

**Buenas prácticas**

# Buenas prácticas en procesos de consulta previa identificadas por las defensorías del pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú



**Buenas prácticas**

# Buenas prácticas en procesos de consulta previa identificadas por las defensorías del pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú



FEDERACIÓN IBEROAMERICANA  
DEL OMBUDSMAN

## **Consejo Rector de la Federación Iberoamericana del Ombudsman**

### **Presidente**

Sr. Manuel María Páez Monges, Defensor del Pueblo de la República de Paraguay

### **Vicepresidenta Primera**

Lic. Lilia Herrera Mow, Defensora del Pueblo de la República de Panamá

### **Vicepresidente Segundo**

Dr. Rolando Villena Villegas, Defensor del Pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia

La elaboración de esta sistematización ha sido posible gracias a la participación activa de las defensorías del Pueblo de Colombia, Ecuador y Bolivia. Contó con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) y la canasta de fondos de la Defensoría del Pueblo. Se agradece también la asistencia técnica de la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit – GIZ, a través de los proyectos PROFIO y Promoviendo la Implementación del Derecho a la Consulta Previa.

### **Elaboración de la sistematización**

Maite Bustamante de Almenara y Carla Cabanillas Linares

### **Dirección**

Nelly Herminia Aedo Rueda, Jefa del Programa de Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo del Perú

Alicia Abanto Cabanillas, Defensora Adjunta para el Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas.

Se autoriza la reproducción total o parcial de esta publicación siempre que se cite la fuente.

### **Defensoría del Pueblo**

Jirón Ucayali N° 394 – 398 Lima – Perú

Teléfono: (511) 311-03300 Fax: (511) 426 – 7889

Línea gratuita: 0800 - 15170

Correo electrónico: [defensor@defensoria.gob.pe](mailto:defensor@defensoria.gob.pe)

Página web: <http://www.defensoria.gob.pe>

**Diseño y diagramación:** Crea Comunicaciones, Managua, Nicaragua

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional de **XXXXXXX**

Impreso en **XXXXXXX**

Dirección **XXXXX**

Primera edición: Lima, Perú, febrero de 2017

Tiraje: 2000 ejemplares

Esta publicación cuenta con la colaboración de la Cooperación Española, a través de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID). El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de los autores y no refleja, necesariamente, la postura de la AECID.

# Índice

Abreviaturas	10
Prólogos	12
Presentación	18
¿Qué entendemos por buena práctica defensorial en el marco de la implementación del derecho a la consulta previa a pueblos indígenas?	20
Parte I: Sistematización de buenas prácticas de las Defensorías de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú	21
1 Defensoría del Pueblo de Bolivia	21
1.1. El derecho a la consulta previa en Bolivia	21
1.1.1. Contexto histórico	21
1.1.2. Marco normativo	22
1.1.3. Actores en la consulta previa	23
1.1.4. Implementación de las consultas previas	24
1.2. El rol de la Defensoría del Pueblo de Bolivia en la implementación del derecho de consulta previa	25
1.2.1. Normas que habilitan a la Defensoría del Pueblo de Bolivia	25
1.2.2. Actuaciones de la Defensoría del Pueblo de Bolivia en materia de consulta	27

# Índice

1.3	Buena práctica identificada por la Defensoría del Pueblo de Bolivia	28
1.3.1	Intervención defensorial en el marco de la elaboración del anteproyecto de Ley Marco de Consulta Previa	29
1.3.2	Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto 2298, que establece mecanismo de consulta	31
<hr/>		
<b>2</b>	<b>La Defensoría del Pueblo de Colombia</b>	<b>32</b>
2.1	El derecho a la consulta previa en Colombia	32
2.1.1	Marco normativo	32
2.1.2	Actores en la consulta previa	41
2.1.3	Etapas de las consultas previas	44
2.1.4	Implementación de consultas previas	49
2.2	El rol de la Defensoría del Pueblo de Colombia en la implementación del derecho de consulta previa	50
2.2.1	Actuaciones de la Defensoría del Pueblo de Colombia en materia de consulta	51
2.2.2	Instrumentos internos sobre consulta previa	53
2.3	Buena práctica identificada por la Defensoría del Pueblo de Colombia	58
<hr/>		
<b>3</b>	<b>La Defensoría del Pueblo de Ecuador</b>	<b>61</b>
3.1	El derecho a la consulta previa en Ecuador	61

3.1.1. Marco normativo	61
3.1.2. Actores en la consulta previa	63
3.1.3. Implementación de las consultas previas	64
3.2. El rol de la Defensoría del Pueblo en la implementación del derecho de consulta previa	65
3.2.1. Normas que habilitan a la Defensoría del Pueblo de Ecuador	65
3.2.2. Instrumentos internos sobre consulta previa	66
3.2.3. Actuaciones de la Defensoría del Pueblo de Ecuador en materia de consulta	67
3.3. Buena práctica identificada por la Defensoría del Pueblo de Ecuador	69
<hr/>	
<b>4 La Defensoría del Pueblo de Perú</b>	<b>71</b>
4.1. El derecho a la consulta previa en Perú	71
4.1.1. Contexto histórico	71
4.1.2. Marco normativo	72
4.1.3. Actores en la consulta previa	74
4.1.4. Etapas de la consulta previa	76
4.1.5. Implementación de los procesos de consulta	79
4.2. El rol de la Defensoría del Pueblo de Perú en la implementación del derecho de consulta previa	84
4.2.1. Normas que habilitan a la Defensoría del Pueblo de Perú	84

# Índice

4.2.2. Funciones que cumple la Defensoría del Pueblo de Perú en materia de consulta	85
4.2.3. Instrumentos internos de consulta previa	85
4.2.4. Actuaciones de la Defensoría del Pueblo en materia de consulta	89
5. Buena práctica identificada por la Defensoría del Pueblo de Perú	94
<hr/>	
5 Cuadros comparativos del marco normativo de la consulta previa en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú	99
<hr/>	
6 Reflexiones sobre la labor de las Defensorías del Pueblo con relación al derecho a la consulta previa	102
<hr/>	
Parte II: Sistematización de buenas prácticas de las Defensorías del Pueblo invitadas	103
<hr/>	
1 La Defensoría del Pueblo de Argentina	103
1.1. La consulta previa en Argentina	103
1.1.1. Marco normativo interno	103
1.1.2. Estándares internacionales del derecho a la consulta previa vigentes en Argentina	104
1.2. Buena práctica identificada por la Defensoría del Pueblo de Argentina	106
1.2.1. El conflicto	107
1.2.2. Identificación de la medida/identificación de los actores involucrados	108

1.2.3.	Rol asumido por el Defensor del Pueblo de la Nación	109
1.2.4.	Acuerdos preliminares y diseño de la consulta	110
1.2.5	Desarrollo de la consulta	111
1.2.6	Decisión	113
1.2.7.	Reflexiones finales	114
<hr/>		
<b>2</b>	<b>El Ministerio Público Federal de Brasil</b>	<b>115</b>
2.1.	La consulta previa en Brasil	115
2.2.	El rol del Ministerio Público Federal de Brasil en la consulta previa	116
2.3.	La buena práctica identificada por el Ministerio Público Federal de Brasil	117
<hr/>		
<b>3</b>	<b>Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala</b>	<b>119</b>
3.1.	La consulta previa en Guatemala	119
3.1.1.	Marco normativo	119
3.1.2.	Las consultas comunitarias	121
3.2.	Rol de la Procuraduría de los Derechos Humanos con relación al derecho a la consulta previa	122
3.3.	Buena práctica identificada por la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala	124
<hr/>		
	<b>Anexos</b>	<b>126</b>

## Abreviaturas

### GENERAL

**AECID:** Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo

**CADH:** Convención Americana sobre Derechos Humanos

**CADP:** Consejo Andino de Defensores del Pueblo

**Corte IDH:** Corte Interamericana de Derechos Humanos

**DNUDPI:** Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

**FIO:** Federación Iberoamericana del Ombudsman

**GIZ:** Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit. Agencia del Gobierno Federal Alemán especializada en la cooperación técnica para el desarrollo sostenible.

