ser completa y comprensible, que no exista ningún tipo de coacción, interferencia, presión o violencia que pueda alterar la expresión libre de las posiciones y opiniones de los pueblos indígenas.

La aplicación del principio de buena fe contribuye a facilitar el proceso de consulta y, en su caso, la obtención del consentimiento. Por ello, debe ser aplicado desde el planteamiento y preparación del proceso consultivo. La buena fe invita al diálogo sincero y genera confianza entre las partes involucradas, la cual es fundamental, especialmente para los pueblos indígenas, quienes al ser un sector históricamente marginado suelen ser suspicaces frente a los actos estatales.⁶⁵⁶

583. A tenor de lo anterior, es esencial que la consulta se realice a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas o a través de organizaciones que tengan alto grado de legitimidad y representatividad en las comunidades. El reconocimiento de la institucionalidad indígena a la hora de identificar la interlocución válida ante el Estado es una de las

⁶⁵⁵COLOMBIA, Sentencia SU-383 de 2003, 13 de mayo de 2003, p. 7.2.

⁶⁵⁶ A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 51.

dimensiones que mejor plasma la vigencia del principio de buena fe en el marco de la consulta.

Algunos tribunales han ofrecido directrices a la hora de valorar las instituciones que han de participar en los procesos de consulta. La Corte Suprema de Guatemala subraya que la representatividad ha de entenderse con flexibilidad teniendo en cuenta la diversidad de los pueblos indígenas. En su sentencia, el tribunal indica algunos criterios de representatividad:

“i) dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas; ii) deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; iii) deben incluir distintas formas de organización indígena, siempre, que como ya se apuntó, respondan a procesos internos de estos pueblos; y iv) conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género...”

En México, los Tribunales Federales han reconocido la personalidad jurídica tanto de los pueblos como de las comunidades indígenas. La cuestión radicaría entonces en la acreditación de la personalidad que en algunos casos ha consistido en un acta de asamblea donde se acredita la autoridad o se concede un mandato (tribunales agrarios).⁶⁵⁷

Con frecuencia representantes indígenas y pobladores de las comunidades denuncian a las empresas el uso de métodos pocos éticos para lograr adherentes a un proyecto extractivo. Uno de los más generalizados consiste en entregar alguna dádiva a los dirigentes y un sector de la comunidad y crear un clima de conflictividad en el seno de la comunidad, lo cual resta legitimidad a los representantes y genera desconfianza entre sus miembros.

⁶⁵⁷ BÁRCENAS, 2013: 86.

Por este motivo, se considera que el deber de actuar de buena fe se extiende a terceros; principalmente empresas que tengan intereses directos en realizar actividades económicas en territorios indígenas.

La buena fe también implica que el Estado no delegue en las empresas privadas o en terceros la planificación y realización del proceso de consulta.

5. El fin de la consulta.

5.1. *La consulta encaminada a lograr acuerdos*

584. Desde el punto de vista de su finalidad, la consulta ha llegado a ser considerada como un instrumento de negociación entre el Estado y la institucionalidad indígena en virtud del principio de libre determinación. Se trata de establecer bases igualitarias en la medida de lo posible y dentro del aparato de los Estados.

En Guatemala, la Corte de Constitucionalidad ha señalado que el derecho de consulta:

“está concebida como la concreción de acuerdos, en cuyo caso lógicamente éstos sí comprometen, tanto a las autoridades gubernamentales competentes como a las propias comunidades interesadas –de ahí la importancia de que los que participen directamente en nombre de éstas estén verdaderamente revestidos de representatividad–, e incluso, a los sujetos de derecho privado que promueven el proyecto de exploración o explotación mineras, en lo que corresponda.”⁶⁵⁸

En sentencia de 2015 referida al Pueblo Ixil de la región de Quiché, la Corte guatemalteca vuelve a incidir en este punto y reitera que el proceso debe constituir “[...]un diálogo intercultural de buena en el que se busque

⁶⁵⁸ GUATEMALA. Sentencia de San Juan de Sacatequénez.

el consenso y el acomodo recíproco de los intereses legítimos de las partes.”⁶⁵⁹

585. La Corte Constitucional Colombiana ha tenido la oportunidad de indicar cual es el propósito de la consulta en dos planos diferenciados. La consulta tiene la finalidad de informar a la comunidad. En segundo lugar, el objetivo es que la comunidad pueda:

“valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo.”

Desde este punto de vista, el objetivo es que la comunidad pueda participar efectivamente en la toma de decisiones y que la decisión final pueda ser, en la medida de lo posible, “acordada o concertada.”⁶⁶⁰

En sentencias más recientes, la Corte ha matizado su interpretación, afirmando que “el objetivo de la consulta es intentar genuinamente lograr un acuerdo con las comunidades indígenas y afro descendientes sobre medidas que las afecten directamente (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.).”⁶⁶¹

El Tribunal Constitucional chileno se ha detenido a estudiar la finalidad de la consulta en dos pronunciamientos del año 2000. Primero considera que el aspecto distintivo de la consulta previa es su finalidad: llegar a un acuerdo. Por tanto, no se trata meramente de recabar una opinión para que

⁶⁵⁹GUATEMALA, Corte de Constitucionalidad. Sentencia de 25 de marzo de 2015, Expedientes acumulados 156-2013 y 159-2013 (Territorio Ixil).

⁶⁶⁰ COLOMBIA, C-620/03, 29 de julio de 2003.

⁶⁶¹ COLOMBIA, T-129 de 2011, C-389 de 2016, SU-133 de 2017, SU- 217 de 2017, T-298 de 2017 y T-103 de 2018.

sea considerada en la toma de decisiones. En el año 2008, sin embargo, el Tribunal vuelve a ocuparse de la cuestión y resta relevancia al acuerdo:

“...la finalidad de las consultas es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece.”⁶⁶²

586. Los órganos internacionales de derechos humanos han interpretado siempre la consulta como un proceso que tiene carácter cualitativo. La Corte Interamericana ha subrayado que la consulta no es un mero acto administrativo singular sino un proceso de diálogo y negociación conducente a alcanzar acuerdos entre las partes.⁶⁶³ La consulta previa debe ser entendida como un instrumento de participación que permita un proceso de diálogo y la búsqueda de acuerdos y consenso basado en la confianza y el respeto.⁶⁶⁴

En un caso presentado por la Confederación Ecuatoriana de Uniones Sindicales Libres, la Comisión de Expertos de la OIT declaró que el concepto de consulta implica el establecimiento de un diálogo genuino “caracterizado por la comunicación, comprensión respeto mutuo, buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo”. La esencia de la consulta como proceso de diálogo es el “encuentro de soluciones conjuntas”.⁶⁶⁵

Abundando en esta línea, el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido que una consulta concebida como un

⁶⁶² CHILE, Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1050, 2008. Considerando Décimo-cuarto.

⁶⁶³ OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, párr. 285.

⁶⁶⁴ Corte IDH, Caso Sarayaku, párrs. 167 y 186.

⁶⁶⁵ ILC.100/III/IA.

mero proceso de socialización resulta insuficiente para llevar adelante un diálogo intercultural.⁶⁶⁶

5.2. *El carácter vinculante del resultado de la consulta*

587. Sin duda, el carácter vinculante o no de la consulta es el aspecto jurídico que ha suscitado más debate en la doctrina. Sin esta dimensión sustantiva, surge el temor de que el derecho a la consulta quede vacío de contenido y se limite a un mero requisito procedimental. La consulta indígena equivaldría entonces a las consultas populares facultativas, que no encuentran un reflejo directo en el marco de la normativa de los derechos humanos fundamentales.

588. La tendencia prevalente en los tribunales, excepto en contadísimas ocasiones como Colombia y solo en determinados supuestos, ha sido considerar que las consultas no han de ser vinculantes. De ello se deduce que la obtención del consentimiento no es un requisito a la hora de valorar si el derecho ha podido ser ejercido debidamente.

589. El marco normativo constitucional nacional parece avalar esta posición. Ninguna Constitución reconoce el consentimiento como un derecho fundamental sino es de forma implícita y con muchas limitaciones. Pudiera aludirse al derecho a la libre determinación, pero tampoco este derecho goza de una protección constitucional ni específica ni extensa. Cuando se ha hecho alusión a la libre determinación de los pueblos indígenas, se ha consagrado como principio que ha de ser interpretado siempre juntamente con los principios de unidad y soberanía nacional.

Normalmente, el desarrollo de las reglas aplicables a la cuestión del consentimiento se ha dejado al legislador ordinario o no se ha regulado propiciando un activo protagonismo de las cortes. En Perú, por ejemplo, la

⁶⁶⁶ E/C.12/ECU/CO/3, de 30 de noviembre de 2012, párr. 9.

Ley 29785, sobre consulta previa, y su Reglamento, contemplan los dos escenarios: que sea posible un acuerdo y que no lo sea. En el segundo escenario, como regla general, el Estado adopta la decisión final, aunque no cuente con el respaldo de la comunidad.

590. En Colombia, la Corte destaca el hecho de que los mecanismos de consulta deben desarrollarse “con miras a alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas acerca de las medidas legislativas propuestas”⁶⁶⁷. Pero afirma también que tal derecho no es absoluto. Considera que la Constitución contempla la participación de las comunidades en asuntos relacionados con la explotación de recursos naturales, pero “de ninguna manera puede entenderse que deba necesariamente llegarse a un acuerdo como requisito *sine qua non* para radicar el proyecto del ley.” Según la Corte ello equivaldría a invalidar la iniciativa legislativa del Ejecutivo.

En la sentencia 383 de 2003, sobre los pueblos indígenas en la Amazonía, la Corte vuelve a ser clara en este punto. Según el dictamen, la consulta no conlleva un derecho a vetar las medidas legislativas y administrativas que les afectan. Muy al contrario, la consulta ha de suponer:

“una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo.”⁶⁶⁸

El Gobierno estará obligado a propiciar mecanismos efectivos de participación en los asuntos que afecten a las comunidades indígenas. Pero

⁶⁶⁷ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-891/02, de 22 de octubre de 2002, p. 20.

⁶⁶⁸ COLOMBIA, SU-383, 13 de mayo de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

en caso de que no se llegue a un acuerdo, no se puede concluir que exista una obligación de paralizar el proceso legislativo o administrativo en asuntos de interés general como la minería.

591. La jurisprudencia colombiana en esta cuestión será objeto de muchos matices posteriores. En un recurso contra una ley destinada a regular la explotación de minas de sal existentes en los municipios de Manaure y Zipaquirá, la Corte incide en la importancia de la concertación. Consideró importante que se presenten opciones para que los representantes autorizados puedan manifestar “su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.” La Corte habla de preferencia de la comunidad, que en la práctica:

“tendría, por así decirlo [...] respecto de la decisión de dar nacimiento a la sociedad que vendría a ser concesionaria, nacimiento que resolvería el derecho alterno de la comunidad a tener una preferencia en la adjudicación de la concesión, conforme a las normas del Código de Minas.”⁶⁶⁹

Sin embargo, la Corte entiende que:

“...la consulta, como mecanismo de participación en la adopción de decisiones y de garantía de la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales, es obligatoria en cuanto a su verificación, pero no sustrae de la competencia de las autoridades la adopción final de la medida legislativa o administrativa, como en general sucede con todos los mecanismos de concertación...”⁶⁷⁰

⁶⁶⁹ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-620/03, de 29 de julio de 2003, párr. 21.

⁶⁷⁰ *Ibíd.*, párr. 15.f.

592. La Corte entiende que, cuando no se logra un acuerdo o el consentimiento, se invierte la carga de la prueba y es el Estado quien tiene que justificar que no se viola la integridad cultural indígena. Para ello, se apoya en la interpretación de organizaciones internacionales como la OIT y la OEA:

“Según la Guía de la OIT, esto no quiere decir que los pueblos indígenas tienen el derecho a vetar las iniciativas de desarrollo impulsadas por el Estado, sino que el objetivo de la consulta deberá ser la concertación. Cuando la concertación no es posible, la decisión sobre el proyecto de desarrollo recae en el Estado; pero si el Estado decide ir en contra de la posición indígena, deberá justificar su decisión y establecer, entre otras cosas, que el proyecto no viole la integridad cultural indígena sino que, más bien, los beneficiará.”⁶⁷¹

593. Posteriormente, acorde con la línea jurisprudencial interamericana, la Corte ha insistido en conciliar las dos visiones –el consentimiento como requisito y como elemento del proceso participativo– mediante la utilización del criterio de impacto.

De acuerdo con las circunstancias específicas y el contexto, el consentimiento ha de servir como barrera de protección para garantizar la existencia física y cultural de un pueblo que tiene el derecho a la libre determinación.⁶⁷² A juicio de la Corte, cuando un proyecto tiene el potencial de causar la transformación o desaparición de la forma de vida de una comunidad, el consentimiento se convierte en requisito necesario. En este sentido, cabe diferenciar casos de afectación que tienen un carácter

⁶⁷¹ Observaciones y Recomendaciones sobre el caso del Bloque Samoré (Colombia), noviembre 1998, p. 10. Citada en C-208 de marzo 21 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

⁶⁷² COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-129/11, (2011) Sección 6.

especial. En estos casos, la consulta ha de perseguir una aceptación de la comunidad y su consentimiento:

“...en aquellos eventos en que se presente una afectación especialmente intensa al territorio colectivo, el deber de asegurar la participación de la comunidad indígena no se agota con la consulta, sino que es precisa la obtención del consentimiento libre, informado y expreso...”⁶⁷³

De esta forma, la Corte ha tratado de evitar una aproximación a la problemática en torno a “quien puede vetar a quien”:

“...la Corte resalta la necesidad de que la discusión no sea planteada en términos de quién veta a quién, sino que ante todo se trata de un espacio de disertación entre iguales en medio de las diferencias, oportunidad para que los organismos estatales y concesionarios del Estado puedan explicar de forma concreta y transparente cuáles son los propósitos de la obra y la comunidad pueda exponer cuáles son sus necesidades y puntos de vista frente a la misma.”⁶⁷⁴

594. La Corte relaciona directamente de esta forma el consentimiento al derecho a la libre determinación y entiende que una comunidad étnica no puede abandonar sin más su cultura y su forma de vida para dar paso a proyectos de desarrollo por mucho que puedan resultar en beneficios económicos:

⁶⁷³ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-376 de 2012, II (Consideraciones y Fundamentos), párr. 24. Ver también Sentencias T-769 de 2009 (relativa a la explotación minera en territorios colectivos de diversos resguardos ubicados entre los departamentos de Chocó y Antioquia) y T-129 de 2011. caso en el que se estudió la presunta violación al derecho a la consulta de la comunidad de Pescadito y el resguardo de Chidima–Tolo, previa la implantación de diversas medidas de desarrollo, como la construcción de una carretera y el proyecto de conexión eléctrica entre Colombia y Panamá.

⁶⁷⁴ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T-129 (2011), sección 7.1.

“...todo proceso deberá cualificarse conforme a las características propias de cada caso concreto ya que lo que está de por medio no es sólo la expectativa de recibir ciertos beneficios económicos por un proyecto económico, sino entender y reconocer que lo que está en juego es el presente y futuro de un pueblo, de un grupo de seres humanos que tiene derecho a auto-determinarse y defender su existencia física y cultural, por “absurdas o exóticas” que para algunos puedan parecer sus costumbres y modos de vida.”⁶⁷⁵

595. Otras Cortes de la región han experimentado también una evolución reseñable en relación a la figura del consentimiento.

En Guatemala, el máximo tribunal ha mantenido que, aunque los pueblos indígenas ostentan un derecho fundamental que vincula al Estado, el resultado de la consulta no es vinculante: “no es vinculante la postura de desaprobación que en definitiva puedan asumir las poblaciones indígenas en su práctica.”⁶⁷⁶

No obstante, la Corte de Constitucionalidad consideró que dichos escenarios de desencuentro deberían ser la excepción y no la regla. El objetivo de la consulta ha de estar dirigido a lograr acuerdos que, estos sí, vincularían tanto a las autoridades estatales, como a las propias comunidades y a terceros actores.

596. La Corte guatemalteca establece una diferencia entre el resultado de la consulta y la afectación a otros derechos fundamentales:

“...así como no puede interpretarse que el derecho de consulta que asiste a las poblaciones indígenas conlleve una prerrogativa de veto sobre las políticas públicas en materia de minería, tampoco puede entenderse que,

⁶⁷⁵ *Ibidem*.

⁶⁷⁶ GUATEMALA, Corte de Constitucionalidad. Apelación de Sentencia en Amparo, Expediente 3878–2007, 21 diciembre 2009. Conclusión IX. [*Caso Sacatepéquez*]

ante la secuela fallida del diálogo que aquél entraña, quede relevado el aparato gubernamental del deber consustancial a su naturaleza de respetar y aún de proteger la eficacia de los derechos fundamentales de dichas poblaciones (como los de cualquier grupo de personas radicado dentro de su territorio, independientemente de su identidad cultural).”⁶⁷⁷

La Corte entiende que, si se aceptara el veto, ello supondría condicionar la planificación gubernamental a la voluntad de un determinado segmento de la población -los pueblos indígenas afectados, socavando el poder soberano.

Sin embargo, la Corte avisa de que tampoco se puede desconocer el desacuerdo y consentir la ejecución de los proyectos en virtud del principio de que el bien común priva sobre el particular. Ello a pesar de que haya en juego un beneficio económico para el país puesto que ello conllevaría la vulneración de derechos fundamentales tales como el de propiedad, a la cultura, a la salud, o a libertad de culto. En su decisión, se hace referencia a pronunciamientos similares en Colombia, Bolivia o Chile.

597. No obstante, la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca ha sido poco consistente en esta cuestión. En 2018 vuelve a dar un giro significativo cuando se refiere ya al consentimiento libre, previo e informado como deber del Estado. Según la Corte:

“en determinados casos, los estándares internacionales obligan a los Estados no solo a consultar a los pueblos indígenas, sino también a obtener su consentimiento libre, previo e informado. En estos contextos, es de gran relevancia el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas que incluye su derecho a participar en la toma de decisiones que les afectan y

⁶⁷⁷ *Ibidem.*

sentar sus propias prioridades para el desarrollo dentro de sus territorios.”⁶⁷⁸

La Corte considera que, aunque el Artículo 125 de la Constitución Política de la República de Guatemala declara la utilidad pública de la explotación de recursos minerales, también se establece que dicha explotación ha de ser técnica y racional.

En este punto, la Corte se hace eco de los estándares internacionales según los cuales las limitaciones que los Estados pueden imponer al ejercicio de algunos derechos solo pueden hacerse de forma limitada, definida y cumpliendo con los criterios de necesidad y proporcionalidad con la finalidad pública. Por tanto, si no se obtiene el consentimiento, el Estado tendrá que justificar por qué el proyecto de extracción es necesario para lograr un objetivo legítimo y asegurar que su diseño es necesario para tal fin.

598. En Bolivia, el anterior Tribunal Constitucional interpretó de forma restrictiva el alcance del derecho a la consulta, afirmando que implica examinar si los intereses de los pueblos indígenas y tribales están en peligro, a la luz de las circunstancias sociales particulares. En este caso, el Tribunal consideró inconstitucionales algunas disposiciones de la Ley de Hidrocarburos (artículos 126 y parte de los artículos 115 y 116), que contemplaban el consentimiento como un requisito del proceso de consulta.⁶⁷⁹

La consulta en estos términos no está llamada a ser “determinante o definitiva a la hora de obtener la aquiescencia necesaria de estos pueblos

⁶⁷⁸ GUATEMALA, Corte de Constitucionalidad, Expediente 4785-2017, de 3 de septiembre de 2018.

⁶⁷⁹ BOLIVIA, Tribunal Constitucional. Sentencia N° 0045/2006, de 2 junio 2006, párr.II.5.4.

para la explotación de recursos de sus territorios que son propiedad del Estado”. El Tribunal concluía que “[...] existe un deber de consultar en relación al daño potencial a sus intereses, de tal forma que puedan ser compensados de forma justa y apropiada.”⁶⁸⁰ Esta interpretación fue mantenida en decisiones sucesivas.

599. La línea jurisprudencial se ve modificada por el actual Tribunal Constitucional Plurinacional que reconoce la existencia de situaciones en las cuales el consentimiento es obligatorio a la luz de los instrumentos internacionales. Para ello, alude a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el Convenio 169 y la Declaración a la que hace referencia para distinguir tres casos en los que se requiere el consentimiento: (i) el caso de desplazamiento forzoso, (ii) el caso de introducción de sustancias o materiales peligrosos o tóxicos, y (iii) el caso de proyectos de gran impacto.⁶⁸¹

Sin embargo, en esta cuestión tan capital, el Tribunal ha sido ambivalente. En el caso TIPNIS, el alto tribunal consideró inadmisibles un recurso de inconstitucionalidad en conexión con la Ley 180 que suspendió la construcción de una carretera atravesando el Territorio Indígena del Parque Nacional Isiboro Securé.⁶⁸² Posteriormente, el Tribunal declaró la constitucionalidad de la Ley 222, que autorizaba la realización de consultas *post facto* a la aprobación del proyecto de carretera que proponía el gobierno. Al no ser previa, tal consulta no podía tener como finalidad un

⁶⁸⁰ *Ibid.*, para.II.5.2.

⁶⁸¹ BOLIVIA, Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia N° 2003/2010, de 25 octubre 2010.

⁶⁸² Posteriormente, el 13 de agosto de 2017, el gobierno aprueba la Ley 266 que deroga la Ley 180 y levanta la intangibilidad del parque. La ley ha sido recurrida mediante una acción de inconstitucionalidad.

acuerdo o consentimiento de acuerdo con los estándares internacionales.⁶⁸³

600. En Chile, el Tribunal Constitucional ha seguido también una línea ambivalente. Por una parte, en el 2000, indicó que el consentimiento tiene un valor jurídico especial, aunque no tuviera un carácter vinculante *stricto sensu*. Ello implicaría, siguiendo el razonamiento, que las consultas deben realizarse bajo el principio de la 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.⁶⁸⁴

Posteriormente, en sentencia de 2008, ha descartado que la consulta pudiera ser vinculante al considerar este carácter como indicativo de un derecho a ejercer la soberanía.⁶⁸⁵ Según el tribunal, aceptar esto supondría contravenir el artículo 5 de la Constitución que establece que la soberanía reside en la nación:

“DECIMO TERCERO. Que la consulta a los pueblos interesados que dispone el N° 1 del artículo 6° del Acuerdo remitido no podrá, desde luego, entenderse que implique el ejercicio de soberanía, pues ella, conforme al claro tenor de lo dispuesto en el artículo 5° de la Carta Fundamental, reside esencialmente en la Nación y se ejerce por el pueblo a través del plebiscito

⁶⁸³ BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia N° 0300/2012, de 18 junio 2012.

⁶⁸⁴ CHILE. Sentencia Rol 309, 4 de agosto de 2000, Considerando séptimo; y Sentencia Rol 1050-2008, de 3 de abril de 2008.

⁶⁸⁵ Los requirentes en el 2000 alegaban que el Convenio infringía las Bases de la Institucionalidad de la Constitución porque se incumplía el principio de la soberanía estatal y se limitaba el ejercicio de los derechos de aquellos ciudadanos que no se consideraban parte de un pueblo indígena. El Tribunal recuerda que el Convenio dispone que “ninguna de las disposiciones del Convenio objetado implica o autoriza a los ”pueblos indígenas“ a ejercer potestades públicas, elemento propio del ejercicio de la soberanía”.

y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que la propia Constitución establece.”⁶⁸⁶

601. En otros países de la región como Belice, la Corte Suprema se apoyó también en la jurisprudencia internacional para decidir sobre un caso relacionado con la concesión a una empresa extranjera para extraer petróleo y construir una carretera en las lindes de un parque nacional. En este caso no se realizó una consulta con el Pueblo Maya afectado. Por tanto, la Corte concluyó que se había actuado contra Derecho al no obtener su consentimiento libre, previo e informado.⁶⁸⁷

6. Consecuencias de la omisión de una consulta adecuada

602. En sus resoluciones los tribunales se han debido referir a las consecuencias jurídicas derivadas de una falta de consulta de acuerdo con los estándares debidos.

Según los casos, además de la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales, los tribunales han señalado que dicha omisión genera la nulidad de la medida y/o la inconstitucionalidad de la ley.

6.1. Declaración de inconstitucionalidad de las leyes

603. Si se trata de una norma de carácter general que afecta a los pueblos indígenas y no les fue consultada, ello constituiría una omisión legislativa. En algunas ocasiones se ha producido una declaración de exequibilidad de la medida, condicionada a que no pueda ser aplicada a las comunidades indígenas que podrían verse afectadas directamente. En

⁶⁸⁶ CHILE, Sentencia Rol 1050, de 3 de abril de 2008.

⁶⁸⁷ BELICE. Corte Suprema, Sentencia 394/2013, de 3 de abril de 2014.

otras, el tribunal ha declarado la inexecutableidad de la norma y su expulsión del ordenamiento jurídico.

604. La situación puede resultar compleja en el control abstracto de constitucionalidad de una medida legislativa ya que implica verificar un procedimiento en la adopción de la ley cuya ausencia, por omisión de consulta, puede comportar vicios materiales.

En la jurisdicción constitucional colombiana se ha debatido si considerar que, por tratarse de un procedimiento para validar un proyecto de ley, la omisión de la consulta da lugar a la declaratoria de inexecutableidad por vicios de trámite o de fondo. Si se considera que se afecta la materialidad de la ley por la violación de un derecho fundamental de consulta, ello constituye un vicio sustantivo y no un vicio de forma.⁶⁸⁸ La Corte se ha inclinado finalmente por esta última postura.⁶⁸⁹ En cualquier caso, ambos vicios comportan la inconstitucionalidad de la norma.

605. En determinadas circunstancias, sería posible encontrar que la ley como tal es inconstitucional, pero también cabe que se excluya del ámbito de aplicación de dicha ley a las comunidades a quienes de manera general concierne, y a las que afecta directamente. También puede ocurrir que se establezca la existencia de una omisión legislativa, de tal manera que la ley se mantenga en el ordenamiento pero que se adopten las medidas necesarias para subsanar la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a las comunidades indígenas y tribales.

Si la ley no tiene esas previsiones específicas, habría un vacío legislativo derivado de la necesidad de que se contemplen disposiciones específicas que afectan a los indígenas de forma particular y que las mismas sean

⁶⁸⁸ GALVIS & RAMÍREZ, 2013 :191 y 196

⁶⁸⁹ Sentencia C-891 de 2002

previamente consultadas. En la medida en que la ley general estuviese llamada a aplicarse a los indígenas, se decretaría una omisión legislativa por ausencia de normas específicas y previamente consultadas.

606. La Corte Colombiana examinó la naturaleza del eventual vicio de constitucionalidad de la Ley General de Bosques (Ley 1021 de 2006), por haber no haber sido consultada. La Corte finalmente declaró su inexecutableidad:

“Ese proceso no se cumplió, razón por la cual la Corte concluye que, dado que la ley versa sobre una materia que se relaciona profundamente con la cosmovisión de esas comunidades y su relación con la tierra, y que, por acción o por omisión, es susceptible de afectarlas de manera directa y específica, no hay alternativa distinta a la de declarar la inexecutableidad de la ley.”⁶⁹⁰

6.2. Nulidad de las resoluciones administrativas y suspensión de los proyectos

607. En la mayoría de los países que han reconocido el derecho a la consulta, su omisión o el incumplimiento de sus requisitos esenciales implica la nulidad de derecho público de los procedimientos, actos y medidas adoptadas que deberían haber sido consultadas.⁶⁹¹

608. El Tribunal Constitucional de Ecuador analizó los efectos de la falta de consulta prevista en el artículo 90 de la Ley de Minería y destacó, como consecuencia de su incumplimiento, la responsabilidad internacional del

⁶⁹⁰ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2008, 23 de enero de 2008, Fundamento Jurídico 5.3 e).

⁶⁹¹ COSTA RICA, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 13832 del 11 de septiembre de 2008, consulta facultativa expediente N° 08-011089-0007-CO; COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2008.

estado incumplido y, en el ámbito interno, la eventual nulidad de los procedimientos y medidas adoptadas.⁶⁹²

En Perú, el Tribunal Constitucional analizó las medidas administrativas en aplicación de la Ley No. 29338 y observó que “prescindiéndose de la consulta pese a existir la obligación de realizarla, los pueblos indígenas puedan promover el proceso de amparo para denunciar la no realización de la consulta y anular los actos que los pudieran afectar.”

En Panamá, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema consideró que el Estudio de Impacto Ambiental que se aprobó en relación al Proyecto Hidroeléctrico Tabasara II no tuvo en cuenta las previsiones consagradas en la Ley General de Ambiente, sobre todo la participación y la aquiescencia de los pueblos indígenas. Por tanto, la Corte advirtió:

“circunstancias inaplazables que justifican adoptar con carácter de urgencia la Suspensión Provisional solicitada, a fin de preservar la integridad del orden jurídico y la tutela del medio ambiente al igual que las formas de vida, tradiciones y costumbres de las comunidades indígenas que se verán directa e irreversiblemente afectadas con el citado proyecto.”⁶⁹³

La Corte Suprema, en sentencia reciente de 30 de enero de 2017, expresa un cambio notable de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia chilenos que daban preferencia a las decisiones de los Tribunales Ambientales y no se pronunciaban sobre los recursos cuya finalidad era la nulidad del acto administrativo ambiental.

⁶⁹² ECUADOR, Sentencia N° 001-10-SIN-CC, p. 55, Casos N° 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), 19 de marzo de 2010.

⁶⁹³ PANAMÁ, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 6 de diciembre de 2000.

Hasta ese momento, se consideraba que los Tribunales Ambientales constituían una judicatura especializada y, por tanto, ejercían la competencia para pronunciarse técnicamente sobre la legalidad del acto impugnado.

Sin embargo, en el caso que analiza, la Corte Suprema entra en el fondo del asunto y ordena la nulidad del acto administrativo.⁶⁹⁴ Ello supone en la práctica un respeto mayor al control de legalidad, mediante el recurso de protección de garantías constitucionales, como mecanismo directo de impugnación de los actos administrativos pronunciados por el Servicio de Evaluación Ambiental.

608. La Corte Colombiana ha afirmado que el incumplimiento del deber de consulta acarrea consecuencias jurídicas inmediatas en el ordenamiento interno y ha ordenado la suspensión de proyectos que podían potencialmente afectar los territorios de las comunidades étnicas a condición de que se realizara una consulta previa.⁶⁹⁵

En sentencia de noviembre de 2018 que busca unificar criterios jurisprudenciales, la Corte presta especial atención al asunto de la reparación por la falta de consulta y a los remedios judiciales.

A estos efectos, la Corte establece que la primera acción de tutela por parte de la Corte es dictaminar que se lleve a cabo la consulta que se omitió. A continuación, considera que la suspensión de las licencias o actos jurídicos que no se hubieran consultado constituyen otra medida de reparación. El punto donde la Corte encuentra más dificultad es en la suspensión de proyectos u obras que ya han comenzado y se encuentran en ejecución. En estos casos, se trata de conjugar el derecho fundamental con

⁶⁹⁴ CHILE, Corte Suprema, Sentencia Rol 65349, de 30 de enero de 2017.

⁶⁹⁵ COLOMBIA, Sentencia T-129, 3 de marzo de 2011.

el interés general que la Corte identifica esencialmente como la seguridad o el desarrollo económico.