**OEA:** Organización de Estados Americanos

**OIT:** Organización Internacional del Trabajo

### BOLIVIA

**AJAM:** Autoridad Jurisdiccional Administrativa Minera

**APG:** Asamblea del Pueblo Guaraní

**CIDOB:** Confederación de Pueblos Indígenas del Oriente Boliviano

**CONAMAQ:** Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu

**CPESC:** Coordinadora de los Pueblos Étnicos de Santa Cruz

**INRA:** Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria

**NyPIOC:** Naciones y Pueblos Indígenas Originario Campesinos

**TCO:** Tierras Comunitarias de Origen

### COLOMBIA

**ACDI VOCA:** Organización sin fines de lucro para el desarrollo internacional

**ANLA:** Autoridad Nacional de Licencias Ambientales

**CAR:** Corporaciones Autónomas Regionales

**CODECHOCO:** Corporación Autónoma Regional Para el Desarrollo Sostenible del Chocó

**DCP:** Dirección de Consulta Previa

**DIMAR:** Dirección General Marítima. Autoridad Marítima Colombiana

**ICANH:** Instituto Colombiano de Antropología e Historia

**INCODER:** Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, actualmente Agencia Nacional de Tierras

**ONIC:** Organización Indígena de Colombia  
POA:Proyectos, obras o actividades

### ECUADOR

**MAE:** Ministerio del Ambiente de Ecuador

**SHE:** Secretaría de Hidrocarburos

## PERÚ

**ACODECOSPAT:** Asociación Cocama de Desarrollo y Conservación San Pablo de Tipishca

**ACR:** Área de Conservación Regional

**AIDSESP:** Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana

**CCP:** Confederación Campesina del Perú

**CENSI:** Instituto Nacional de Salud

**CN:** Comunidad Nativa

**CNA:** Confederación Nacional Agraria

**CONAP:** Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú

**CUNARC:** Central Única Nacional de Rondas Campesinas

**MINAM:** Ministerio del Ambiente

**MINEM:** Ministerio de Energía y Minas

**MTC:** Ministerio de Transportes y Comunicaciones

**PCM:** Presidencia del Consejo de Ministros

**PROINVERSIÓN:** Agencia de Promoción de la Inversión Privada - Perú

**SERFOR:** Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre

**SERNANP:** Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas

**TUPA:** Texto Único de Procedimiento Administrativo

**VMI:** Viceministerio de Interculturalidad

## ARGENTINA

**ARSAT:** Argentina Satelital

## BRASIL

**EPE:** Empresa de Investigación Energética

**IBAMA:** Instituto Brasileño de Medio Ambiente

**MPF:** Ministerio Público Federal de Brasil

## GUATEMALA

**DIGARN:** Dirección de Gestión Ambiental y Recursos Naturales

**MARN:** Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales

**PDH:** Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala

# Prólogo - Defensorías de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú

Durante las dos últimas décadas, Latinoamérica ha atravesado por un período de estabilidad democrática y de bonanza económica que ha permitido sacar de la pobreza a alrededor de 70 millones de personas.<sup>1</sup> Pese a ello, los pueblos indígenas siguen manteniendo una posición muy vulnerable, aún cuando representan el 8 % de la población de la región, según estadísticas de la FAO al 2015. Esa situación se expresa en tasas especialmente altas de pobreza y discriminación, así como en un limitado acceso a servicios de educación y sanidad, entre otros.<sup>2</sup>

Considerando este escenario, las defensorías del pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú han encontrado en el derecho a la consulta previa, una oportunidad para hacer frente a esas desigualdades. Este derecho es una herramienta que faculta a los pueblos indígenas a participar en el proceso de toma de decisiones de las medidas que puedan afectarles. Al hacerlo, genera espacios de diálogo que les permiten canalizar sus intereses, perspectivas y preocupaciones por vías formales.

La consulta previa se encuentra en la agenda de la región desde 1989, cuando la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.<sup>3</sup> Desde entonces, este tratado ha servido como punto de partida para generar nuevos instrumentos internacionales de protección de derechos indígenas.<sup>4</sup>

Pese a estos avances la implementación de la consulta previa aún está lejos de

<sup>1</sup> Banco Mundial (2015). "Latinoamérica indígena en el siglo XXI" Washington: Banco Mundial. pp.7-8.

<sup>2</sup> FAO (2015) "Comunidades indígenas, la población más vulnerable de América Latina y el Caribe". <<http://www.fao.org/agronoticias/agro-editorial/detalle/es/c/296635/>>

<sup>3</sup> Adoptado en Ginebra por sesión N° 76 de Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989. Entrada en vigor: 05 agosto de 1991.

<sup>4</sup> Como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la reciente Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la OEA, la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de la UNESCO, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y normas de derecho internacional consuetudinario.

ser satisfactoria. Existen diversas dificultades que no permiten su adecuada implementación y supervisión. La falta de información, regulación y experiencia, son algunas de ellas. Sin embargo, la importancia fundamental de su ejercicio, motiva a las Defensorías del Pueblo de la región a trabajar en el ámbito de protección y promoción de este derecho para su fortalecimiento.

Es así que en septiembre de 2015, en el marco del III Taller Regional sobre Consulta Previa, desarrollado en la ciudad de Cartagena, el Consejo Andino de Defensores del Pueblo buscó fortalecer las capacidades de supervisión de las defensorías, con la generación de pautas de acción común que contengan estándares mínimos para el correcto ejercicio del derecho a la consulta previa. Para ello creó el mecanismo de intervención denominado “Estándares Regionales comunes de actuación defensorial para la supervisión de los procesos de consulta previa en las oficinas defensoriales de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú”.<sup>5</sup>

La Defensoría del Pueblo de Perú, a través de su Programa de Pueblos Indígenas, es la encargada de implementar el proyecto. Para lograrlo, cuenta con el apoyo técnico de la *Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ)*, mediante los proyectos “PROFIO” y “Promoviendo la Implementación del Derecho a la Consulta Previa”. Asimismo, este proceso tiene el respaldo financiero de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), sin cuyo soporte no sería posible este esfuerzo conjunto.

Las defensorías de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú comparten la convicción de que este trabajo servirá para mejorar la consulta previa en sus países y así, la situación de los derechos de los pueblos indígenas, con la esperanza de que esta labor conjunta servirá también para irradiar sus aprendizajes institucionales a otras oficinas del ombudsman en la región.

**Walter Gutiérrez Camacho**

Defensor del Pueblo de la República de Perú

**Carlos Alfonso Negret Mosquera**

Defensor del Pueblo de la República de Colombia

**Patricio Benalcázar Alarcón**

Defensor del Pueblo de la República de Ecuador

**David Alonzo Tezanos Pinto Ledezma**

Defensor del Pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia

<sup>5</sup> Las cuatro defensorías comprometidas en el proyecto son miembros del Consejo Andino de Defensorías del Pueblo (CADP) y de la Federación Iberoamericana del Ombudsman (FIO).

## PRÓLOGO-AECID

La democracia, la buena gobernanza de las instituciones y la garantía de los derechos fundamentales están en la base del desarrollo humano y sostenible. Un Estado que quiera elaborar políticas de erradicación de la pobreza requiere instituciones eficaces y representativas, así como sociedades civiles organizadas y fuertes, donde los derechos fundamentales estén garantizados. Esto implica una particular incidencia en el ejercicio de los derechos de los colectivos más vulnerables, con especial atención al respeto de la identidad cultural y los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas.<sup>6</sup>

Pero este no es un camino fácil. Aunque el Convenio 169, principal instrumento internacional sobre derechos de los pueblos indígenas ha sido ratificado por 22 estados, en la práctica existen muchas barreras para poder hacer efectivos los derechos individuales y colectivos que reconoce.

Uno de los derechos reconocidos por el Convenio 169 que más dificultades está encontrando, es el derecho a la consulta previa. Bien sea por el desconocimiento de las características y alcance de la consulta previa definidos en el Convenio 169, bien sea por resistencias a reconocer el papel de un nuevo actor, la realidad es que veintiocho años después de la adopción del Convenio por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), su implantación práctica es muy desigual en los diferentes países de Latinoamérica y, en general, insuficiente.

En su papel de velar por el ejercicio de los derechos, las defensorías pueden jugar un importante papel en la construcción de modelos de ejercicio de la consulta previa. Por ello, saludamos la iniciativa de las defensorías de Perú, Bolivia, Colombia y Ecuador para establecer estándares de actuación defensorial, esfuerzo que apoya la Cooperación Española y que tiene como primer fruto este texto.

<sup>6</sup> Plan Director de la Cooperación Española, 2013-2016.

La Embajada de España en Perú, a través de su Oficina Técnica de Cooperación de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, AECID, ha venido apoyando la aplicación del Convenio 169 a través de diversas iniciativas, tanto con la OIT (proyecto PRO 169), como a diversos estamentos nacionales y regionales con competencias en su aplicación. También ha venido coordinando este apoyo con otras agencias, como la Cooperación Alemana.

Hacemos votos para que este esfuerzo contribuya a un ejercicio efectivo de los derechos individuales y colectivos de los Pueblos Indígenas, y así contribuya a su desarrollo y bienestar.

**Fernando Rey Yébenes**

Coordinador General (e) de la Cooperación Española en Perú

## PRÓLOGO PROFIO – GIZ

El derecho a la consulta previa es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos cuando se toman medidas, legislativas y administrativas, que les puedan afectar cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación. Se fundamenta en el derecho que tienen los pueblos de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Así como, el derecho a decidir sus propias prioridades respecto al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera. No cabe duda que los procesos de consulta previa de los pueblos indígenas, realizados sobre la base de esos principios, son un instrumento para la democracia, la prevención de conflictos, la inclusión social y el desarrollo sostenible.

En Latinoamérica el reto actual es hacer realidad a este derecho de participación de los pueblos indígenas. La cooperación alemana se suma a este reto, al establecer desde 2006 como principios de su cooperación en América Latina, la promoción de los derechos humanos integrales de los pueblos indígenas, incluidos la equidad de género; el consenso previo, libre e informado en la planificación y ejecución de proyectos que afecten a sus intereses; la mejora concreta de sus condiciones de vida, acorde a su especificidad cultural; la no discriminación y la acción sin daño.

Las oficinas de ombudsman o defensorías del pueblo, asociadas en la Federación Iberoamericana del Ombudsman (FIO), son actores importantes para lograr la garantía de los derechos de los pueblos indígenas. Su función es intermediar a favor de los ciudadanos con el Estado, promover el diálogo sustentado en principios y acompañar fórmulas prácticas a la solución de los problemas. Desde la cooperación alemana apoyamos a las defensorías del pueblo y a la FIO a convertirse en referencia en temas fundamentales de Derechos Humanos, propósito que nos honran en que podamos acompañar y que nos permite en este camino sumar esfuerzos con la Agencia de Cooperación Española - AECID.

De esta forma surge esta publicación que compila buenas prácticas defensoriales en procesos de consulta previa de las oficinas de Ombudsman de Perú, Colombia, Ecuador, Bolivia, Argentina, Brasil y Guatemala. Esperamos que este documento, sirva a las instituciones de Derechos Humanos y al trabajo que ellos desarrollan, porque el respeto a los derechos fundamentales y a la dignidad humana, el reconocimiento de la diversidad cultural como una riqueza de nuestros países y el diálogo intercultural son la base de un desarrollo justo y sostenible.

**Julia Unger**

Directora

Proyecto Fortalecimiento de los Miembros  
de la Federación Iberoamericana del  
Ombudsman (PROFIO)

**Cecilia Bernuy**

Asesora

Proyecto Fortalecimiento de los Miembros  
de la Federación Iberoamericana del  
Ombudsman (PROFIO)

## Presentación

Para elaborar los estándares regionales de actuación defensorial, se decidió partir de las propias experiencias positivas de las defensorías de Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú. Para ello, cada una de las instituciones identificó el trabajo que realizó en defensa del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Esas experiencias fueron compartidas en una reunión a la que asistieron representantes de las cuatro defensorías participantes, así como representantes de la Defensoría del Pueblo de Argentina, el Ministerio Público Federal de Brasil y la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala.<sup>7</sup>

El presente documento es el resultado de la sistematización de las experiencias identificadas y compartidas en dicho evento. Este consta de dos partes. La primera, presenta el trabajo de los países participantes. Por cada país, se aborda el contexto normativo en el que se desenvuelve el derecho a la consulta, el avance que el país ha tenido en la implementación de ese derecho desde la mirada de las defensorías, el rol que la Defensoría del Pueblo ha asumido en ese contexto, y la buena práctica en materia de consulta previa identificada por cada una de las entidades participantes.

La recopilación nos muestra la amplia gama de estrategias que despliegan las defensorías de la región para promover el efectivo cumplimiento del derecho a la consulta previa. Así, la Defensoría de Bolivia expone sus aportes para mejorar el proceso de construcción de la *Ley Marco de Consulta Previa* y el haber realizado una acción de inconstitucionalidad contra un decreto que vulneraba lo establecido en la normativa convencional vigente. Por su parte, la Defensoría de Colombia resaltó su intervención como moderador y supervisor en la consulta previa realizada sobre las medidas legislativas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas pertenecientes a grupos étnicos con ocasión del conflicto armado en su país.

<sup>7</sup> Este evento se realizó el 3 y 4 de noviembre de 2016 en la ciudad de Lima, Perú.

De igual forma, la Defensoría de Ecuador rescató el haber presentado propuestas con relación al tratamiento de la consulta previa en su país, a propósito de la implementación del proyecto minero Río Blanco implementado en territorio indígena. Finalmente, la Defensoría del Perú destacó su intervención en la adopción de la medida administrativa que aprueba la categorización de la Zona reservada Sierra del Divisor como Parque Nacional, luego de haber presentado una acción de amparo que obligó al Estado a cumplir con los acuerdos arribados en el acta de consulta que se llevó a cabo para dicho fin. No obstante, cabe recordar que esta entidad presentó un proyecto de ley marco en el año 2009 que dio origen a la actual Ley de Consulta Previa que rige en el Perú.