Es precisamente en esta cuestión donde, a juicio de la Corte, resulta más urgente precisar el alcance de los remedios teniendo en cuenta la falta de criterios jurisprudenciales uniformes que se ha hecho patente en resoluciones de los tribunales superiores.⁶⁹⁶

Para ello, la Corte establece ciertos parámetros que habrán de atender al caso particular. Para empezar, se establece que a la hora de determinar el remedio judicial correspondiente solo se pueden imponer limitaciones que sean constitucionalmente legítimas. En este punto la Corte considera que la medida reparadora ha de ser proporcional y necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía, al tiempo que menos gravosa para los pueblos indígenas afectados. La Corte desgana varios aspectos como el comportamiento de terceros actores y la valoración de la mejor

⁶⁹⁶ Las Salas de Revisión han suspendido operaciones extractivas con base en numerosas y diversas razones. Entre ellas, cabe destacar el incumplimiento de la consulta teniendo en cuenta la afectación directa al territorio físico, cultural o espiritual de los pueblos indígenas (Sentencias T-880 de 2006, T-769 de 2009 y T-129 de 2011). En otro número de casos se ha negado la suspensión de los proyectos: (i) la medida ya se había ejecutado totalmente (Sentencia T-693 de 2011); (ii) la orden implica la afectación del interés público representado en beneficios económicos y sociales que trae la actividad para el país y sus pobladores (Sentencias T-693 de 2011 y T-730 de 2016); (iii) el remedio conlleva a desconocer los derechos de los trabajadores de las empresas extractivas (Sentencia T-730 de 2016); (iv) la actuación de buena fe de las compañías afectadas con la suspensión (Sentencia T-730 de 2016); v) la detención de la actividad desconocería la seguridad jurídica de los explotares y exploradores de minera e hidrocarburos. (Sentencia T-730 de 2016); y (vi) el objeto de la consulta recayó sobre reales afectaciones y no sobre los posibles perjuicios (Sentencia T-272 de 1998).

forma de garantizar los derechos fundamentales, el interés general y los derechos adquiridos de terceros.⁶⁹⁷

609. La experiencia de otros países ha sido muy diferente. En Guatemala, la Corte de Constitucionalidad ha otorgado todos los amparos que han sido presentados en relación a centrales hidroeléctricas por incumplimiento del derecho a la consulta. Sin embargo, ninguna sentencia ha dejado en suspenso el proyecto.⁶⁹⁸ Únicamente, en el 2016 la Corte Constitucional confirmó una suspensión provisional del Proyecto VII Derivada que inició su ejecución en el 2011 en respuesta a la apelación del auto presentada.⁶⁹⁹

En lo que se refiere a la jurisprudencia de la alta Corte guatemalteca respecto a los proyectos de exploración se puede apreciar un cambio en el reconocimiento de efectos derivados del incumplimiento de la consulta. En sus primeras sentencias sobre consulta, la Corte dictaminó la suspensión de las licencias de exploración minera o el trámite para su prórroga después de apreciar la falta de consulta adecuada.⁷⁰⁰

Posteriormente, la Corte elude hacer referencia directa a la suspensión pero sí a la reparación por daños que pueda causar la empresa a las comunidades⁷⁰¹. Y en el último grupo de sentencias, la Corte deja sin

⁶⁹⁷ SU-123/18, párr. 16.6. La Corte Colombiana unifica así los criterios identificados en las sentencias anteriores SU-383 de 2003, C-175 de 2009, SU-383 de 2003, C-461 de 2008 y C-175 de 2009.

⁶⁹⁸ GUATEMALA. Corte de Constitucionalidad. Expedientes 4419-2011, 1149-2012, y Expedientes Acumulados 4957-2012 y 4958-2012.

⁶⁹⁹ GUATEMALA. Corte de Constitucionalidad. Expediente 795-2016. Auto de fecha 05/05/2016.

⁷⁰⁰ GUATEMALA. Corte de Constitucionalidad. Expediente 406-2014, Sentencia de fecha 23/11/2015; y Expediente 411-2014, Sentencia de fecha 12/01/2016.

⁷⁰¹ GUATEMALA. Corte de Constitucionalidad. Expediente 5712-2013. Sentencia de fecha 23/11/2015; y Expediente 2567-2015. Sentencia de fecha 31/03/2016.

suspender las licencias y hace depender la valoración y mitigación de los daños a la realización previa de un estudio detallado de verificación de los supuestos daños.⁷⁰² La Corte señala que no puede declarar la ilegalidad de licencia porque las consultas no son vinculantes.⁷⁰³

⁷⁰² GUATEMALA. Corte de Constitucionalidad. Expediente 3753-2014. Sentencia de fecha 13/01/2016.

⁷⁰³ GUATEMALA. Corte de Constitucionalidad. Expediente 5705-2013 y 5713-2013. Sentencia de fecha 12/01/2016.

CONCLUSIONES

1. Uno de los escollos fundamentales a la hora de reconocer el derecho a la consulta y otros derechos relacionados de los pueblos indígenas ha sido el desacuerdo en torno a determinados términos y principios que entrañan una alta carga política y que precisan una regulación internacional y constitucional más específica. No ayuda el hecho de que las ciencias del Lenguaje y del Derecho no parecen contar con las herramientas necesarias para contemplar la rica diversidad de todos los pueblos y la dispar situación en la que se encuentran.

La primera constatación que emerge del estudio es que el desarrollo de las normas relativas a la situación jurídica de los pueblos indígenas y sus derechos en general se ha producido de una forma lenta y ardua en el ámbito internacional. Ello supone una anomalía por cuanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos estuvo siempre llamado a prestar atención a los colectivos más vulnerables y a dotar de un contenido mínimo sus derechos. Los pueblos indígenas enfrentan situaciones de vulnerabilidad excepcionales e incuestionables. Sin embargo, una Declaración de Naciones Unidas sobre sus derechos más fundamentales precisó de más de dos décadas de negociación para ser finalmente adoptada en el año 2007.

La cuestión preliminar del reconocimiento de la existencia misma de estos pueblos, sus culturas y formas de vida distintivas, y la subjetividad jurídica colectiva distinta de los Estados son cuestiones aún latentes que requieren una mejor comprensión por parte de la comunidad jurídica en general.

Con el reconocimiento, aunque fuera incipiente, en el plano internacional y en los ordenamientos jurídicos de algunos países se ha tratado de revertir o reparar la discriminación histórica derivada de políticas que despojaron y siguen despojando a tantos pueblos, la mayoría

indígenas, de sus tierras, territorios y recursos. No es este un proceso pacífico cuando se pretende superar la marginación sistemática en las estructuras sociales e institucionales. Es una tarea que implica un proceso complejo de desmantelamiento de las estructuras legales y sociales, que aún sigue pendiente y lejano, incluso en países como Bolivia que han reconstituido su modelo de Estado.

2. La comunidad internacional ha sido plenamente consciente de la dificultad de definir estándares comunes de protección de los Pueblos Indígenas, de todos ellos. A lo largo de los años, los estamentos internacionales han logrado alcanzar varios consensos básicos que se han convertido en pilares del cuerpo jurídico existente. Tales consensos se hacen patente en los acuerdos entre los Estados, y entre estos y algunos representantes de los pueblos indígenas que han participado mediante diversas fórmulas de consulta en las instituciones internacionales, principalmente en la OIT y en la ONU.

Los mecanismos consultivos se han ido fortaleciendo y perfeccionando al tiempo que los representantes indígenas ganaban experiencia en la labor de incidencia internacional. Fruto de este proceso y la respuesta a las graves tropelías que se producían en territorios indígenas en aras del desarrollo económico, ha surgido uno de los consensos básicos a los que nos referíamos: el deber del Estado de consultar a los indígenas y el correspondiente derecho de estos a ser consultados ante cualquier medida que pueda afectarles. La consulta ha adquirido así carta de naturaleza en forma de derecho humano, colectivo y fundamental, tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho Constitucional de buen número de países en América Latina.

3. Al igual que acontece con otros derechos, la consulta indígena no puede entenderse de forma aislada a otros derechos, indígenas y no indígenas, ni separada de un contexto que experimenta constante cambio. Lo primero porque es un derecho indígena y precisamente la perspectiva

armónica e integrada de los derechos colectivos reclama una visión integral y amplia de los mismos. Lo segundo porque, como se ha repetido a lo largo de este estudio, el derecho a la consulta indígena tiene un marcado carácter procedimental y acompaña siempre a otros derechos más sustantivos para reforzarlos. Y es que, aunque el Estado es el garante de los derechos, son los propios pueblos indígenas, cuando se les consulta, los que pueden valorar de forma más adecuada los riesgos y daños potenciales que se pueden generar a partir de las acciones propuestas por actores ajenos a sus comunidades. Por ende, están también más capacitados para tomar decisiones o, al menos, tomar decisiones conjuntas con el Estado, para proteger asuntos de interés público y/o diseñar medidas de mitigación de los posibles daños.

Pero esta naturaleza transversal y procedimental, tan característica del derecho a la consulta, no quiere decir que no tenga un contenido esencial sustantivo en sí mismo. Significa, más bien, que es un derecho que cobra virtualidad sustantiva cuando sirve de instrumento y refuerzo a otros derechos indígenas. Principalmente, da expresión al derecho a la libre determinación pues solo mediante una estructura articulada para consultar a los pueblos de forma institucional, con efectos jurídicos claros, podrán éstos realmente determinar el futuro de sus comunidades. La consulta sirve de salvaguardia adicional para los derechos territoriales cuando se prevé en conexión a la protección de la propiedad colectiva de la tierra, base fundamental de subsistencia y elemento de continuidad para las culturas indígenas. Y, por supuesto, el derecho a la consulta emerge como mecanismo destinado a salvaguardar el derecho a la vida y la supervivencia misma de los pueblos.

A tenor de lo anterior, no puede sorprender que la consulta indígena se ha convertido en un fin y en un medio. Un fin, porque se ha venido a reconocer como derecho fundamental independiente en la mayoría de los regímenes constitucionales de la región y un medio para otros propósitos

de carácter político como el diálogo intercultural o la prevención de conflictos.

4. Los derechos indígenas son derechos humanos en proceso de plena consolidación. A pesar de que se han producido avances muy notables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aún queda un largo recorrido para que los derechos indígenas gocen del mismo grado de protección que otros derechos humanos.

Ello suscita la duda de si el Derecho internacional tiene los elementos necesarios para afrontar los retos derivados de una normativa reciente que ha de ser aplicada. La respuesta breve sería negativa, pero con el imperativo de que deberá estarlo o cambiar. De hecho, el sistema actual sí ha mostrado capacidad de cambio.

El mandato parece claro. A priori, como se ha reiterado, los derechos indígenas son derechos humanos y deberían, como mínimo, recibir la misma atención que otros derechos humanos -aunque existen poderosas razones que justifican una atención prioritaria por parte de los Estados-.

Al mismo tiempo, los derechos indígenas son diferentes a los derechos humanos de corte tradicional. Principalmente, su titularidad es colectiva, gran novedad en el Derecho internacional. Asimismo, se encuentran fuertemente arraigados en los derechos culturales. Difícilmente pueden ser considerados bajo ninguna de las categorías tradicionales de derechos civiles, culturales, económicos, sociales o políticos.

En líneas generales, el reconocimiento jurídico internacional ha consistido en reconocer dos vertientes: la subjetividad primero y la condición de vulnerabilidad después. Ambas facetas no están reñidas pues la vulnerabilidad no es intrínseca, sino que parte de sistemas de discriminación estructurales. Sin embargo, aún en la situación de que algunos pueblos indígenas no sufrieran discriminación en sus países o no

se encontraran en una situación de vulnerabilidad, se habría de reconocer sus derechos colectivos y libre determinación en virtud de sus propias culturas, instituciones y visiones del mundo. Es decir, la vulnerabilidad merece una protección reforzada pero no es requisito esencial para que se les conceda un estatuto especial, siempre y cuando no se estén violando derechos fundamentales de otros colectivos y personas.

La atención renovada a los derechos indígenas ha sido precisamente resultado de los procesos participativos reforzados. Cuando comienza el proceso de codificación de los derechos humanos no existían mecanismos de consulta realmente inclusivos que permitieran tener en cuenta las perspectivas de pueblos que no fueran Estados. Los principios, normas y mecanismos de derechos humanos fueron alumbrados desde una posición predominantemente occidental e individualista.

De forma creciente, los pueblos indígenas se fueron apropiando de un lenguaje de derechos que han convertido en una herramienta eficaz para la defensa de sus intereses y sus cosmovisiones particulares, aunque a veces aún guarden posiciones ambivalentes respecto a su teoría. Lo irónico es que el marco internacional de derechos humanos que respondía a la necesidad de humanización y consideración del individuo frente a los Estados ha sido precisamente utilizado por pueblos que aspiraban a recuperar el reconocimiento de su soberanía y subjetividad colectiva en el plano internacional.

El desarrollo de la normativa de derechos humanos y la acción de los mecanismos de supervisión no tuvo en cuenta a los pueblos indígenas y sus cuestiones de derechos humanos hasta una fecha bastante tardía. La situación comenzó a cambiar en los años 80 cuando se empezaron a cuestionar las premisas del principio de la universalidad de los derechos humanos, al tiempo que comenzó verdaderamente su universalización. La acción de los representantes indígenas adquirió más visibilidad en el plano internacional hasta cumplir un papel fundamental en la adopción del

Convenio 169 de la OIT que reemplazó al Convenio 107 y su visión predominantemente asimilacionista.

La pregunta que cabría hacerse es hasta qué punto se ha abandonado la política y estructura neocolonial. La respuesta la da la observancia de la norma de la consulta en el ámbito nacional. Si se pretende que la consulta venga a suplantar veladamente la libre determinación de los pueblos indígenas, agotándola bajo fórmulas meramente participativas que, por parecer más democráticas, resultan más convenientes para los Estados, hay que cuestionarse seriamente que así sea.

5. En realidad, la respuesta a las preguntas anteriores solo puede venir de la mano de los propios indígenas. Sin embargo, la cuestión de la subjetividad colectiva sigue pendiente de reconocimiento pleno, tanto en el ámbito internacional como en los ordenamientos jurídicos internos.

Lo que parece indudable es que la adopción del Convenio N° 169 de la OIT ha tenido una gran relevancia en la formación de normas internacionales aplicables a los pueblos indígenas. Como instrumento único en esta materia ha servido durante muchos años como referencia y guía para los Estados y los órganos jurisdiccionales internacionales. Actualmente, el Convenio ha de interpretarse conjuntamente con otros instrumentos internacionales que han contribuido a la consolidación de la norma de la consulta.

La adopción de la Declaración de Naciones Unidas y la Declaración Americana han dado vigor a la naturaleza jurídica vinculante de algunas normas recogidas en el Convenio 169. En la práctica, las disposiciones del Convenio han influido en la acción de Estados que han llevado a cabo importantes reformas legislativas y políticas. No obstante, la brecha en la implementación de normas en el ámbito nacional es innegable y sigue siendo la asignatura pendiente en materia de derechos indígenas, sobre todo en lo que se refiere a la consulta.

En la esfera internacional, la invisibilidad de los derechos ha coincidido con la invisibilidad de los sujetos. Al igual que en el plano nacional, los pueblos indígenas han debido enfrentarse a un buen número de trabas en el orden legal internacional que no les reconocía como sujetos. Al mismo tiempo, se iba perfilando ese régimen de derechos humanos específico que les concierne en su dimensión individual, pero plasmando la especificidad indígena y la necesidad de protección especial. En paralelo, los representantes indígenas reclamaron también el reconocimiento de unos derechos humanos colectivos que reclaman como Pueblos y que representaba una novedad en la teoría general de los derechos humanos. Este proceso vino acompañado por su participación efectiva en los foros internacionales, lo cual permitió desarrollar y consolidar cierto *jus standi político internacional*.

El obstáculo que aún existe es lograr un *jus standi judicial*, aspecto que resulta crítico a la hora de dirimir conflictos con los Estados en la arena internacional, particularmente en relación al derecho de consulta y el consentimiento y el derecho de libre determinación frente a modelos de desarrollo económico. Actualmente, la mayoría de los mecanismos judiciales y semi-judiciales no son accesibles para los pueblos indígenas como tales. Cuestiones como la accesibilidad a instancias judiciales internacionales y nacionales requerirían que las doctrinas legales internacionales se adecúen e interpreten de acuerdo con los estándares contemplados en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

6. El derecho indígena a la consulta es una norma de Derecho internacional consuetudinario y un principio general del derecho internacional.