En la segunda parte del documento se presentan las experiencias de la Defensoría del Pueblo de Argentina, el Ministerio Público Federal de Brasil y la Procuraduría de Derechos Humanos de Guatemala, instituciones que también vienen trabajando en la protección del derecho a la consulta previa en sus países y que se suman a este esfuerzo regional. El trabajo realizado por estas instituciones está enmarcado en el contexto legal e institucional en el que se desenvuelven, lo que contribuye a comprender que la garantía de este derecho presenta distintos niveles de desarrollo y desafío en la región.

La información de este documento tiene como fuente principal la sistematización que cada defensoría participante ha elaborado sobre la consulta previa. En ese sentido, no representa un resumen exhaustivo de las políticas de consulta previa de cada país. Concretamente, recoge la información que cada entidad ha brindado al equipo de redacción desde su experiencia, sus funciones y sus limitaciones.

## ¿Qué entendemos por buena práctica defensorial en el marco de la implementación del derecho a la consulta previa a pueblos indígenas?

En consulta previa, una buena práctica comprende toda actuación defensorial que se haya desarrollado para alguno de los siguientes supuestos:

- Impulsar la implementación del derecho a la consulta previa.
- Supervisar consultas previas.
- Supervisar el cumplimiento de los acuerdos de la consulta previa.
- Elaborar y monitorear las recomendaciones sobre el tema.
- Atender, asesorar y acompañar a los pueblos indígenas.
- Realizar acciones de tutela sobre el derecho a la consulta previa, entre otros.

Asimismo, una actuación defensorial es una buena práctica cuando:

- Corresponde a una experiencia exitosa realizada por la Defensoría del Pueblo.
- Ha sido realizada en el marco del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, los estándares del sistema interamericano, y de los mecanismos de protección de los derechos humanos en el sistema universal.
- Ha generado un impacto real-sustantivo en el adecuado ejercicio del derecho a la consulta previa.
- Es sostenible institucionalmente, es decir, puede ser replicada en otras situaciones similares.

# Parte I: Sistematización de buenas prácticas de las Defensorías de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú

## 1. Defensoría del Pueblo de Bolivia<sup>8</sup>

### 1.1. El derecho a la consulta previa en Bolivia

#### 1.1.1. Contexto histórico

En Bolivia, el 62% de la población se identifica como indígena, la mayoría se concentra en regiones con abundantes recursos naturales, tanto renovables como no renovables. Pese a ello, más del 55% de esa población vive en situación de extrema pobreza. Debido a la precaria situación económica de esa población y a las tensiones generadas con el Estado y las empresas privadas por desacuerdos respecto a cómo utilizar los recursos ubicados en sus territorios, en la década de los noventa se desencadenó un periodo de fuerte inestabilidad social que tuvo impacto a nivel nacional.

En 1990 ocurrió la “Marcha por el Territorio y la Dignidad”. Esta fue una iniciativa del pueblo Mojeño en Trinidad que llegó hasta la ciudad de La Paz. Posteriormente, en 1996 se llevó a cabo la “Marcha por el Territorio, el Desarrollo y la Participación Política de los Pueblos Indígenas”. Esta fue una caminata indígena-campesina de todos los pueblos miembros de la Confederación de Pueblos Indígenas del Oriente Boliviano (CIDOB). Luego, en el año 2000 se dio la denominada “Marcha por la Tierra, el Territorio y los Recursos Naturales”, protagonizada por la Coordinadora de los Pueblos Étnicos de Santa Cruz (CPESC), el pueblo Mojeño del Beni y otros pueblos de la Amazonía. Finalmente, en 2002 se realizó la “Marcha por la Soberanía Popular, el Territorio y los Recursos Naturales”, una caminata que se extendió desde Santa Cruz hasta La Paz en la que se combinaron los movimientos campesino e indígena con más de 50 organizaciones sociales.<sup>9</sup>

Las marchas tuvieron impactos políticos muy concretos. Por ejemplo, la marcha de 1990 motivó la aprobación de un Decreto Supremo que reconocía la existencia de

<sup>8</sup> Acápite desarrollado en función de la información oficial enviada por la Defensoría del Pueblo de Bolivia.

<sup>9</sup> IWGIA. “Marchas indígenas”. Disponible en: <http://www.iwgia.org/regiones/latin-america/guatemala/64-esp-paises/bolivia/560-marchas-indigenas>

algunos territorios indígenas por medio de la aprobación de lo que fue denominado como Tierras Comunitarias de Origen (TCO). Asimismo, reconocía la existencia de pueblos indígenas en las tierras bajas. Por su parte, la marcha de 1996 tuvo dos logros de gran impacto: la promulgación de la Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria (INRA) y el reconocimiento de 33 TCO. La marcha del año 2000 motivó la modificación de la Ley INRA y un Decreto que reconocía oficialmente las lenguas de los pueblos indígenas de las tierras bajas. Finalmente, la marcha del año 2002 culminó con el compromiso de los partidos políticos con representación parlamentaria para establecer una Asamblea Nacional Constituyente encargada de llevar a cabo la reforma a la Constitución Política del Estado.<sup>10</sup>

El 21 de octubre de 2008 se aprobó la Nueva Constitución Política del Estado. Esta ha incorporado una serie de cambios de gran envergadura con respecto a los derechos de los pueblos indígenas. Entre ellos, cambios que facilitan la aplicación del Convenio 169 de la OIT que había sido ratificado el 11 de julio de 1991, y por ejemplo, ha incorporado el concepto de las Tierras Comunitarias de Origen. Con ello, se ha abierto el panorama para llevar a cabo consultas previas.

### 1.1.2. Marco normativo

El Estado boliviano ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo mediante la Ley N° 1257 del 11 de junio de 1991. Desde esa fecha se encuentra vigente el derecho a la consulta previa en ese país. Posteriormente, este y los demás derechos contemplados en el Convenio 169 fueron ampliados, complementados y precisados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), la cual fue elevada a rango de Ley por el Congreso Nacional, mediante la Ley N° 3760 del 7 de noviembre de 2007. Con ello, dicha declaración adoptó el carácter de vinculante.

A nivel interno, la Constitución Política de Bolivia de 2008 en dos de sus artículos hace referencia directa a la consulta previa. Por un lado, en el artículo 30, párrafo II, inciso 15, se plantea que los pueblos indígenas, originarios campesinos tienen “derecho 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 ese sentido propone que “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”. Por otro lado, el artículo 352 establece que

<sup>10</sup> IWGIA. “Marchas indígenas”. Disponible en: <http://www.iwgia.org/regiones/latin-america/guatemala/64-esp-paises/bolivia/560-marchas-indigenas>

“la explotación de Recursos Naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada (...)”.

De manera complementaria, Bolivia cuenta con normativas sectoriales. En el sector hidrocarburos cuenta con la Ley N° 3058 de 18 de mayo de 2005, la cual fue reglamentada en febrero de 2007 y plantea que se debe incorporar la consulta previa y la participación a los pueblos indígenas cuando se pretenda desarrollar actividades hidrocarburíferas en sus tierras comunitarias de origen, propiedades comunitarias y tierras de ocupación y acceso. Asimismo plantea que, en todos los casos, la consulta se debe realizar en dos momentos: **a)** previamente a la licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de las medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos y **b)** previamente a la aprobación de los estudios de evaluación de impacto ambiental. Por otro lado, esta Ley establece una serie de principios, como la buena fe, veracidad, transparencia, información y oportunidad. Asimismo, insta que los acuerdos a los que se llega por medio de los procesos de consulta son vinculantes.