Si pudiera haber alguna duda respecto a la naturaleza jurídica de algunas disposiciones de la Declaración de Naciones Unidas de 2007, el derecho a la consulta no se encuentra entre ellas. Hay amplio consenso en

la doctrina, corroborada por la jurisdicción interamericana y constitucional, a la hora de considerar que el deber de los Estados de consultar es una norma de Derecho consuetudinario y un principio general del Derecho internacional.

La consecuencia más importante de este hecho es que la consulta obliga, por tanto, a todos los Estados, hayan ratificado el Convenio N° 169 o no lo hayan hecho -y se hayan o no adherido a la Declaración de Naciones Unidas y a la Declaración Americana-. Así se manifiesta en los pronunciamientos de la Corte Interamericana que considera la consulta norma convencional y principio del Derecho internacional; y se ve secundada por todos los tribunales de la región, desde Chile hasta Belice. La cristalización de la norma se ve refutada por la amplia aceptación de la consulta en el amplio espectro de actores, ya sean privados o públicos, internacionales o nacionales. La consulta se ha incorporado de forma meteórica en una gama de instrumentos normativos, políticas corporativas, directrices, guías y programas de diversa índole que atañen al medio ambiente, a la resolución de conflictos, o a cualquier sector que pueda tener incidencia en las comunidades indígenas.

La novedad y carácter amplio del derecho ha supuesto una atención particular por parte de los organismos internacionales de derechos humanos, entre los cuales sobresale la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte ha recogido la labor de cortes pioneras en la región, como la Corte Colombiana, y se ha esforzado en examinar el contenido del derecho hasta ofrecer una guía completa en relación a la forma en la cual la consulta debe producirse para reunir todos los requisitos del derecho. Es innegable también la importancia del aporte doctrinal sentado por otros organismos como el Comité de Naciones Unidas contra la Discriminación Racial, el Comité de Derechos Humanos o la Comisión de Expertos de la OIT. A todos ellos, sin excepción, se refieren los pronunciamientos de las

cortes constitucionales en la región como fuente supletoria del Derecho ante la falta de legislación interna.

7. La consulta indígena se configura como un derecho fundamental con rango constitucional en la mayoría de los ordenamientos jurídicos en América Latina. La norma se ha ido incorporando progresivamente en los ordenamientos jurídicos nacionales a partir de acción jurisprudencial y la interpretación progresiva de los tribunales.

Tanto los órganos del sistema interamericano de derechos humanos como los de las Naciones Unidas, incluyendo la Comisión de Expertos de la OIT, indican que el derecho a la consulta ha de encontrar desarrollo en una legislación adecuada. Esta legislación se ha de adoptar también en consulta con los pueblos indígenas.

Sin embargo, son escasos los países que cuentan con una regulación constitucional o una normativa infra-constitucional en la materia. Los únicos textos constitucionales que reconocen un derecho a la consulta de manera específica son los de Bolivia, Ecuador, México y Venezuela. En el caso de México lo hace de forma muy limitada, a pesar de varios intentos de reforma para reconocer los derechos indígenas de forma amplia. La Constitución de Venezuela recoge la consulta únicamente en relación al uso de los recursos naturales. Así que son solo los ordenamientos jurídicos de Ecuador y Bolivia los que prevén la consulta como un derecho fundamental de forma expresa, de acuerdo a los estándares internacionales.

El resto de las constituciones en la región no contemplan el derecho a la consulta, aunque recogen otros derechos indígenas que, dado el carácter transversal de la consulta, están relacionados inevitablemente con ella. De forma directa, la Corte Colombiana ha conectado la consulta con los derechos participativos para ofrecer tutela. Otras cortes han seguido esta línea jurisprudencial al tiempo que ampliaban el alcance para contemplar otros derechos como la propiedad, la propia cultura, o el autogobierno.

8. Normalmente, a la hora de delimitar el contenido y el alcance del derecho los tribunales han seguido líneas jurisprudenciales similares que han evolucionado de forma muy parecida. Las respuestas han venido en buena parte condicionadas por los retos derivados de un contexto socioeconómico común en la región, que viene fuertemente marcado por una demanda de mayor gasto público para abordar los retos sociales y unas políticas de aumento de los ingresos derivados del uso soberano de los recursos naturales. Estos recursos suelen encontrarse en áreas protegidas y biodiversas donde han habitado los pueblos indígenas de forma ancestral. Los intereses en juego, por tanto, son capitales y producen conflictos locales de carácter socioambiental, que escalan al ámbito nacional hasta alcanzar las cortes supremas o constitucionales.

No en vano, en países como Ecuador se defiende el derecho a la consulta en paralelo al derecho a la resistencia, puesto que, tal y como se vio recientemente en este país, y en Bolivia con el caso TIPNIS, con consulta o sin ella, los pueblos indígenas se ven obligados a movilizarse a escala nacional e internacional para que se escuchen sus reclamos. Este contexto de alto litigio ha marcado la actuación de los jueces.

9. En la jurisprudencia constitucional existen varios rasgos comunes que merece la pena destacar. Las cortes nacionales han utilizado técnicas interpretativas que favorecen la armonización e integración con la normativa internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia del sistema interamericano. Así, en la mayoría de los países, los altos tribunales se han referido a la doctrina del bloque constitucional y han aplicado en ocasiones un control convencional difuso de las leyes y otros actos del ejecutivo. Tanto es así que se abre pase cada vez con más fuerza la idea de un sistema constitucional interamericano que pone en común una serie de valores y derechos fundamentales en la región.

Esto se ha hecho patente con la aplicación de las normas del Convenio N° 169 referentes a la consulta. En la mayoría de los países que no contaban

con una regulación expresa de esta cuestión, la consulta se ha integrado de acuerdo con la doctrina del bloque de constitucionalidad en virtud de la cual el Derecho Constitucional no se agota en la literalidad del texto constitucional, sino que viene integrado por las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Todas las cortes nacionales, sin excepción, han considerado la vigencia normativa del Convenio 169 en los ordenamientos jurídicos internos, siquiera como fuente de interpretación cuando el convenio no ha sido ratificado por parte del Estado. En general, la justicia constitucional entiende que la consulta es una norma de derecho internacional y, como principio del derecho, también se comprende en el bloque de constitucionalidad. Posteriormente, las cortes han comenzado a referirse con más asiduidad a la Declaración de Naciones Unidas al considerarlo un referente de la evolución que han experimentado los estándares relativos a la consulta.

10. En todo este proceso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emerge como un bastión fundamental y punta de lanza de la consulta en la región. La concordancia de estándares de derechos fundamentales y derechos humanos recogidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, así como su creciente control por parte de órganos jurisprudenciales nacionales a través de la técnica del control de convencionalidad han permitido una conciliación que se constata en la tutela del derecho a la consulta.

En el seno del sistema interamericano se ha desarrollado el cuerpo más extenso de jurisprudencia sobre los estándares referidos a la consulta, con una influencia innegable en los ordenamientos jurídicos internos. Los tribunales constitucionales nacionales han seguido en buena parte las líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana, especialmente en lo referido a la forma en la que se ha de llevar a cabo la consulta. Al mismo tiempo, ha habido una interacción y sinergia jurisprudencial entre la Corte

y los dictámenes de los tribunales nacionales, principalmente la Corte Constitucional Colombiana que ha sido verdadera pionera en la definición de estándares concernientes a los derechos participativos y los derechos culturales desde una óptica indígena.

La Corte Interamericana ha examinado el derecho a la consulta a pesar de que este derecho no estaba contemplado en la Convención Americana. La especial atención a la consulta y su lectura conjunta con otras disposiciones de la Convención se ha producido en al menos cinco casos - *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam* (2007); *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador* (2012); *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros, y Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros, ambos Vs. Honduras y Kaliña y Lokono Vs. Surinam* (2015). En todos estos dictámenes, la consulta se ha vinculado a al derecho de participación de los pueblos indígenas en relación a los recursos naturales y sus tierras, el derecho a la propiedad y el derecho a la tutela judicial efectiva.

La Corte fijó las directrices de la consulta en el caso emblemático del pueblo Saramaka, para después fijarse en el asunto de la afectación directa por la explotación de los recursos naturales en el caso del pueblo Kichwa de Sarayaku. La Corte dictaminó que en ningún caso un proyecto económico puede suponer un riesgo para la supervivencia del pueblo indígena como tal. Se hacen necesarias una serie de salvaguardias: (i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta; (ii) la realización de estudios de impacto ambiental para valorar el daño potencial; y (iii) establecer mecanismos para que se puedan compartir los beneficios del proyecto, si los hubiera. El reparto de beneficios cumple también la función de indemnización justa, en virtud del artículo 21 de la Convención Americana.

Pero en Sarayaku, la Corte establece además una nueva salvaguardia afirmando que en los casos en los que se vayan a desarrollar planes de

desarrollo a gran escala los Estados no solo deben realizar los procesos de consulta, sino que además tienen que contar con el consentimiento, también previo, libre e informado de los pueblos afectados. La Corte reitera estos lineamientos en el caso de la *Comunidad Garífuna de Punta Piedra*. Sin embargo, en el último caso de *Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, guarda silencio en relación con el consentimiento, ni siquiera como complemento cualitativo a la hora de identificar la finalidad de la consulta. Esto puede ser el indicio de una postura más cautelosa por parte de la Corte en aquellos casos que versen sobre proyectos con una afectación menor a la de grandes proyectos o en los que no resulte tan clara la afectación. Si es así, coincide con la resistencia imperante de los tribunales nacionales a admitir la naturaleza vinculante de la consulta indígena.

11. A pesar de la extensa relación de casos presentados ante las cortes, aún quedan algunos temas pendientes por dilucidar. En concreto hay tres cuestiones importantes que no se han resuelto por la Corte Interamericana y esto hace que el debate se traslade a las decisiones nacionales.

Por un lado, queda por dirimir si el Estado tiene la obligación de obtener un consentimiento ante la existencia de proyectos económicos de menor escala y otras medidas legislativas o administrativas que, aunque no incidan de forma directa en el territorio indígena, podrían causar serios daños a sus culturas y medios de vida. En estos casos, puede recurrirse al factor de riesgo para la supervivencia de los pueblos, factor al que la Corte Interamericana ha recurrido en varias ocasiones. Por otra parte, y relacionado con el punto anterior, queda por dilucidar de qué forma se ha de determinar el grado de afectación y si, como defiende parte de la doctrina, esta afectación debe valorarse por los propios pueblos indígenas que también determinarían, por ende, la obligatoriedad del consentimiento

En este último punto, como en otros, puede volver a orientar la Corte Constitucional Colombiana que en sentencia SU-123/18 se ha referido al concepto de “afectación directa intensa” cuando se ponga en peligro la

subsistencia de una comunidad. En este caso, dice la Corte, la ejecución de la medida requiere, “en principio” el consentimiento previo, libre e informado. La Corte pone a modo de ejemplo algunos supuestos ya identificados previamente. A saber, cuando se vaya a proceder al traslado o reubicación de un pueblo; en caso de almacenamiento de materiales peligrosos o tóxicos; o, en clave más general, acciones que con lleven un impacto severo en los órdenes sociales, culturales o ambientales de forma tal que se ponga en peligro la misma subsistencia de la comunidad.

No empero, la Corte colombiana prevé abstenerse a realizar una calificación del grado de afectación teniendo en cuenta que es el propio pueblo el que ha decidir tal extremo mediante un proceso de consulta. Obsérvese, además, que la Corte colombiana no considera el supuesto de introducción de fuerzas militares en territorio indígena, como si lo hace la Declaración de Naciones Unidas, lo cual conduce a pensar que esta lista de supuestos “supuestamente excepcionales” no es tal sino más bien una lista indicativa. En otras palabras, y como parte de la doctrina ya han afirmado (CLAVERO; DOYLE), las situaciones para las cuales el consentimiento constituye un requisito no son la excepción sino la regla general. Ello casa con la racionalización de los derechos fundamentales y la salvaguarda de su núcleo esencial. Difícilmente, un pueblo consentirá a su destrucción, física o cultural, o a poner en peligro su supervivencia. Estos escenarios en los que se quiere encuadrar el consentimiento parecen irreales. Desde el punto de vista teórico-jurídico, existen valores y normas jurídicas que estructuran el orden democrático y sobre los que una renuncia parece no ajustarse a Derecho.

12. Al no ser objeto de desarrollo legislativo en el plano nacional, la jurisdicción constitucional ha venido a sustituir al legislador indicado los elementos esenciales de la consulta. En la tutela del derecho, los tribunales han llegado a ser tan prolijos en su análisis que cabría afirmar que han cumplido también una función cuasi-ejecutiva o reglamentaria. Como

resultado, algunas sentencias ofrecen una guía con directrices detalladas para las que han tomado como referencia los estándares internacionales incorporándolos así al ámbito doméstico.

El caso de Colombia destaca de nuevo al apoyarse en más de 15 años de una densa jurisprudencia sobre consultas no realizadas o realizadas defectuosamente en distintos puntos del país. En la sentencia del 2018, la Corte empeñó sus esfuerzos en la unificación de su jurisprudencia, pero incluye también elementos innovadores como el establecimiento de la responsabilidad de las empresas a la luz del desarrollo reciente de estándares internacionales. Sobresale el principio de que, a juicio de la Corte, el Consorcio Colombia Energy no guardó la diligencia debida en relación a la consulta. Por tanto, el derecho requiere protección constitucional y debe ser objeto de una reparación adecuada y conmensurable con la acción empresarial.

Ante el alto grado de litigio fuera y dentro de los tribunales, varios Estados han tratado de regular la consulta mediante leyes orgánicas u ordinarias. Se ha tratado de dar respuesta tanto a los mandatos de los tribunales, como a la movilización social o a los sectores empresariales que demandan seguridad jurídica para sus inversiones. La experiencia revela que la tarea de normativizar la consulta adquiere una complejidad notable.

En esta cuestión, cabe realizar dos apreciaciones. Por una parte, es cierto que el legislador ha sido reticente a legislar sobre la consulta. En muchos países donde se celebran un alto número de consultas no se dispone de normativa general al efecto -Colombia, por ejemplo-. Algunos países solo han intentado adoptar normativa cuando se han visto obligado por las circunstancias o a partir de pronunciamientos jurisprudenciales. Es el caso de Perú o Chile, donde los tribunales constitucionales exhortaron al legislativo para que supliera los vacíos legales y desarrollara el artículo 6.2. del Convenio N° 169.

Pero esta reticencia también ha existido del lado indígena. La urgencia de la situación ha hecho que los países legislen “tarde y mal”. Mal, porque en la mayoría de los casos los proyectos ley no han sido consultados con los pueblos indígenas, requisito obvio y claro que han recordado algunos organismos internacionales como el Relator Especial o el Comité de Expertos de la OIT. Como consecuencia, las leyes aprobadas carecen de legitimidad al no recoger las perspectivas de los propios indígenas, ni responder a sus intereses. Tarde, porque en casi todas las ocasiones ya existían conflictos abiertos de carácter local o nacional que instalaban la conversación en un clima de desconfianza mutua donde la consulta raramente puede llevarse a cabo con éxito. Lo cierto es que en algunos casos la legislación propuesta no cumplía con los estándares internacionales y las organizaciones indígenas la han considerado contraproducente. Teniendo en cuenta que los principios de la consulta se hallan ya recogidos en las fuentes jurisprudenciales de las cortes constitucionales y en el Derecho Internacional, los colectivos indígenas han acudido a su amparo.

La complejidad de regular el derecho a la consulta se ha visto reflejada en todos los intentos fallidos de los gobiernos por regular una materia que ha de ser consensuada con los pueblos. La diversidad de la realidad indígena, su cosmovisión y sus costumbres producen una enorme casuística en torno al alcance y los elementos de la consulta. No hay que olvidar, además, que se trata de un derecho fundamental colectivo que ha de conjugarse con otros derechos fundamentales individuales, no ya solo del resto de la población, sino de la misma población indígena. Razón de más para que deba de regularse a partir de un verdadero diálogo intercultural. Como quedó constancia en el caso de Perú y otros, puede resultar complejo conciliar el carácter del Derecho positivo fundamentado en unas ciencias jurídicas de corte occidental con la cosmovisión indígena de la justicia y su propio orden jurídico.