En Bolivia la consulta previa también tiene un desarrollo normativo en el ámbito minero. La Ley de Minería N° 535, promulgada el 28 de mayo de 2014, regula que se debe garantizar el derecho a la consulta previa, libre e informada cuando se suscriba un contrato administrativo minero susceptible de afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos. A diferencia del sector hidrocarburos, en este ámbito sí se prevé la participación del operador minero en las consultas.

Debido a que aún no hay una Ley de Consulta en Bolivia, no existen procedimientos administrativos específicos y predeterminados para todos los casos. Actualmente, los procedimientos que definen cómo realizar las consultas se establecen en los reglamentos específicos que tiene cada sector. En Bolivia, los sectores que tienen reglamentos de este tipo son el de minería y el de hidrocarburos.

### 1.1.3. Actores en la consulta previa

En Bolivia, el encargado de realizar la consulta previa siempre es un ente del Estado, ya sea por medio de una entidad nacional o una territorial autónoma. Cuando una de las entidades mencionadas va a ejecutar una medida legislativa o administrativa que sea susceptible de afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas, se ve obligado a iniciar una consulta previa. En caso no lo haga, los legítimos representantes de los sujetos al derecho de consulta pueden solicitarla.

Debido a que aún no hay una Ley de Consulta en Bolivia, no existe normativa que defina de manera específica quiénes son los sujetos de consulta en ese país. Por ese motivo, para realizar las consultas debe hacerse referencia a lo que se desprende de lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, actualmente existe un anteproyecto de Ley de consulta que está en la Asamblea Legislativa Plurinacional

para debate ante la oposición que tuvo para ser aprobado. Sobre los sujetos de consulta, el anteproyecto dispone:<sup>11</sup>

Son titulares del derecho a la consulta previa libre e informada las naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales, pueblo afroboliviano, debiendo cumplir los siguientes condicionamientos:

1. Existencia precolonial y dominio ancestral del territorio.
2. Conservación total o parcial de sus patrones culturales, modos de vida, instituciones propias: sociales, económicas, culturales y políticas que los representan y son distintos a los otros sectores de la población.
3. Identificación como parte de una nación o pueblo y conservan en la actualidad relación con dicha colectividad indígena originaria campesina, comunidad intercultural y pueblo afroboliviano.
4. Acceso y gestión colectiva de sus tierras y territorios.

#### 1.1.4. Implementación de las consultas previas

En el sector minería, en 2015 la Autoridad Jurisdiccional Administrativa Minera (AJAM) llevó a cabo en la comunidad orureña de Huacayo la primera consulta previa en materia minera del país. Desde entonces, en ese sector se efectuaron las siguientes consultas previas con diversos resultados:

<sup>11</sup> Anteproyecto de Ley de Consulta Previa Libre e Informada, 2013. Disponible en: [http://www.cedib.org/post\\_type\\_leyes/anteproyecto-de-ley-de-consulta-previa-libre-e-informada-19-8-13/](http://www.cedib.org/post_type_leyes/anteproyecto-de-ley-de-consulta-previa-libre-e-informada-19-8-13/)

**Cuadro N° 1**  
**Procesos de consulta previa en sector minería**

Detalle	Número total de consultas recibidas	En proceso	Concluidas		Mediación	Suspendida por la AJAM	Rechazadas por el sujeto de consulta
			Cumple	No cumple			
TSE	9	1	6	2	0	0	0
TED LA PAZ	55	22	31	0	0	1	1
TED ORURO	18	6	10	1	0	0	1
TED POTOSI	34	15	14	4	0	0	1
TED CHIQUISACA	4	4	0	0	0	0	0
TED COCHABAMBA	16	5	9	0	0	0	2
TED SANTA CRUZ	29	7	14	5	0	3	0
TED PANDO	0	0	0	0	0	0	0
TED BENI	0	0	0	0	0	0	0
TED TARIJA	0	0	0	0	0	0	0
<b>TOTAL</b>	<b>165</b>	<b>60</b>	<b>84</b>	<b>12</b>	<b>0</b>	<b>4</b>	<b>5</b>

**Fuente: Órgano Electoral Plurinacional de Bolivia, 2016**

## **1.2. El rol de la Defensoría del Pueblo de Bolivia en la implementación del derecho de consulta previa**

### **1.2.1. Normas que habilitan a la Defensoría del Pueblo de Bolivia**

En el marco jurídico boliviano no existen normas específicas sobre el rol de la Defensoría en la consulta previa. Sin embargo, al ser este un derecho fundamental, el rol de la Defensoría puede desprenderse de los siguientes artículos de la Constitución:

#### **Artículo 218**

- I. La Defensoría del Pueblo velará por la vigencia, promoción, difusión y cumplimiento de los derechos humanos, individuales y colectivos, que se establecen en la Constitución, las leyes y los instrumentos internacionales. La función de la Defensoría alcanzará a la actividad administrativa de todo el sector público y a la actividad de las instituciones privadas que presten servicios públicos.
- II. Corresponderá asimismo a la Defensoría del Pueblo la promoción de la defensa de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de

las comunidades urbanas e interculturales, y de las bolivianas y los bolivianos en el exterior.

- III. La Defensoría del Pueblo es una institución con autonomía funcional, financiera y administrativa, en el marco de la ley. Sus funciones se regirán bajo los principios de gratuidad, accesibilidad, celeridad y solidaridad. En el ejercicio de sus funciones no recibe instrucciones de los órganos del Estado.

#### Artículo 222

Son atribuciones de la Defensoría del Pueblo, además de las que establecen la Constitución y la ley:

1. Interponer las acciones de Inconstitucionalidad, de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular, Cumplimiento y el recurso directo de nulidad, sin necesidad de mandato.
2. Presentar proyectos de ley y proponer modificaciones a leyes, decretos y resoluciones no judiciales en materia de su competencia.
3. Investigar, de oficio o a solicitud de parte, los actos u omisiones que impliquen violación de los derechos, individuales y colectivos que se establecen en la Constitución, las leyes y los instrumentos internacionales, e instar al Ministerio Público al inicio de las acciones legales que correspondan.
4. Solicitar a las autoridades y servidores públicos información respecto a las investigaciones que realice la Defensoría del Pueblo, sin que puedan oponer reserva alguna.
5. Formular recomendaciones, recordatorios de deberes legales y sugerencias para la inmediata adopción de correctivos y medidas a todos los órganos e instituciones del Estado, y emitir censura pública por actos o comportamientos contrarios a dichas formulaciones.
6. Acceder libremente a los centros de detención e internación, sin que pueda oponerse objeción alguna.
7. Ejercer sus funciones sin interrupción de ninguna naturaleza, aun en caso de declaratoria de estado de excepción.
8. Asistir con prontitud y sin discriminación a las personas que soliciten sus servicios.
9. Elaborar los reglamentos necesarios para el ejercicio de sus funciones.

## Artículo 224

Cada año, la Defensora o el Defensor del Pueblo informará a la Asamblea Legislativa Plurinacional y al Control Social sobre la situación de los derechos humanos en el país y sobre la gestión de su administración. La Defensora o Defensor del Pueblo podrá ser convocada o convocado en cualquier momento por la Asamblea Legislativa Plurinacional o el Control Social, para pedir informe respecto al ejercicio de sus funciones.

### 1.2.2. Actuaciones de la Defensoría del Pueblo de Bolivia en materia de consulta

La Defensoría del Pueblo de Bolivia ha creado la Unidad de Derechos Humanos de Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos (NyPIOC), encargada de abordar la temática referente a la consulta previa. Sobre esa materia, tiene el objetivo de promover espacios de análisis, diálogo y entendimiento del derecho a la consulta para el involucramiento de todos los actores.