La ausencia de legislación viene aparejada con la falta de concreción de una visión realmente plurinacional y pluricultural que algunos Estados han querido incluir en sus reformas constitucionales. Al examinar las distintas reformas constitucionales, especialmente las de Bolivia, Ecuador y Perú, se hace evidente el cambio de paradigma. Se trataría de procesos constituyentes auténticamente rompedores con los esquemas coloniales y postcoloniales anteriores. Este modelo pluricultural del Estado incluiría una revisión de la construcción de la institucionalidad, comenzando por una institucionalidad más inclusiva como así se constata con la creación de un nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia que parta de un reconocimiento de la juridicidad y jurisdicción indígenas.

En cualquier caso, cuando la consulta se ha cumplimentado de acuerdo con leyes especiales o sectoriales, o bajo marcos constitucionales aparentemente favorables, las controversias se han seguido produciendo, alcanzando el ámbito de tutela de los tribunales. Pareciera entonces que la sede jurisdiccional va a continuar siendo la instancia donde se van a determinar los aspectos claves de la norma y sus límites. Principalmente, se habrá de dirimir como se ha de conjugar con otros derechos e intereses jurídicos en liza.

13. Aunque en ocasiones se ha presentado la consulta como un derecho de carácter procedimental, no se puede obviar que las formas en la consulta integran la esencia misma y el núcleo duro del derecho. Es en esta materia, además, donde se observa mejor la evolución de los tribunales nacionales hacia una jurisprudencia regional común en base a decisiones muy similares y en línea con las directrices fundamentales de la Corte Colombiana e Interamericana. Claro indicador de la armonización de estándares es que el derecho en ámbito nacional se denomina ya en todos los países como derecho a la consulta previa, libre e informada.

De nuevo, el papel central que van a seguir cumpliendo los jueces se aprecia de forma clara en relación a la cuestión del consentimiento. La tendencia actual incide en que el consentimiento ha de valorarse en función de las circunstancias concretas de cada caso y en función de los derechos que puedan ser vulnerados.

La Relatora Especial ha puesto de relieve que, en caso de que el Estado y los pueblos indígenas no se pongan de acuerdo al finalizar un proceso de consulta -y no se pongan tampoco de acuerdo sobre la obligatoriedad o no del consentimiento-, debe haber órganos independientes que diriman las discrepancias.

Esta visión aún no ha calado en la mayoría de los tribunales nacionales donde se hace patente la confusión conceptual con los derechos de participación e, incluso, con la figura de la consulta popular. Un rasgo que se aprecia en la jurisprudencia de casi todos los altos tribunales (Colombia, México, Perú o Chile) es la equiparación de la consulta como instrumento que da expresión a los derechos participativos en aras de una sociedad democrática. Los pronunciamientos de los magistrados de la Corte Colombiana, en sus primeras decisiones, se referían al derecho a la consulta como un derecho a la participación y otros derechos. Sin embargo, con el tiempo la jurisprudencia constitucional ha ido acogiendo una aproximación más sustantiva y vinculada al derecho a la libre determinación, según el cual la finalidad de la consulta no consiste tanto en garantizar una participación individual y colectiva de los pueblos indígenas -para lo cual muchos Estados cuentan ya con garantías e instrumentos- sino la posibilidad cierta de determinar unas decisiones o planes que pueden resultar, valga la redundancia, determinantes para el futuro de sus comunidades. En otras palabras, no se trata solo de participar sino de “decidir” o “co-decidir”, de acuerdo con esquemas de soberanía compartida sobre los recursos.

En Chile, la evolución de la jurisprudencia no ha alcanzado tal punto y sigue contemplando el engranaje de la consulta en los derechos de participación. La doctrina inicial del Tribunal Constitucional inspiró la línea jurisprudencial de la Corte Suprema y los tribunales superiores que interpretaron la consulta como una fórmula más de participación ciudadana. Posteriormente, en los últimos fallos el estándar exigible para la consulta se ha elevado de acuerdo la regulación internacional en los casos que tienen que ver con proyectos económicos que pueden tener un gran impacto en las tierras y los recursos naturales de los pueblos indígenas.

La práctica jurisprudencial de otras cortes constitucionales con más experiencia en la resolución de este tipo de casos resulta relevante. En Estados Unidos, Canadá, Australia y algunos países escandinavos, la jurisdicción constitucional ha establecido el carácter vinculante de la consulta solo de forma excepcional. En los casos donde era evidente que se amenazaba la supervivencia física y cultural de los pueblos afectados y no existían alternativas viables, el consentimiento se ha considerado un requisito esencial. En el resto de los casos donde no existe esa afectación directa, los tribunales tienden a interpretar el interés general de forma muy amplia y conceden al gobierno un alto margen de discrecionalidad en su concreción.

14. El obstáculo fundamental en la tarea de las cortes constitucionales no ha sido tanto la interpretación del derecho a la consulta en cuanto a su forma y objeto, para la cual se contaba con herramientas internacionales y constitucionales suficientes, como el abordaje de su finalidad: el consentimiento. La dificultad radica en que el consentimiento está estrechamente ligado al derecho a la libre determinación, un derecho que a duras penas se ha abierto paso en el Derecho internacional moderno y obtiene reconocimiento constitucional de forma abstracta.

Obsérvese hasta qué punto la elaboración jurisprudencial de la Corte Interamericana se ha centrado en la descripción de los elementos de la

consulta y no tanto en sus elementos más sustantivos. Evidencia de ello también es que la libre determinación se ha equiparado en los pronunciamientos jurisprudenciales tanto nacionales como internacionales con la autonomía y el gobierno, cuando el principio supone transformaciones institucionales y políticas mucho más profundas y distintivas.

Conviene recordar el modo en el que surgen las normas objeto de estudio. El principio o derecho de libre determinación siempre ha supuesto una línea roja para los Estados, que han temido un resurgimiento de procesos de independencia o secesión, alimón de mayores desórdenes y tensiones político-étnicas. En realidad, el temor de los Estados (o sus gobiernos) radica más en la cesión de poder en relación al uso y explotación de los recursos naturales.

Incluso en su vertiente interna, la libre determinación desafía directamente los esquemas tradicionales y modernos de soberanía, Estado e, incluso democracia. Ello se ve claramente cuando los Estados se empeñan en rechazar el valor del consentimiento como vinculante y lo contraponen al interés general sin proceder antes a una revisión de todos estos conceptos. Se demuestra también en las sentencias de las altas cortes nacionales que siguen acogiendo una visión clásica de los derechos fundamentales. Pero no es menos cierto que los países de América Latina que ratificaron el Convenio 169 y adoptaron la Declaración de Naciones Unidas llevaron a cabo reformas constitucionales más o menos profundas en consonancia con muchos de los postulados de la Declaración. Contrajeron así compromisos que han quedado grabados en los textos constitucionales para los años venideros y difícilmente podrán eludirse.

Así, la consulta ha emergido como una fórmula de compromiso con los Estados - la cara más amable de la libre determinación, cuando no un subterfugio para evitarla.

El debate jurídico no puede deslindarse del político, ni tampoco desvincularse de una perspectiva histórica necesaria. Toda la problemática actual en torno al consentimiento deriva de que solo se ha producido un reconocimiento parcial de los derechos indígenas colectivos. En especial, el derecho a la libre determinación no ha sido objeto de una atención particular por parte de los altos tribunales que se han sentido más cómodos ampliando el contenido de derechos civiles y políticos más clásicos. Cuando han tenido que referirse a la consulta, las cortes nacionales han tratado de esquivar la cuestión del consentimiento, fijándose en los requisitos de forma.

Si bien es cierto que la evolución de los derechos fundamentales permite abordar desde un punto de vista más actual el derecho de la libre determinación, no es menos cierto que estos principios aún no han impregnado la ciencia jurídico-constitucional en sus fundamentos de construcción teórica.

No obstante, si no se toma en serio la libre determinación, difícilmente se podrá determinar el contenido esencial de la consulta y considerar que el consentimiento forma parte de este. Así parece apuntar la actual Relatora que ha advertido a varios países contra la tentación de contemplar la consulta como un mero procedimiento para la seguridad jurídica -de las inversiones se entiende- y comienza a referirse a la consulta de forma unida al consentimiento, como las dos caras de un todo, de un derecho que no puede quedar relegado *de facto* a la figura general de la consulta ciudadana o vecinal, como así sería el caso si no tuviera carácter vinculante. Esta figura de la consulta popular no ha tenido además gran predicamento en la práctica del constitucionalismo moderno y, teniendo en cuenta los antecedentes en las relaciones entre los Estados y los pueblos indígenas, no parece que pueda prestar sustento a los derechos fundamentales indígenas, menos aún si cabe al derecho a la libre determinación.

Una evidencia clara de que la libre determinación se suele dejar a un lado en la interpretación que realizan los tribunales es el alto número de recursos de amparo que se resuelven mediante la invalidación del proceso, por indebido o inconcluso, y el exhorto a las autoridades competentes para que vuelvan a realizar la consulta de acuerdo con ciertos parámetros. Sin embargo, han sido escasas las ocasiones en las cuales los tribunales han dictaminado medidas para una verdadera reparación, vía, por ejemplo, restitución de tierras o desmantelamiento de proyectos y obras en territorio indígena. Poco enérgica ha sido también la acción de los tribunales en vía ejecutiva para hacer valer sus pronunciamientos, ni siquiera en aquellos casos en los que ha debido intervenir el sistema interamericano y se ha producido el apremio por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

15. Aunque el derecho fundamental colectivo a la consulta es ya una realidad en el marco constitucional americano, aún queda un largo recorrido para que el Derecho nacional proporcione los medios oportunos para su protección y disfrute, de acuerdo con los postulados pluriculturales.

En algunos países, el amparo no siempre ha cumplido un papel realmente protector del derecho a la consulta. En Guatemala, por ejemplo, los recursos de amparo se han presentado en relación a las licencias mineras, la construcción de represas y la instalación de plantas hidroeléctricas, y la autorización de uso de tierras comunales para el transporte de la energía. Los afectados han alegado la vulneración del derecho a la organización social propia, el derecho a la participación, a la identidad cultural, y a la consulta previa, libre e informada.

En una primera etapa, tanto la Corte de Constitucionalidad como la Corte Suprema denegaron amparo porque consideraron que los pueblos indígenas eligieron no participar al poder hacerlo después de la publicación de las correspondientes autorizaciones en el Diario Oficial. Posteriormente la Corte Constitucional de Guatemala ha otorgado amparo a varios recursos

sobre la falta de consulta, pero ha dejado vigente las medidas concernientes a las licencias de exploración minera.

16. Aunque las decisiones judiciales en la región se han centrado principalmente en discernir si la consulta se ha llevado a cabo o no de acuerdo con las suficientes garantías formales, existen algunos pronunciamientos que se refieren al valor jurídico del consentimiento.

La perspectiva teleológica del derecho fundamental a la consulta se ha relacionado siempre con su esencia: la búsqueda y/o la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas. En este sentido, está estrechamente ligado al principio de libre determinación.

En la jurisprudencia constitucional regional se aprecia nítidamente que el punto donde surgen las divergencias interpretativas es el relativo a la fase final de ese proceso. Es decir, las Cortes no otorgan un significado claro a la fase del acuerdo o la ausencia del mismo. La consulta ha de ser previa, libre e informada, al mismo tiempo que cumplir otros requisitos conexos. Pero ¿cómo se traducen los efectos jurídicos del resultado?, ¿han de ser vinculantes?

La conclusión sigue resultando compleja para los tribunales, sobre todo cuando se advierten cuestiones de interés general como la planificación de grandes obras de infraestructura o que pueden tener un impacto económico significativo. Pero es que, además, la complejidad reside en la conceptualización misma del derecho a la consulta.

El armazón jurídico construido alrededor de la consulta parece tambalearse cuando no se alcanza un acuerdo y los pueblos indígenas no consienten a los que se le consulta. En desacuerdo con parte de la doctrina, y con base en los pronunciamientos de los tribunales constitucionales que se han examinado, no parece que el consentimiento forme parte del

contenido esencial de la consulta, ni mucho menos su núcleo duro, aunque sea ciertamente su objetivo.

17. No cabe duda de que la consulta tiene un valor en sí misma ya que contribuye a mantener vivo un clima de inclusión y diálogo entre todos los actores y los pueblos indígenas. Sin embargo, no se puede obviar que la consulta puede servir, como ya se ha podido constatar en la práctica, para perpetuar esquemas “asimilacionistas”. En el peor de los casos, el deber de consultar puede resultar en el menoscabo de otros derechos fundamentales. Rara vez se realizan procesos de consulta debidamente, o sea de forma previa, libre, informada y con las instituciones y fórmulas de gobierno indígenas propias. Son muchas y costosas las garantías y requisitos que han de existir para que el derecho se haga reconocible. Pero es que, cuando se trata de propuestas de alto impacto o, en palabras de la Corte colombiana, afectación directa intensa, la participación indígena en un proceso de estas características puede resultar en una especie de “institucionalización” del recorte de derechos mediante la supuesta aquiescencia de los afectados. Esto puede suceder incluso cuando la consulta se ha realizado debidamente desde el punto de vista de todas las partes.

18. El modelo imperante ha influido también en la acción de la justicia. Se considera la consulta y otros derechos como derechos irrenunciables, porque se les presenta como diques frente al poder. Pero la desconfianza provoca precisamente que los pueblos indígenas no quieran participar en las consultas, como viene siendo el caso y será más frecuente. Por ello, la consulta cobra su sentido cuando se vincula a otros derechos fundamentales como salvaguarda reforzada y cuando se pone el acento en el derecho a la libre determinación.

La consulta va mucho más allá que los derechos participativos. Los derechos colectivos suponen una categoría de derechos en sí misma y por mucho que los constitucionalistas quisieran encorsetarla en categorías

existentes, no es posible si no es bajo nuevos parámetros que puedan acoger categorías emergentes propiciadas precisamente por los nuevos modelos constitucionalistas que consagran el estado plurinacional. Esto solo puede lograrse si se producen avances hacia un pluralismo jurídico que pueda empezar a considerar si quiera el derecho indígena en plano de igualdad.

Como bien ha afirmado el Mecanismo de Expertos de las Naciones Unidas, los pueblos deberían poder tomar la iniciativa y proponer ellos los planes de desarrollo o planes de vida para someterlos a consulta con los Estados. Este sería un enfoque más acorde con el derecho a la libre determinación.

La libre determinación significa mucho más que tomar una decisión en un momento dado, de forma puntual y a iniciativa del gobierno. No se puede decidir el futuro de un pueblo en torno a un sí o no a un proyecto extractivo o del tipo que sea. La respuesta ha de consistir en posiciones más garantistas y de mayor firmeza; principalmente en cuanto a las consecuencias del incumplimiento del derecho a la consulta debida.

JURISPRUDENCIA Y DOCUMENTACIÓN UTILIZADA

PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES:

Argentina:

Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Pilquiman, Crecencio c/ Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural, s/acción de amparo”, Fallo P. 811. XLIV, 7 de octubre de 2014.

Belice:

Corte Suprema, Aurelio Cal on his own behalf and on the behalf of the Maya Village of Santa Cruz and others v. the Attorney General of Belize and others, consolidated claims, claims 171 and 172 of 2007. Decisión de 18 de octubre de 2007.

Corte Suprema, Sentencia 394/2013, de 3 abril de 2014.

Bolivia:

Corte Constitucional, Sentencia Constitucional 0045/2006, Expediente 2005-12440-25-RDL, sentencia de 2 de junio de 2006, II.5.1.

Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia constitucional 2003/2010-R, Recurso de Amparo de Pueblo Guaraní Itiku Guasu. Sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012 (TIPNIS), 18 de junio de 2012.

Chile:

Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 309, de 4 de agosto de 2000.

Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1050, del 3 de abril de 2008.

Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1988, de 2011.

Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 2387, de 23 de enero de 2013.

Corte Suprema, Sentencia Rol 11.040-2011, de 30 de marzo de 2012.

Corte Suprema, Caso 17120-2013.

Corte Suprema, Sentencia Rol 65349, de 30 de enero de 2017.

Colombia:

Corte Constitucional, Sentencia T-428, de 24 junio 1992.