Para lograr su objetivo en el ámbito específico de la consulta previa, la Unidad de Derechos Humanos de Naciones y Pueblos Indígenas Originario Campesinos puede ejercer las siguientes acciones:

- Solicitar, de manera fundamentada, la realización de consultas previas libres e informadas a requerimiento expreso de las NyPIOC, comunidades interculturales y pueblo afroboliviano que representan y que consideren pueden ser susceptibles de afectación.
- Proponer criterios, variables, indicadores e instrumentos técnicos generales para la identificación del sujeto de consulta y las posibles afectaciones a sus derechos colectivos y su territorialidad, a las instancias correspondientes.
- Apoyar técnicamente a su organización respecto al alcance del derecho a la consulta previa, libre e informada.
- Apoyar en el fortalecimiento de las capacidades de su organización respecto al ejercicio del derecho a la consulta previa libre e informada.
- Coadyuvar para el establecimiento de mecanismos de seguimiento.
- Velar porque el desarrollo de las consultas y el seguimiento de acuerdos sea realizado en el marco de la gestión territorial y el monitoreo socio ambiental.
- Elaborar informes técnicos para solicitar la implementación de consultas previas para el respeto a los derechos colectivos.

El trabajo de la Defensoría del Pueblo de Bolivia, en materia de consulta previa, está orientado en función de dos líneas estratégicas: la articulación interinstitucional y la integración internacional. Con respecto a lo primero, la Defensoría promueve la creación de espacios de trabajo sectoriales que sirven para coordinar y cooperar en aspectos referentes a la consulta tales como:

- El análisis y la evaluación de los procedimientos técnicos, operativos y administrativos.

- La verificación y el seguimiento permanente de las acciones.
- La prevención y gestión pacífica de la conflictividad.

Con respecto a lo segundo, la Defensoría tiene disposición a:

- Promover espacios bilaterales o multilaterales de apoyo y fortalecimiento.
- Crear y fortalecer espacios de trabajo interinstitucional para la resolución de problemas locales.
- Generar protocolos de actuación interinstitucional.

### 1.3. Buena práctica identificada por la Defensoría del Pueblo de Bolivia

**Cuadro N° 2**  
**Resumen de la buena práctica de la Defensoría del Pueblo de Bolivia**

Institución	Defensoría del Pueblo de Bolivia
La buena práctica	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Intervención defensorial en el marco de la elaboración del anteproyecto de Ley Marco de Consulta Previa.</li> <li>• Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto 2298, que establece mecanismos de consulta.</li> </ul>
Nombre de la consulta previa intervenida	Proceso de construcción de una Ley Marco del Derecho a la Consulta.
Actores involucrados y sus roles	<p>Comisión constituida para la construcción del proyecto de Ley Marco del Derecho a la Consulta:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Órganos Ejecutivo y Legislativo como ente promotor.</li> <li>• Organizaciones indígenas y campesinas y el pueblo afroboliviano como pueblos consultados.</li> </ul> <p>Defensoría del Pueblo como observador.</p>
Razón de la intervención	<p>El proyecto de Ley Marco del Derecho a la Consulta incorporaba aspectos muy controvertidos y contrarios a lo que la Constitución Política del Estado establece sobre el derecho a la consulta. Los aspectos referidos son:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Los sujetos de la consulta previa, libre e informada.</li> <li>• El ámbito espacial en el que se realizará la consulta.</li> </ul> <p>Los casos en los que el Estado debe conseguir el consentimiento de los pueblos indígenas.</p>
Derechos susceptibles a ser vulnerados	<p>Derechos vulnerados con la Ley Marco de Consulta Previa:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Art. 19 de la DNUDPI, se consulta medidas que afecten directamente a los pueblos y no sólo susceptibles de afectarles.</li> <li>• Imposición de mayores requisitos que los previstos en la DNUDPI y la Constitución para ser sujeto de derecho.</li> <li>• Art. 29 de la DNUDPI, sobre los supuestos donde se debe obtener el consentimiento.</li> </ul> <p>Derechos vulnerados con el Decreto 2298 (mecanismos de consulta):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho a obtener información transparente.</li> <li>• Participación</li> </ul>

Institución	Defensoría del Pueblo de Bolivia
Intervención de la Defensoría del Pueblo	Planteó al órgano Ejecutivo y Legislativo “Lineamientos generales para la elaboración de la Ley Marco de Consulta a las naciones y pueblos indígena originario campesinos y afrobolivianos”. En agosto de 2015, la Defensoría del Pueblo planteó ante el Tribunal Constitucional una acción de inconstitucionalidad contra el Decreto 2298 que se refiere a los mecanismos para la realización de la consulta previa en territorios indígenas.
Resultado	El proceso de construcción del proyecto de Ley no logró los consensos necesarios entre la propuesta del órgano Ejecutivo y la de organizaciones indígenas originarias involucradas.
Estado actual	El proceso de construcción del proyecto de la Ley Marco de Consulta a Pueblos Indígena Originario Campesinos se encuentra en la Asamblea Legislativa Plurinacional para debate. Aún no hay pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la acción de inconstitucionalidad

#### Elaboración: Defensoría del Pueblo de Perú

La Defensoría del Pueblo de Bolivia ha identificado dos buenas prácticas: **i)** la intervención que realizó en el proceso de construcción de una Ley Marco del Derecho a la Consulta y **ii)** la acción de inconstitucionalidad que presentó contra el Decreto 338, que establece el mecanismo de consulta previa.

#### 1.3.1. Intervención defensorial en el marco de la elaboración del anteproyecto de Ley Marco de Consulta Previa

La Defensoría acompañó el proceso de construcción de una Ley Marco del Derecho a la Consulta que inició el 3 de diciembre de 2012. Este proceso no lograba consensos, debido a que los órganos Ejecutivo y Legislativo mostraban resistencia a incorporar los planteamientos de las comunidades. Ante dicho impase, la Defensoría planteó al órgano Ejecutivo y Legislativo el documento “Lineamientos generales para la elaboración de la ley marco de consulta a las naciones y pueblos indígena originario campesinos y afrobolivianos (NyPIOC)”, con las siguientes consideraciones a ser incluidas:

- Promover e instar la participación amplia e irrestricta de las representaciones de las organizaciones de NyPIOC.
- Considerar todas las propuestas normativas referidas a la materia, en particular, las propuestas elaboradas por el Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ) y la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB).
- Observar el respeto estricto a la Constitución Política del Estado.

- Tener presente que la base esencial y sustento del Estado la constituye la diversidad cultural.
- Considerar que el derecho a la consulta a los pueblos indígenas se aplica de manera exclusiva a los grupos humanos conocidos genéricamente como pueblos indígenas.
- Considerar que el ámbito espacial y territorial en el que se aplica la consulta debería ser en la Tierra Comunitaria de Origen (TCO), territorios indígenas o territorios ancestrales titulados colectivamente o mantenidos en posesión tradicional de manera colectiva.
- Tomar en cuenta que la consulta es de aplicación obligatoria por parte del Estado.
- Incorporar en la ley el carácter vinculante de la consulta en casos de traslados de tierras, almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos y planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio indígena.
- Considerar que los acuerdos a los que se llegue como producto de las consultas previas son de cumplimiento obligatorio.
- Tener presente que la consulta es previa.
- Tener presente que la información con la que deben contar los pueblos indígenas debe ser previa, suficiente en calidad y cantidad y culturalmente adecuada.
- Considerar que la consulta debe ser de buena fe.