Corte Constitucional, Sentencia T-188, de 12 de mayo de 1993.

Corte Constitucional, Sentencia T-380, de 13 de septiembre de 1993.

Corte Constitucional, Sentencia SU-039, de 3 de febrero de 1997.

Corte Constitucional. Sentencia C-891, de 22 de octubre de 2002.

Corte Constitucional. Sentencia C-461, de 14 mayo 2008.

Corte Constitucional. Sentencia SU-383, de 13 mayo 2003.

Corte Constitucional. Sentencia T-737, de 14 de julio de 2005.

Corte Constitucional. Sentencia T-880, de 26 de octubre de 2006.

Corte Constitucional. Sentencia C-208, de 21 de marzo de 2007.

Corte Constitucional. Sentencia C-030, de 23 de enero de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia, C-461, de 14 de mayo de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia T-154, de 12 de marzo de 2009.

Corte Constitucional. Sentencia C-175, de 18 de marzo de 2009.

Corte Constitucional. Sentencia C-615, de 2 de septiembre de 2009.

Corte Constitucional. Sentencia T-769, de 29 de octubre de 2009.

Corte Constitucional. Sentencia C-063, de 4 de febrero de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia C-702, de 6 de septiembre de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia T-745, de 14 de septiembre de 2010.

Corte Constitucional, Sentencia T-129, de 3 de marzo de 2011.

Corte Constitucional, Sentencia T-693, de 23 de septiembre de 2011.

Corte Constitucional, Sentencia C-253, de 25 de abril de 2013.

Corte Constitucional, Sentencia SU-123, de 15 noviembre de 2018.

Costa Rica:

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 13832, de 11 de septiembre de 2008, consulta facultativa expediente N° 08-011089-0007-CO

Ecuador:

Corte Constitucional, Sentencia n.° 001-10-SIN-CC, Casos n.° 0008-09-IN y 0011-09-IN (Acumulados), de 18 de marzo de 2010.

Guatemala:

Corte de Constitucionalidad. Expediente 199-95. Opinión Consultiva, 18 mayo 1995.

Corte de Constitucionalidad, Expediente 1179-2005. Sentencia de 8 de mayo de 2007.

Corte de Constitucionalidad, Expediente No. 2376- 2007. Sentencia de 9 abril de 2008.

Corte de Constitucionalidad, Expediente 3878-2007. Sentencia de apelación de amparo, de 21 de diciembre de 2009. [Caso Sacatepéquez].

Corte de Constitucionalidad. Expedientes Acumulados 4957-2012 y 4958-2012.

Corte de Constitucionalidad, Expediente 1072-2011. Sentencia de 24 de noviembre de 2011.

Corte de Constitucionalidad, Expediente 1822-2011. Sentencia de 17 de julio de 2012.

Corte de Constitucionalidad, Expediente 4419-2011, Sentencia del 5 de febrero del 2013.

Corte de Constitucionalidad, Expediente No. 1008-2012. Sentencia de 28 febrero 2013.

Corte de Constitucionalidad, Expedientes acumulados 156-2013 y 159-

2013 (Territorio Ixil). Sentencia de 25 de marzo de 2015.

Corte de Constitucionalidad, Expediente 1149-2012. Sentencia de 10 de septiembre de 2015.

Corte de Constitucionalidad, Expediente 406-2014. Sentencia de 23 de noviembre de 2015.

Corte de Constitucionalidad, Expediente 5712-2013. Sentencia de 23 de noviembre de 2015.

Corte de Constitucionalidad, Expediente 3753-2014. Sentencia de 13 de enero de 2016.

Corte de Constitucionalidad, Expediente 411-2014, Sentencia de 12 de enero de 2016.

Corte de Constitucionalidad, Expedientes 5705-2013 y 5713-2013. Sentencia de 12 de enero de 2016.

Corte de Constitucionalidad, Expediente 2567-2015. Sentencia de 31 de marzo de 2016.

Corte de Constitucionalidad, Expediente 795-2016. Auto de 5 de mayo de 2016.

Corte de Constitucionalidad. Expedientes Acumulados 90-2017, 91-2017 Y 92-2017. Sentencia de 26 de mayo de 2017.

Corte de Constitucionalidad, Expediente 4785-2017, de 3 de septiembre de 2018.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 28 de junio de 2016 (amparo No. 1592-2014).

México:

SUP-JDC-11/2007, de 6 de junio de 2007.

Panamá:

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 6 de diciembre de 2000. (Caso Demanda contencioso-administrativa de nulidad de la Corte Suprema

de Justicia - Sala Primera de lo Civil).

Perú:

Tribunal Constitucional, Expediente N° 03343-2007-AA, 19 de febrero de 2009.

Tribunal Constitucional, Expediente No 0022-2009-PI/TC, 9 de junio de 2010.

Tribunal Constitucional, Expediente No. 06316-2008-PA/TC. Aclaración, 24 de agosto de 2010.

Tribunal Constitucional, Expediente No. 00025-2009-PI/TC, de 17 de marzo de 2011.

Canadá:

Corte Suprema, *R contra Sparrow* (1990) 1 S.C.R. 1075.

Corte Suprema, *Haida Vs. British Columbia (Minister of Forests)* (2004) 3 S.C.R. 511.

Corte Suprema, *Taku River First Nation v. British Columbia*, 18 de noviembre de 2004.

Corte Suprema. *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, 2014, SCC 44.

Corte Suprema, *Mikisew Cree First Nations v. Canada*. 11 octubre 2018.

España:

Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 114/2017, de 17 octubre (RTC 2017 114).

Estados Unidos:

Pueblo of Sandia v. United States, 50 F.3d 856, 861-63 (10th Cir. 1995).

Ogiaia Sioux Tribe of Indians Vs. Andrus, 603 F.2d 707 (1979).

Hoopa Valley Tribe Vs. Christie, 812 F.2d 1097 (1986).

Lower Brule Sioux Tribe Vs. Deer, 911 F.Supp. 395 (D.S.D. 1995)

Klamath Tribes Vs. U.S., 1996 WL 924509

Confederated Tribes and Bands of the Yakama Nation Vs. U.S. Department of Agriculture, 2010 WL 3434091.

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Caso Castillo Petruzzi y otros c. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C. No. 125

Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

Caso de Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.

Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214.

Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284.

Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C 304.

Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs.

Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C 305.

Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309.

Opinión Consultiva OC-1/82, de 24 de septiembre de 1982, “Otros tratados sujetos a la jurisdicción consultiva de la Corte” (artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos), solicitada por Perú. Serie A No. 1.

Opinión Consultiva OC-7/86, de 29 de agosto de 1986, “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta” (artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por el gobierno de Costa Rica. Serie A No. 7.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Caso de Comunidades Indígenas Maya del Distrito de Toledo c. Belice, Case 12.053, Comisión Interamericana, Informe No. 40/04, OEA/Ser.L/V/II.122 doc. 5 rev. 1, (2004).

CIDH (2000), *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, OEA/Ser.L/VII.108, Doc. 62, 20 de octubre de 2000.

CIDH (2006), Medidas cautelares MC-91-06, Disponible en www.cidh.oas.org/medidas/2006.eng.htm

CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 249.

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/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009.

CIDH (2013), *Pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial en las*

Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/13, 30 diciembre 2013.

CIDH, Informe No. 96/14, Petición 422-06. Admisibilidad. Pueblos Indígenas en aislamiento Tagaeri y Taromenani. Ecuador, de 6 de noviembre de 2014.

CIDH, Informe No. 2/12, Caso 12.094, Fondo. Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra). Argentina, de 26 de enero de 2012.

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos:

The Soc. and Econ. Rights Action Ctr. and the Ctr. for Econ. and Social Rights v. Nigeria, Comunicación No. 155/96, (October 2001).

Caso Centre for Minority Development (Kenia) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) v. Kenya, Comunicación No. 276/03, 25 de noviembre de 2009.

Tratados:

Convención Americana sobre Derechos Humanos, (Pacto de San José), 22 de noviembre de 1969, Doc. OEA/Ser.L.V/II.82 Doc. 6, rev.1. Entró en vigor el 18 de julio de 1978.

Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966, G.A. Res. 2200 (XXI), U.N. GAOR, 21st Sess., Doc. ONU A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966, G.A. Res. 2200 (XXI), U.N. GAOR, 21st Sess., Doc. ONU A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3, entró en vigor el 3 de enero de 1976.

Resoluciones de la Asamblea General:

Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 1514 (XV): Declaración

sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, de 14 de diciembre de 1960.

Naciones Unidas, Asamblea General, Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas. A/RES/47/135, de 3 febrero de 1993.

Naciones Unidas, Asamblea General, Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada el 13 de septiembre de 2007, A/RES/61/295, de 2 de octubre de 2007.

Documentos de la Organización de Estados Americanos (OEA):

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Res. XXX, adoptada por la Novena Conferencia Internacional Americana (1948), Doc. OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1, (1992).

Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, AG/RES.2888 (XLVI-O/16), de 15 de junio de 2016.

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas:

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 23, Artículo 27 - Derecho de las minorías, 50^o período de sesiones (1994), Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev.7.

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Länsman et al. v. Finland*, Comunicación No. 511/1992, Doc. ONU CCPR/C/52/D/511/1992, 8 noviembre 1994.

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales a Venezuela, Doc. ONU CCPR/CO/71/VEN, 26 de abril de 2001.

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales a Colombia, Doc. ONU CCPR/CO/80/COL, 26 de mayo de 2004.

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales a Chile, Doc. ONU, CCPR/C/CHL/CO/5, 12-30 de marzo de 2007.

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales a

Panamá, Doc. ONU CCPR/C/PAN/CO/3, 17 de abril de 2008.

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales a Nicaragua, Doc. ONU, CCPR/C/NIC/CO/3, 12 de diciembre de 2008.

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Angela Poma Poma v. Perú*, Comunicación No. 1457/2006, Doc. ONU CCPR/C/95/D/1457/2006, 24 de abril de 2009.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial:

Naciones Unidas, CERD, Recomendación General N° 23, pueblos indígenas, de 18 de agosto de 1997, Doc. ONU Suplemento N° 18 (A/52/18) (26 septiembre 1997).

Naciones Unidas, CERD. Observaciones finales a Ecuador, Doc. ONU CERD/C/ECU/CO/19 (22 septiembre 2008).

Naciones Unidas, CERD. Observaciones finales a Namibia, Doc. ONU CERD/C/NAM/CO/12 (22 septiembre 2008).

Naciones Unidas, CERD. Observaciones finales a Estados Unidos, Doc. ONU CERD/C/USA/CO/6 (8 mayo 2008).

Naciones Unidas, CERD. Observaciones finales a Guyana, Doc. ONU CERD/C/GUY/CO/14, 4 abril 2006

Naciones Unidas, CERD. Observaciones finales a Filipinas, Doc. ONU CERD/C/PHL/CO/20, 23 de septiembre de 2009.

Naciones Unidas, CERD. Informes presentados por los Estados partes: Guatemala, Doc. ONU CERD/C/GTM/CO/12-13, 17 de septiembre de 2009.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Naciones Unidas, CESCR, Observaciones finales a Colombia, Doc. ONU E/C.12/1/Add.74, 6 de diciembre de 2001.

Naciones Unidas, CESCR, Observaciones finales a Brasil, Doc. ONU E/C.12/1/Add.87, 26 de junio de 2003.

Naciones Unidas, CESCR, Observaciones finales a Surinam, Doc. ONU CERD/C/64/CO/9, 28 de abril de 2004.

Naciones Unidas, CESCR, Observaciones finales a Ecuador, Doc. ONU E/C.12/1/Add.100, 7 de junio de 2004.

Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas:

Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen. Doc. ONU E/CN.4/2003/90/Add.3, 5 de marzo de 2003.

Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe Anual del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/9/9, 11 de agosto de 2008.

Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Observaciones del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador (junio de 2008). Doc. ONU A/HRC/9/9/Add.1, Annex 1, 15 de agosto de 2008, p.92

Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe Anual del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009.

Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Observaciones sobre la situación de los pueblos indígenas de la Amazonia y los sucesos del 5 de junio y días posteriores en las provincias de Bagua y Utcubamba, Perú. Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.8, 18 de agosto de 2009.

Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Observaciones sobre la situación de la Comunidad Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el Proyecto Hidroeléctrico Chan 75 (Panamá). Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.5*, 7 de septiembre de 2009.

Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009.

Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, La situación de los pueblos indígenas en Botswana. Doc. ONU A/HRC/15/37/Add.2, 2 de junio de 2010.

Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Nota preliminar sobre la aplicación del principio de consulta con los pueblos indígenas en Guatemala y el caso de la mina Marlin. Doc. ONU A/HRC/15/37/Add.8, 8 de julio de 2010.

Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Adenda: Casos examinados por el Relator Especial (junio 2009 – julio 2010), Doc. ONU A/HRC/15/37/Add.1, 15 de septiembre de 2010.

Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya: Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos. Doc. ONU A/HRC/18/35, 11 de julio de 2011.

Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 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.

Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a Guatemala, Doc. ONU A/HRC/39/17/Add.3, 10 de agosto de 2018.

Comisión y Subcomisión de Derechos Humanos:

Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo de Poblaciones Indígenas en su 4ª Sesión, Estudio sobre el problema de la discriminación contra la población indígena, Presidenta-Relatora, Erica-Irene A. Daes. Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1985/22, de 27 de agosto de 1985, Anexo III.

Naciones Unidas, Subcomisión para la prevención de la Discriminación y Protección de Minorías, Informe del Relator José Martínez Cobo, Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas – Conclusiones, Propuestas y recomendaciones. Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4.

Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Documento de Trabajo de la Presidenta-Relatora, Sra. Erica-Irene A. Daes, sobre el concepto de "pueblo indígena", Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 de junio de 1996 y Add. 1.

Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Prevención de la Discriminación y Protección de los Pueblos Indígenas, La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales, Informe final de la Relatora Especial, Erica-Irene A. Daes. Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/2004/30, 13 de Julio de 2004.

Otros documentos:

Naciones Unidas, Oficina Alto Comisionado Derechos Humanos Naciones Unidas, Derechos de las minorías: Normas internacionales y orientaciones para su aplicación. Nueva York y Ginebra, 2010. Doc. ONU HR/PUB/10/3.

Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «Proteger, Respetar y Remediar», Nueva York y Ginebra, 2011. Doc. ONU HR/PUB/11/04.

Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas:

Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Estudio sobre el consentimiento libre, previo e informado: un enfoque basado en los derechos humanos. Doc. ONU A/HRC/39/62, 10 de agosto de 2018.

Submissions:

Amnesty International, Submission to the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples – Study on Free, Prior and Informed Consent. March 2018, (Index: IOR 40/8138/2018).

Indian Law Resource Center, Submission to the Expert Mechanism's Study on Free, Prior and Informed Consent. Febrero de 2018.

Convenios de la Organización Internacional del Trabajo:

Convenio N° 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Adoptado en la Sesión 76 de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) en 1989. Entró en vigor el 5 de septiembre de 1991.

Convenio N° 107 de la OIT, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes Adoptado en la Sesión 40 de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), el 26 de junio de 1957. Entró en vigor el 2 de junio de 1959. (Instrumento derogado).

Convenio N° 50, sobre el Reclutamiento de Trabajadores Indígenas, adoptado el 20 de junio de 1936 en la 20ª Reunión de la CIT. Entró en vigencia el 8 de septiembre de 1939.

Informes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR):

CEACR, Observación individual sobre Guatemala, Doc. OIT 062006GTM169 (2006).

CEACR, Observación individual sobre Ecuador, Doc. OIT 062010ECU169 (2010).

CEACR, Observación general, 2010/81. CEACR-2010-O-S20-GEN-Sp.doc/v.3.

CEACR, Informe general y observaciones en relación a determinados países, Ref.: ILC.100/III/IA, de 16 de febrero de 2011.

CEACR, Observaciones sobre el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (No. 169) Chile, Doc. OIT, (09663) 2013-102-1^a.

Informe del Comité encargado de examinar la reclamación contra Bolivia presentada por la Central Obrera Boliviana (COB) (GB.272/8/1):(GB.274/16/7), 1999.