El proceso de construcción de la Ley Marco de Consulta Previa estuvo marcado por confrontaciones y desencuentros entre las comunidades y los órganos que realizaron la consulta. Los primeros acusaron que había restricciones a su derecho fundamental en relación a lo establecido en la Constitución con respecto a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Los aspectos controvertidos fueron los relacionados a:

- Los sujetos de la consulta previa, libre e informada.
- El ámbito espacial en el que se realizará la consulta.
- Los casos en los que el Estado debe conseguir el consentimiento de los pueblos indígenas.

Ante ello, la Defensoría y las comunidades presentaron las siguientes observaciones:

- **Sobre la afectación de la medida o ley.** El texto del anteproyecto se refiere a que la consulta se realizará en casos que la iniciativa legislativa o administrativa **afecte directamente** a los derechos colectivos de los sujetos de la consulta previa. Al respecto, la Constitución Política del Estado y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) se refiere únicamente a medidas o leyes “**susceptibles**

**de afectarles”**. De esta manera, se dejaría fuera del ámbito de la consulta a aquellas comunidades y pueblos afectados de forma indirecta por un proyecto o industria extractiva, por ejemplo.

- **Exclusión del sector minería.** Se determina que sea regulada por la Ley de Minería ya aprobada por la Asamblea Legislativa Plurinacional. Sin embargo, las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos, Comunidades Interculturales y Pueblo Afroboliviano (NyPIOC) y sus instancias representativas, no han participado en la construcción de esta normativa.
- **Restricción en el sujeto de derecho.** La norma plantea más requisitos de aquellos establecidos en la DNU DPI.
- **Deber de lograr el consentimiento.** No se tienen en cuenta aquellos casos en los que, de acuerdo a la DNU DPI, se debe lograr el consentimiento:
  - Cuando se trata de trasladar a un grupo indígena fuera de sus tierras tradicionales.
  - En los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras y territorios de pueblos indígenas.
  - La instalación de bases militares en tierras y territorios de pueblos indígenas.
  - Cuando se trata de planes de desarrollo o de inversión de gran escala que tendría un impacto mayor dentro de un territorio de los pueblos indígenas. En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a la parte indígena, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones.

Pese a los esfuerzos, el proceso de construcción del proyecto de la Ley Marco de Consulta a Pueblos Indígena Originario Campesinos no logró los consensos necesarios entre el órgano Ejecutivo y las organizaciones indígenas originarias involucradas. La Asamblea del Pueblo Guaraní (APG) y el Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyo (CONAMAQ), son algunas de las organizaciones discordantes. Ellas mantienen las observaciones en relación a que el proyecto de ley no se ajusta a lo prescrito por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Debido a ese motivo, el anteproyecto de ley permanece en la Asamblea Legislativa Plurinacional para su tratamiento.

### 1.3.2. Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto 2298 que establece mecanismo de consulta

En agosto de 2015, la Defensoría del Pueblo planteó ante el Tribunal Constitucional una acción de inconstitucionalidad contra el Decreto 2298 de 18 de marzo de 2015, que se refiere a los mecanismos para la realización de la consulta previa en territorios indígenas. El motivo de la interposición de la demanda fue que la Defensoría encontró que esta norma vulneraba una serie de derechos:

- **Medios culturalmente adecuados.** El Decreto establece que el órgano Ejecutivo determinará “la metodología y el cronograma para el proceso de consulta en territorios indígenas, basándose en el criterio de asistencia o inasistencia a las convocatorias que realice la Autoridad Competente a las comunidades indígenas que serán consultadas”. De esta forma, la población indígena pierde la potestad para plantear metodologías y cronograma propio y los reduce a simples objetos de este proceso, sin más derechos y prerrogativas que los que considere el Ejecutivo.
- **Notificaciones inconstitucionales.** Las convocatorias a las reuniones para definir la consulta, de acuerdo al Decreto impugnado, se realizarán “mediante publicación escrita, comunicación radial y notificación notariada a los pueblos indígena originario y comunidades campesinas”. Estos medios no son idóneos para el contexto en el que viven las comunidades, no se respeta su idioma o formas de comunicación, con lo que las comunidades podrían no ejercer sus derechos en tanto que no se les informa debidamente.
- **Participación.** La norma también señala que “la asistencia al evento de las instancias representativas de los pueblos indígenas y comunidades campesinas, o la determinación de las bases en asamblea bajo voto resolutorio, dará continuidad a la ejecución de la Consulta y Participación en el estado en que se encuentre la misma (...)”. Aquí se desconoce que toda la consulta debe hacerse de forma concertada, y por tanto no debe existir la posibilidad de que los pueblos indígenas no participen desde el principio en el mencionado proceso.

De acuerdo a los planteamientos formulados por la Defensoría, esta norma vulnera los principios constitucionales así como los lineamientos previstos en la DNU DPI. Sin embargo, hasta el momento, el Tribunal Constitucional Boliviano no ha emitido pronunciamiento.

## 2. La Defensoría del Pueblo de Colombia<sup>12</sup>

### 2.1. El derecho a la consulta previa en Colombia

#### 2.1.1. Marco normativo

En Colombia, la consulta previa se fundamenta, principalmente, en el Convenio 169 de la OIT. Este instrumento fue elevado a rango de ley mediante la Ley 21 de 1991. Asimismo, la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas

<sup>12</sup> Acápite desarrollado en función de la información oficial enviada por la Defensoría del Pueblo de Colombia.

también resulta relevante y es tomada en cuenta por la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana.

A nivel interno, la Constitución Política hace referencia directa a la consulta previa en su artículo 300, en el que se estipula que el gobierno deberá propiciar la participación de los representantes de las comunidades indígenas en las decisiones de los proyectos de explotación de recursos naturales que se desarrollen en sus territorios. Asimismo, indica que dicha explotación debe realizarse sin desmedro de su integridad cultural, social y económica. De igual forma, la Constitución contempla los derechos a la diversidad étnica y cultural de la nación, los cuales sirven de fundamento a la mayor parte de decisiones de la Corte Constitucional en materia de consulta previa.

Actualmente, Colombia no cuenta con una ley específica sobre el derecho a la consulta. Sin embargo, sí cuenta con un desarrollo procedimental plasmado en diversos decretos presidenciales y sentencias de la Corte Constitucional. Con respecto a los decretos presidenciales, resalta el Decreto 2893 de 2011. Este atribuye al Ministerio del Interior el cargo de ente especializado en materia de consulta previa. Asimismo, establece una nueva estructura ministerial en la que se incluye por primera vez la Dirección de Consulta Previa que tiene la obligación de dirigir las consultas previas que se requieran, en coordinación con las entidades y dependencias correspondientes. A su vez, tiene la obligación de asesorar en la formulación de las políticas del Gobierno Nacional en materia de consulta previa, así como de dirigir y coordinar su ejecución, seguimiento y evaluación.<sup>13</sup>

Cuadro N° 3  
Normatividad sobre consulta previa en Colombia

Norma	Año	Objeto
Ley 70	1993	Ley de Comunidades Negras.
Decreto 1088	1993	Sobre asociaciones de autoridades indígenas como entidades de derecho público especial.
Decreto 2164	1995	Reglamentación de la Ley 160 de 1994 (reforma agraria) para titulación de resguardos.
Decreto 1745	1995	Reglamentación para la titulación de tierras colectivas de comunidades negras.
Decreto 1320 <sup>13</sup>	1998	Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.