Informe del Comité encargado de examinar la reclamación contra Guatemala, presentada por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC) (GB.294/17/1):(GB.299/6/1), 2007.

Informe del Comité encargado de examinar la reclamación contra Brasil, presentada e por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF), (GB.295/17):(GB.304/14/7), 2009.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- AGUILAR CAVALLO, G. (2010), “¿Emergencia de un derecho constitucional común? El caso de los pueblos indígenas (Parte I)”, *Revista Derecho del Estado*, N°25, pp. 41-83.
- AGUILAR CAVALLO, G. (2017), “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete auténtico y final del corpus iuris interamericano y su impacto en el derecho nacional”, en NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO Y AGUILAR CAVALLO, *Control de convencionalidad, corpus iuris y ius commune interamericano*, Ed Cecoch - Editorial Triángulo, pp. 158-184.
- AGUIRRE ARANGO, J. P. (2007), “La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista de Derechos Humanos*, 5(8), pp. 73-97.
- ALLARD, C. (2018), “The Rationale for the Duty to Consult Indigenous Peoples: Comparative Reflections from Nordic and Canadian Legal Contexts”, *Arctic Review on Law and Politics*, vol. 9, pp. 25-43.
- ALVA ARÉVALO, A. (2014), “El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Derecho Internacional”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, n.º 76, Bilbao, Universidad de Deusto.
- ÁLVAREZ, N. (2009), “The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination and the Evolution of the Concept of Racial Discrimination”, en FELIPE GÓMEZ ISA y KOEN DE FEYTER (eds.), *International Human Rights Law in a Global Context*, Deusto, Bilbao, pp. 351-373.
- ALSTON, P. (2001), *Peoples' Rights - Their Rise and Fall*, Oxford University Press.
- ANAYA, S. J. (1993), “A Contemporary Definition of the International Norm of Self-Determination”, *3 Transnational Law & Contemporary Problems* 131.

- ANAYA, S. J. (2004), *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford University Press.
- ANAYA, S. J. (2005), "Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources", *Arizona Journal of International and Comparative Law*. Vol. 22. No. 1, pp. 7-17.
- ANAYA, S. J. (2010a), "The evolution of the concept of indigenous peoples and its contemporary dimensions", en SALOMON, E. (ed.), 2010, *Perspectives on the rights of minorities and indigenous peoples in Africa*, Pretoria University Law Press (PULP), p. 23-43.
- ANAYA, S. J. (2010b), "El Derecho de los Pueblos a la Libre Determinación tras la Adopción de la Declaración", en CLAIRE CHARTERS & RODOLFO STAVENHAGEN (eds.), *El desafío de la Declaración: Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, IWGIA, pp. 194-209.
- ANAYA, S. J. (2013), *El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del Derecho Internacional*. Conferencia en el Evento "El rol de los Ombudsmen en América Latina: El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas". Lima, Perú. Disponible en línea: <http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional> [Consultado el 3 de diciembre de 2018].
- ANAYA, S. J. & GROSSMAN, C. (2002), "The Case of *Awas Tingni v. Nicaragua*: A Step in the International Law of Indigenous Peoples", *19 Arizona Journal of International and Comparative Law* 1, 2.
- ANAYA, S. J. & WIESSNER, S. (2007), *The U.N. Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards Re-empowerment*, Jurist, Legal News and Research. Recurso en línea:

<https://www.jurist.org/commentary/2007/10/un-declaration-on-rights-of-indigenous-2/> [Consultado el 2 de mayo de 2019].

ANAYA, S. J. & RODRÍGUEZ-PIÑERO, L. (2018), “The Making of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, en JESSIE HOHMANN & MARC WELLER (eds.), *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, A Commentary*, pp. 38-63.

ANTELO, M. (1938), *La Técnica Consultiva en el Derecho de Gentes: ensayo sobre la consulta intergubernamental en función ejecutiva*, Rosario, Universidad Nacional Del Litoral.

ANTKOWIAK, T. M. (2013), “Rights, Resources and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court”, *35 University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 35, No. 1, pp. 113-119.

APARICIO WIHELMI, M. (2002), *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, Cedecs Editorial, Barcelona, p. 5.

APARICIO WIHELMI, M. (2006), “El derecho de los Pueblos Indígenas a la Libre Determinación”, en MIKEL BERRAONDO (coord.), *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, p. 402.

ARANGO RIVADENEIRA, R. (2005), *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá.

ARIZA, L., & BONILLA, D. (2007), “El pluralismo jurídico: Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico”, en J. Griffiths, M. Sally Engle y B. Tamanaha (eds.), *El debate del pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del hombre, pp. 19-85.

ASOCIACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Committee on Formation of Customary International Law (2000), *Final Report of the Committee Statement of Principles Applicable to the Formation of Rules of General Customary International Law*, p.17.

- AYALA CORAO, CARLOS M. (2003), “Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos”, en FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO (coord.) *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), pp. 851-874.
- BALUARTE, D. C. (2004), “Balancing Indigenous Rights and a State's Right to Develop in Latin America: The Inter- American Rights Regime and ILO Convention 169”, *Sustainable Development Law and Policy*, Vol. 4 (2), pp. 9-12.
- BANKES, N. (2009), “International Human Rights Law and Natural Resources Projects within the Traditional Territories of Indigenous Peoples”, 47 *Alberta Law Review*, pp. 457-479.
- BARELLI, M. (2012) “Free, Prior and Informed Consent in the Aftermath of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Developments and Challenges Ahead”, *The International Journal of Human Rights*, Vol. 16, No. 1, pp. 1-24.
- BARRERO ORTEGA, A. (2019), *Nuevos Derechos y Garantías*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BARSH, R. L. (1994), “Indigenous peoples in the 1990s: from object to subject of international law”, *Harvard Human Rights Journal*, 7, 33.
- BAXI, U. (2007). *The future of human rights*. Oxford University Press.
- BAZAN, V. (2007), “Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica”. *Anuario Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, Fundación Konrad Adenauer, pp. 37-61.
- BINDER, C. (2012), The Prohibition of Amnesties by the Inter- American Court of Human Rights. *International Judicial Lawmaking: On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, vol. 236, no. 16, pp. 295-328.

- BOTERO MARINO, C. (2003), “Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte constitucional”. *Precedente. Revista Jurídica*, (-), 45-87. <https://doi.org/10.18046/prec.vo.2039> (Consultado el 9 diciembre 2018).
- BRONSTEIN, A. (1998), *Hacia el Reconocimiento de la Identidad y de los Derechos de los Pueblos Indígenas en América Latina: Síntesis de una Evolución y Temas para Reflexión*, Equipo Técnico Multidisciplinario (ETM), Pueblos Indígenas, OIT.
- BURKE, S. (2011), “Indigenous Reparations Re-Imagined: Crafting a Settlement Mechanism for Indigenous Claims in the Inter-American Court of Human Rights, 20 MINN. J. INT’L L. 123, 123–43.
- BUSTILLO MARÍN, R. (2013), *Líneas jurisprudenciales. El control de convencionalidad: la idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, p. 6.
- CAJÍAS, B. & HEINS, C. (eds.) (2012), *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*, La Paz, Fundación Konrad Adenauer, 2012, pp. 79-114.
- CAPPELLETTI, M. (1987), “Justicia constitucional supranacional. El control judicial de las leyes y la jurisdicción de las libertades a nivel internacional”, trad. de Luis Dorantes Tamayo, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, p. 240.
- CAPOTORTI, F. (1991), *Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas y lingüísticas*, Centro de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Nueva York, 1991, E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1. p.6.
- CARBONELL, M. (2003), “La constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina: una aproximación teórica”, *Boletín*

- Mexicano de Derecho Comparado, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, p. 1.
- CARINO, J. (2005), “Indigenous Peoples’ Right to Free, Prior, Informed Consent: Reflections on Concepts and Practice”, 22 *ARIZ. J. INT’L & COMP. LAW* 19.
- CARRILLO SALCEDO, J.A. (2001), *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, p. 33
- CASSESE, A. (1995), *Self-determination of peoples: a legal reappraisal* (No. 12). Cambridge University Press, p. 144.
- CASSESE, A. (1991), *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. (Traducción de Atilio Pentimalli Melacrino y Blanca Ribera de Madariaga). Editorial Ariel, p. 235.
- CASTILLA, KARLOS, (2011), “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, pp. 593-624.
- CASTILLO CÓRDOVA, L. (2007), *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra, Lima 2007, p. 200
- CHUJI, M., BERRAONDO, M, y DÁVALOS, P. (2010), *Derechos Colectivos De Los Pueblos y Nacionalidades: Evaluación De Una Década, 1998-2008*. IWGIA, p. 27.
- CIDH, (2013), *Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Informe-Pueblos-Indigenas-Aislamiento-Voluntario.pdf>.
- CLAVERO SALVADOR, B. (1994), *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo XXI Editores, México, pp. 119 y 120.
- CLAVERO SALVADOR, B. (2000), “De los Ecos a las Voces, de las Leyes Indigenistas a los Derechos Indígenas”, in *Alteridades*, Vol. 10, No. 19,

pp. 21-39.

CLAVERO SALVADOR, B. (2006), “Derechos indígenas y constituciones latinoamericanas”, en MIKEL BERRAONDO (coord.), *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 313-338.

CLAVERO SALVADOR, B. (2010), “Supremacismo Cultural, Constituciones de Estados y Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, en CLAIRE CHARTERS & RODOLFO STAVENHAGEN (eds.), *El desafío de la Declaración: Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, IWGIA pp. 366-373.

CLAVERO SALVADOR, B. (2012a), “Tribunal Constitucional en Estado plurinacional: el reto constituyente de Bolivia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 94, pp. 29-60.

CLAVERO SALVADOR, B. (2012b), *Bolivia: La Consulta en Serio*, La Línea de Fuego, 31 mayo 2012. Accesible en:

<https://lalineadefuego.info/2012/05/31/bolivia-la-consulta-en-serio-por-bartolome-clavero/> [consultado el 3 de mayo de 2019].

CLAVERO SALVADOR, B. (2013), “Constitucionalización mexicana de los derechos humanos, inclusive los derechos de los pueblos indígenas”. *Revista española de derecho constitucional*, vol. 33, no. 97, pp. 181-199.

CLAVERO SALVADOR, B. (2015), “Consulta Indígena e Historia Colonial: Colombia y las Américas, de México a Bolivia, entre Derechos Humanos y Derecho Constitucional, 1989-2014”, *Quaderni Fiorentini XLIV*, Tomo 1, pp. 589-661.

CLAVERO SALVADOR, B. (2016), *Constitucionalismo latinoamericano: estados criollos entre pueblos indígenas y derechos humanos*, Olejnik, Chile.

- CLAVERO SALVADOR, B. (2017), “Constitutionalismo y colonialismo en las américas, El paradigma perdido en la historia constitucional”. *Revista de Historia del Derecho*, N° 53, pp. 23-39.
- CONTESSÉ, J. & LOVERA, D. (2011), “El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena: prólogo del incumplimiento”, *Anuario de Derecho Público* (1), 127-151.
- CORTE I.D.H. (2015), Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, N° 11: Pueblos Indígenas y Tribales. Claudio Nash y Konrad Adenauer Stiftung.
- CORREA, M.B. (2010), “Indigenous Movements, and the Writing of a New Constitution in Ecuador”, *Latin American Perspective*, 38, pp. 47–62.
- COURTIS, C. (2009), “Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina”, *SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 6, No. 10, pp. 52-81.
- CRUZ VILLALÓN, P. (1980), “El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, No. 13, pp. 145-168.
- DAVIS, M. (2008), “Indigenous Struggles in Standard-Setting: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, 9 *Melbourne Journal of International Law*, pp. 439-59.
- DE CARRERAS, F. (2017), “¿Democracia Directa versus Democracia Representativa?”, en EVA SAENZ ROYO y CARLOS GARRIDO LÓPEZ (coords.), *La Funcionalidad del Referéndum en la Democracia Representativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 23-43.
- DE LA CRUZ, R. (1996) “Los Derechos de los Indígenas. Un tema milenario cobra nueva fuerza”, en RAMÓN TORRES GALARZA (comp.), *Derechos de los Pueblos Indígenas. Situación Jurídica y Políticas de Estado*, CEPLAES, Ecuador.

- DE PUY, H. F. (2001), *A Bibliography of the English Colonial Treaties with the American Indians, Including a Synopsis of Each Treaty*, The Lawbook Exchange, Ltd..
- DÍAZ MÜLLER, L. (1991), “Las Minorías Étnicas en Sistemas Federales: ¿Autodeterminación o Autonomía?”, en *Aspectos Nacionales e Internacionales sobre Derecho Indígena*, Universidad Autónoma de México, México, p. 58.
- DIEZ DE VELASCO, M. (2013=1973), *Instituciones de derecho internacional público* (18ª ed.). Madrid: Tecnos, p. 660.
- DÍEZ-PICAZO, L. M. (2001), "Nota sobre la renuncia a los derechos fundamentales", *Persona y Derecho*, 45, pp. 133-138.
- DODSON, P. (2007), “‘Welcoming Speech’, Position of Indigenous People in National Constitutions Conference, Canberra, 4 June 1993”, citado en BAIN ATTWOOD & ANDREW MARKUS, *The 1967 Referendum: Race, Power and the Australian Constitution* (2nd ed.), pp. 146–7.
- DOYLE, C. M. (2014), *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources: The transformative role of free prior and informed consent*. Routledge.
- DULITZKY, A. (2010), “Cuando los afrodescendientes se transformaron en “pueblos tribales”: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las comunidades rurales negras”, *El Otro Derecho*, núm. 41, pp. 13-48.
- DULITZKY, A.E. (2015), “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, *Texas International Law Journal*, vol. 50, no. 1, pp. 45-93.
- EBERT, F.C. & OELZ, M. (2012), “Bridging the gap between labour rights and human rights: The role of ILO law in regional human rights courts”, *International Institute for Labour Studies*, vol. DP/212/201.

- EIDE, A. (1989), “Realization of social and economic rights: The minimum threshold approach”, *ICJ Review*, No. 43, pp. 40-52.
- EIDE, A. (1992), “Segundo informe sobre la marcha de los trabajos, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías”, 44° período de sesiones, E/CN.4/Sub.2/1992/37, p. 23, párrafos 100-101.
- ERRICO, S. (2007), “The Draft UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: An Overview”, *7 Human Rights Law Review*, 741.
- ERRICO, S. (2017), “The American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, *ASIL Insights*, Vol. 21, Issue 7.
- ERRICO, S. (2018), “Control over Natural Resources and Protection of the Environment of Indigenous Territories”, en JESSIE HOHMANN & MARC WELLER (eds.), *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Commentary*. Oxford University Press.
- FERRER MAC-GREGOR, E. (2015), “Symposium: The Constitutionalization of International Law in Latin America – Conventionality Control, The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights”. *AJIL Unbound*, vol. 109, pp. 93–99.
- FIGUERA VARGAS, S. y ARIZA LASCARRO, A. (2015), “Derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano”, *Revista de Estudios Sociales*, 53, pp. 65-76.
- FUENZALIDA, S. (2015), “Desarrollo de la Jurisprudencia en Chile sobre la Consulta Indígena: Los Casos del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema”, *Revue Quebécoise de Droit International, Special Edition*, pp. 149-177.
- GALVIS, M. C. Y RAMÍREZ, A. M. (2013), *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*, Washington, Fundación para el Debido Proceso, pp. 71-220.

- GARCÍA HIERRO, P. (2001), “Territorios Indígenas: Tocando las Puertas del Derecho”, *Revista de Indias*, Vol. LXI, Núm. 223, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, p. 640.
- GARGARELLA, R. (2013), *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y Derechos Indígenas. Una Breve Introducción*. Boletín Onteaiken No. 15.
- GARGARELLA, R. & COURTIS, C. (2009), “El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, Promesas e Interrogantes”, *Serie Políticas Sociales*, N°153, CEPAL.
- GARCÍA SERRANO, F. (2014), “Territorialidad y autonomía, proyectos minero-energéticos y consulta previa: el caso de los pueblos indígenas de la Amazonia ecuatoriana”. *Anthropologica*, vol. 32, no. 32, pp. 71-86.
- GISMONDI G. (2007), “Denial of Justice: The Latest Indigenous Land Disputes before the European Court of Human Rights and the Need for an Expansive Interpretation of Protocol 1”, *Yale Human Rights and Development Journal*, Volume 18, Issue 1.
- GLENDON, M.A. (2003), “The Forgotten Crucible: The Latin American Influence on the Universal Human Rights Idea”, *16 Harvard Human Rights Journal*, 27.
- GLENN, H. P. (2011), “The Three Ironies of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, en STEPHEN ALLEN & ALEXANDRA XANTHAQUI, *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Bloomsbury Publishing, pp. 171-183.
- GLOVER, J. (2014), *Paper Sovereigns: Anglo-Native Treaties and the Law of Nations, 1604-1664*. University of Pennsylvania Press.
- GÓMEZ ROBLEDO, J. M. (2009), “La Implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno: una Tarea Pendiente”, *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia de la Corte*

- Interamericana de Derechos Humanos*, México D. F.: Unam-SER, pp. 127-150.
- GÓMEZ RIVERA, M. (2013), “Los Pueblos Indígenas y la Razón de Estado en México: Elementos para un Balance”, *Nueva antropología*, vol. 26, no. 78, México, pp. 43-62.
- GÓMEZ ISA, F. (2014), “Cultural Diversity, Legal Pluralism, and Human Rights from an Indigenous Perspective: The Approach by the Colombian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights”. *Human Rights Quarterly*, vol. 36(4), pp. 722-755.
- GONZÁLEZ GALVÁN, J.A. (2002), *Constitución y derechos indígenas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- GRANADOS, S.A.R. (2015), “Derecho a la consulta y la participación de los pueblos indígenas, la experiencia constitucional en los casos de México y Chile”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 48, no. 144, pp. 1083-1117.
- GROTIUS, H. (1987). *Del derecho de presa; Del derecho de la guerra y de la paz: textos de las obras De Iure Praedae y De Iure Belli ac Pacis* (1604), Edición bilingüe: P. Mariño Gómez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- GUARANDA MENDOZA, W. (2009), “La Consulta Previa y el Derecho a la Resistencia”, *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Serie Investigación # 14, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), pp. 141-187.
- GUDYNAS, E., (2009) “Diez tesis urgentes sobre el nuevo extractivismo”, en: *Extractivismo, política y sociedad*, CAAP (Centro Andino de Acción Popular) y CLAES (Centro Latino Americano de Ecología Social), pp. 187-225.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C. (1995), *Derecho Internacional Público*, citado en DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público* (18ª ed.), Madrid, Tecnos, p. 199.

- HENRIKSEN, J. B. (2008), “The continuous process of recognition and implementation of the Sami people’s right to self-determination”, *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 21, no. 1, pp. 27-40.
- HOOKER, J. (2008), *Afro-descendant Struggles for Collective Rights in Latin America, Between Race and Culture*, New Social Movements in the African Diaspora, *Souls* 10 (3), pp. 279-291.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. (1988), “La Convención Interamericana en el Derecho Interno”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 7, pp. 25-43.
- KOIVUROVA, T. (2011), “Jurisprudence of the European Court of Human Rights Regarding Indigenous Peoples: Retrospect and Prospects”, *18 International Journal on Minority and Group Rights* 1.
- KOVACS, P. (2015), “Indigenous Issues under the European Convention of Human Rights, Reflected in an Inter-American Mirror”, *George Washington International Law Review* 48, p. 781.
- KYMLICKA, W. (1996), *Ciudadanía Multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona etc.: Paidós.
- KYMLICKA, W. (2008), “The internationalization of minority rights”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 6, Issue 1, pp. 1–32.
- LAWLOR, M. (2003), “Indigenous Internationalism: Native Rights and the UN”, *1 Comparative American Studies: A Journal* 351.
- LITTLECHILD, W. (2010), “El triunfo de los pueblos indígenas es un triunfo para todo el mundo”, en CLAIRE CHARTERS & RODOLFO STAVENHAGEN (eds.), *El desafío de la Declaración: Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, IWGIA, pp. 396-402.
- LÓPEZ BÁRCENAS, F. (2006), “Autonomía y Derechos Indígenas en México”, *Cuadernos de Deusto*, Universidad de Deusto.

- LÓPEZ BÁRCENAS, F. (2013), *El Derecho de los Pueblos Indígenas de México a la Consulta*, Servicios para una Educación Alternativa A.C.
- LLORENTE, F. R. (1989), “El bloque de constitucionalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (27), 9-37.
- MACKAY, F. (2011), *Amicus Curiae Brief in the Case of the Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Forest People Programme, Amsterdam.
- MACKLEM, P. (1993), “Distributing Sovereignty: Indian Nations and Equality of Peoples”, *Stanford Law Review*, Vol. 45.
- MARTÍNEZ DE BRINGAS, A. (2008), “Los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos en la Constitución de Bolivia. El difícil reto normativo de la interculturalidad”, *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 81, pp. 111-135.
- MARTÍNEZ ESPINOZA, M. I. (2015), “Reconocimiento sin implementación, Un balance sobre los derechos de los pueblos indígenas en América Latina”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Vol. 60 (224), pp. 251-278.
- MARTI I PUIG, S. & SANAHUJA, J. M. (2004), *Etnicidad, autonomía y gobernabilidad en América Latina*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- MATÍAS MEZA-LOPEHANDÍA, G. (2016), “La jurisprudencia del multiculturalismo en Chile: la consulta previa indígena ante tribunales”, *Revista de Ciencias Sociales*, Número 69, pp. 13-52.
- McCORQUODALE, R. (2004), “An Inclusive International Legal System”, *17 Leiden Journal of International Law*, p. 477.
- MEDINA QUIROGA, C. (2005), “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en CORTE IDH, *La Corte Inter-Americana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos

- Humanos, pp. 246-257.
- MEIJKNECHT, A. (2001), *Towards international personality: the position of minorities and indigenous peoples in international law* (Vol. 10). Intersentia nv.
- MELO CEVALLOS, M. (2009), “Los Derechos Indígenas en la Nueva Constitución”, *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Serie Investigación # 14, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), pp. 97-111.
- MERON T. (2006), *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers. Leiden, Boston.
- MIAJA DE LA MUELA, A. (1966), “Problemática permanente y realidades actuales acerca de la personalidad en Derecho Internacional”. *Anales de la Universidad de La Laguna*, p. 43.
- MILLER, R. J. (2000), *American Indians and the United States Constitution*, P. 5.
- Disponible en: <http://www.flashpointmag.com/amindus.htm> (Consultado el 18 diciembre 2018).
- MILLER, R. J. (2006), *Native America, discovered and conquered: Thomas Jefferson, Lewis & Clark, and manifest destiny*. Greenwood Publishing Group.
- MILLER, R. J. (2015), “Consultation or Consent: The United States Duty to Confer with American Indian Governments”, *North Dakota Law Review*, Vol. 91.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, A. (2010), “¿De qué hablamos cuando hablamos de constitucionalismo multicultural?”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. XXVIII, pp. 87-116.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, A. (2017), “Los modelos de democracia participativa en el constitucionalismo andino: los casos de Venezuela y Bolivia”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 107-I. Pp.

171-197.

- OACNUDH (2012), *Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay*, OACNUDH, AECID.
- O VALLE FAVELA, J. (2012), “La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno de los Estados Latinoamericanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLV, núm. 134*, pp. 595-623.
- O'FLAHERTY, M. (2006), “The Concluding Observations of United Nations Human Rights Treaty Bodies”, *Human Rights Law Review*, Volume 6, Issue 1, pp. 27–52
- OIT (2009), *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*, p. 61 y 65
- OLIVA, J. D. (2005), “Un intento de fundamentación de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el ordenamiento internacional”, en: M.A. WILHELMI, *Caminos hacia el reconocimiento: pueblos indígenas, derechos y pluralismo*, Universidad de Girona, p. 51.
- PAGE, A. (2004), “Indigenous Peoples' Free Prior and Informed Consent in the Inter-American Human Rights System”, *4 Sustainable Development Law and Policy* 16.
- PALACIOS, L.Á.P. (2014), “Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas”, *ACDI Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 7, pp. 69-111.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A. (2012), *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 16.^a ed., Madrid, p. 280.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (2001). “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos”, en FCO. JAVIER ANSUATEGUI ROIG (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos* (No. 1). Librería-Editorial Dykinson, pp.

259-271.

- PINEDA, R. (2002), “Estado y Pueblos Indígenas en el Siglo XX. La Política Indigenista entre 1886 y 1991”, *Revista Credencial Historia*, 146.
- PONTE IGLESIAS, M.T. (2013), “Derechos humanos y pueblos indígenas de Venezuela”, *Dereito Vol. 22*, pp. 499-531.
- POPOLO, F. Del, JASPERS, D. y CEPAL, N., (2014) *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Síntesis*, Naciones Unidas, Chile.
- POPOWICH, M. (2006), “The National Energy Board as Intermediary Between the Crown, Aboriginal Peoples, and Industry”, *44 Alberta Law Review* 837, 839, p. 851.
- QUANE, H. (2011), “The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: New Directions for Self-Determination and Participatory Rights?”, en STEPHEN ALLEN & ALEXANDRA XANTHAQUI, *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Bloomsbury Publishing, p. 260.
- REMIRO BROTONS, A. (2007), *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 200.
- REY CANTOR, E. (2008), *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Editorial Porrúa, p. 43, 46 y 47.
- RIBERA, T. (2002), “Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional en Chile”. *Comentarios de Carlos Peña*, Centro de Estudios Públicos, Santiago, Serie Documentos de trabajo, núm. 343, p. 10
- RÍOS-FIGUEROA, J. (2016), *Constitutional Courts as Mediators: Armed Conflict, Civil-Military Relations, and the Rule of Law in Latin America*, Cambridge University Press.
- ROBLEDO, F. J. (2002), “Tutela Constitucional de los Derechos de los Pueblos Indígenas”, *Ius et Praxis*, 8(2), 195-216.

- RODRÍGUEZ G.A. (2014), *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: GIZ/Universidad del Rosario.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C. & MORRIS, M. (2010), *La consulta previa a los pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*, Documento número 2, Justicia Global, Universidad de los Andes, p. 59.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (2012), *Etnicidad.gov: los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, L. (2005), *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime, 1919-1989*, Oxford University Press.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, L. (2011), “The Inter-American System and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Mutual Reinforcement”, en STEPHEN ALLEN & ALEXANDRA XANTHAQUI (eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford Hard: Publishing. Pp. 457-484.
- RIVAS TOLEDO, A. (2005), *Los pueblos indígenas en aislamiento desde los derechos humanos y la conservación de la biodiversidad: Informe de participación en el Primer Encuentro sobre Pueblos Indígenas Aislados de la Amazonía y El Chaco*, Unión Mundial para la Naturaleza (UICN), Quito. pág. 7.
- RUILOBA SANTANA, E. (1979), “Una Nueva Categoría en el Panorama de la Subjetividad Internacional: El Concepto de Pueblo”, en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Vol. I, Tecnos, Madrid, pp. 305-314.
- RUIZ MOLLEDA, J. C. (2014.), *La consulta previa de los pueblos indígenas del Perú Compendio de legislación y jurisprudencia*. Instituto de Defensa Legal (IDL).

- RUIZ VIEYTEZ, E. J. (2006), *Minorías, inmigración y democracia en Europa: Una lectura multicultural de los derechos humanos*. Tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ, C. (1999), *Los pueblos indígenas: del indigenismo a la autonomía*. Siglo XXI, pp. 60-79.
- SAUL, B. (2016), *Indigenous peoples and human rights: International and regional jurisprudence*. Bloomsbury Publishing, p. 12.
- SCHULTE-TENCKHOFF, I. & KHAN, H. (2011), “The Permanente Quest for a Mandate: Assessing the UN Permanent Forum on Indigenous Issues”, *Griffith Law Review*, vol. 20 (3), pp. 673-701.
- SEFERIADES, S. (1939), *Eine Rundfrage der Friedenswarte über das Problem der Konsultation, Die Friedens-Warte* (1939), pp. 35-40, citado en SKOUTERIS, T. (2005), “The Vocabulary of Progress in Interwar International Law: An Intellectual Portrait of Stelios Seferiades”, *European Journal of International Law*, Vol. 16, Issue 5, 1, pp. 823-856.
- SHELTON et al. (2012), *Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial*, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, IWGIA, y el Instituto de Promoción Estudios Sociales, IPES.
- SIEDER, R. (2002), *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, Palgrave Macmillan, New York, p. 6.
- SWEPSTON, L. (1990), “A new step in the international law on indigenous and tribal peoples: ILO Convention No. 169 of 1989”, *Oklahoma City University Law Review*, Vol. 15, No. 3, pp. 677-716.
- THORNBERRY, P. (2002), *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester University Press.
- TODOROV, T. (1992), *The Conquest of America: The Question of the*

- Other*, New York, Harper & Row.
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. (2001), *Los pueblos indígenas en el orden internacional*, Dykinson, Madrid.
- TRIGGS, G. (1992), “The rights of “peoples” and individual rights: conflict or harmony”, en JAMES CRAWFORD, *The Rights of Peoples*, Clarendon Press, Oxford.
- UPRIMNY, R. (2011), “The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges”, *Texas Law Review* 89(7), pp. 1587-1609.
- VAN ASBECK, F. M. (1976), “Les réponses au questionnaire sur la consultation”, en *International Society in search of a transnational legal order*, Brill/Nijhoff.
- VAN COTT, D. L. (2000), *The friendly liquidation of the past: the politics of diversity in Latin America*. University of Pittsburgh Press.
- VAN DER VLIST, L. & RICHERT, W. (2012), *FSC guidelines for the implementation of the right to free, prior and informed consent (FPIC)*, Forest Stewardship Council International Center, pp. 11-13.
- VARESE, S. (2010), “Indigenous peoples contesting State nationalism and corporate globalism”, en CHOMSKY, N. & MEYER, L. (ed.), (2010), *New World of Indigenous Resistance*, City Lights Books, pp. 259-277.
- VÁZQUEZ, N. (2006), “¿Complementariedad o Subordinación? Distintas Maneras de Entender la Relación Entre Mujeres y Hombres en el Mundo Indígena”, en MIKEL BERRAONDO (ed.) *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, 293.
- WARD, T. (2011), “Right to Free, Prior, and Informed Consent: Indigenous Peoples’ Participation Rights within International Law”, *The Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 10, no. 2, pp. 54-84.
- WIESSNER, S. (1999), “Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global

- Comparative and International Legal Analysis”. *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 12, Harvard University Press, pp. 57-128.
- WILLIAMS, Jr, R. A. (1990), *The American Indian in western legal thought: the discourses of conquest*. Oxford University Press.
- WOLFRUM, R. (1999), “The Protection of Indigenous Peoples in International Law”. *Max Planck YBUNL*, 3, 489, pp. 369-382.
- YRIGOYEN FAJARDO, R. Z (2004), *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*. *El Otro Derecho* 30, pp. 171-195.
- YRIGOYEN FAJARDO, R. Z. (2009), “De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento”, *El Otro Derecho No. 40*. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, pp. 11-55.
- YRIGOYEN FAJARDO, R. Z. (2011), “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en CESAR GARAVITO (Comp.), *El derecho en América Latina, Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, pp. 139-161.
- YRIGOYEN FAJARDO, R. Z. (2013), *Litigio Estratégico en Derechos Indígenas. La Experiencia de la Comunidad Nativa “Tres Islas”. Madre de Dios-Perú*, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad y GIZ.
- YUPSANIS, A. (2011), “The International Labour Organization and its Contribution to the Protection of the Rights of Indigenous Peoples”, *Canadian Yearbook of International Law*, 49, pp. 117-176.
- XANTHAKI, A. (2007), *Indigenous rights and United Nations standards: self-determination, culture and land*, Cambridge University Press.
- XANTHAKI A. (2009), “Indigenous Rights in International Law over the Last 10 Years and Future Developments”, *10(1) Melbourne Journal of*

International Law 27.