<sup>13</sup> Artículo 16 del Decreto N° 2893.

<sup>14</sup> Respecto a este decreto, en varias sentencias de tutela sobre el derecho de consulta previa, la Corte Constitucional de Colombia ha ordenado su inaplicación.

Norma	Año	Objeto
Ley 24	1992	Estructura y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo.
Decreto Ley 025	2014	
Decreto 2950	2010	Sobre Mesa Nacional del Diálogo Rom.
Decreto 4633	2011	Atención, reparación integral y restitución de derechos territoriales a víctimas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas.
Decreto 4634	2011	Atención, reparación integral y restitución de tierras al pueblo Rom o Gitano.
Decreto 4635	2011	Atención, reparación integral y restitución de derechos territoriales a víctimas pertenecientes a pueblos y comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.
Decreto 2893	2011	Por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior.
Decreto 2613	2013	Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa.
Decreto 2333	2014	Mecanismos para la efectiva protección y seguridad jurídica de las tierras y territorios ocupados o poseídos ancestralmente o tradicionalmente por los pueblos indígenas.

**Fuente: Defensoría del Pueblo de Colombia**

Con respecto a las sentencias de la Corte Constitucional, desde 1991 esa institución ha desarrollado una línea jurisprudencial en la que ha establecido y reiterado que es deber del Estado proteger el derecho a la consulta previa y obligación de los particulares cumplirlo.

La Corte ha establecido que la consulta previa debe realizarse antes de la adopción de medidas de carácter legislativo y administrativo que puedan afectar directamente los derechos fundamentales colectivos e integrales de los pueblos indígenas. La consulta previa debe realizarse antes de ejecutar proyectos públicos o privados — de infraestructura o de explotación de recursos naturales— que sean susceptibles de afectar los derechos mencionados. Finalmente, esta debe realizarse cuando los Proyectos, Obras o Actividades (POA) que se realizan en los territorios de los pueblos indígenas afecten su integridad cultural. Lo mismo cuando incidan en sus dinámicas sociales, culturales, medioambientales o de desarrollo propio.

## Cuadro N° 4

### Principales pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional de Colombia sobre consulta previa

Sentencias/autos	
T-428 DE 1992	<p>Derecho al ambiente sano/teoría de la imprevisión.</p> <p>Comunidad Indígena de Cristianía.</p> <p>Ampliación de la carretera Andes-Jardín en el tramo que corresponde a la zona afectada, (km 5+150 a km 6+200) en el departamento de Antioquia.</p>
T-380 de 1993	<p>La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos.</p> <p>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.</p> <p>La omisión de la función estatal de restauración del medio ambiente gravemente alterado, mantiene la amenaza de vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo es materia de la presente acción de tutela.</p> <p>Comunidad indígena - Protección/CODECHOCO.</p>
SU-039 DE 1997	<p>La Corte ha considerado que la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales.</p> <p>Explotación Sísmica Bloque Samoré en los departamentos de Arauca, Boyacá y Norte de Santander.</p> <p>Explotación de recursos naturales en territorio indígena - Armonización de intereses/derecho de participación de comunidad indígena/derecho a la integridad de comunidad indígena - Preservación.</p> <p>La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura.</p>
T-652 DE 1998	<p>Hidroeléctrica Urrá I en el departamento de Norte de Córdoba.</p> <p>Medidas provisionales para proteger un derecho - Suspensión llenado y funcionamiento de embalse en pueblo indígena.</p> <p>Expedición irregular de licencia ambiental/explotación de recursos naturales en pueblo indígena Embera-katio del alto Sinú - Omisión de consulta previa para licencia ambiental.</p> <p>Derecho a la supervivencia de pueblo indígena Embera-Katio del alto Sinú - Indemnización por construcción de obras civiles de hidroeléctrica sin previa consulta.</p> <p>Pueblo indígena Embera - Katio del alto Sinú - Consulta para el llenado y funcionamiento de represa.</p>

## Sentencias/autos

SU-383 DE 2003	Erradicación de cultivos ilícitos, procedimiento de consulta previa, derecho a la integridad étnica y cultural de comunidad indígena, importancia de sus plantaciones.
T-880 DE 2006	Perforación Exploratoria Pozo Álamo 1 en el departamento de Norte de Santander.  Derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa - Desarrollo normativo y jurisprudencial.  Mecanismo judicial de los pueblos indígenas para ser consultados.  Medidas respecto a la delimitación territorial de la comunidad Motilón Bari.
Auto 092 2008	Protección mujeres víctimas desplazamiento forzado.
• C-461 DE 2008 • T-769 DE 2009	Contrato de concesión Mandé Norte para la exploración y explotación de una mina en los departamentos de Antioquia y Chocó.  Demanda de inconstitucionalidad de ley del Plan nacional de desarrollo 2006-2010 - Omisión del deber estatal de consulta previa a comunidades y grupos étnicos que pueden resultar afectados por normas del plan.
Auto 04 2009	Estado de cosas inconstitucional desplazamiento indígena. Factores subyacentes y vinculados al conflicto armado (incluye consulta previa sin cumplir con todos los requisitos).
Auto 05 2009	Estado de cosas inconstitucional desplazamiento comunidades negras. Factores subyacentes y vinculados al conflicto armado (incluye consulta previa sin cumplir con todos los requisitos).
T-547 DE 2010	Construcción y Operación de la Fase 1 del Puerto Multipropósito de Brisa en el departamento de la Guajira.  Caso en que se concedió licencia ambiental sin que hubiera surtido consulta previa con comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.  Licencia ambiental para la operación y construcción de puerto multipropósito De Brisa.  Orden de suspensión de obras con el fin de realizar una consulta previa orientada a establecer los impactos que la ejecución del proyecto puede generar a las comunidades indígenas.
T-1045A DE 2010	Explotación de minerales en el departamento del Cauca.  Protección del Estado.  Protección constitucional.  Reiteración de doctrina constitucional.  Comunidad Afrocolombiana-Exploración y explotación de los recursos naturales dentro de sus territorios.
T-129 DE 2011	Construcción de carretera, Interconexión Eléctrica Binacional y Concesión de minas en el departamento de Chocó.

## Sentencias/autos

T-693 DE 2011	<p>Oleoducto de los Llanos en el departamento de Meta.</p> <p>Exigibilidad frente a medidas legislativas y administrativas que afecten directamente a comunidades indígenas.</p> <p>Diseño y realización de proyectos de desarrollo en territorio ancestral indígena.</p> <p>Territorios indígenas-inembargables, inalienables e imprescriptibles, según Convenio 169 de la OIT.</p> <p>Derecho a la libre determinación y participación de comunidades étnicas. Violación por cuanto consulta previa era obligatoria para construcción de oleoducto Rubiales Cusiana.</p> <p>Violación por intervención de río, afectó bienestar espiritual e impidió continuar prácticas tradicionales.</p> <p>Construcción de oleoducto rubiales Cusiana sin cumplir con la consulta previa - Imprudencia para suspender funcionamiento por daño consumado pues acarrearía mayores costos ambientales.</p>
T-698 DE 2011	<p>Construcción de antena de comunicaciones en territorio ancestral indígena. Departamento de Caldas.</p> <p>Herramienta para involucrar a comunidades indígenas en decisiones que inciden sobre su identidad.</p> <p>Aplicación frente a medidas administrativas, de infraestructura, proyecto u obra que pueda afectar a territorios étnicos.</p> <p>Derecho a la participación de comunidades indígenas.</p> <p>Título de propiedad no descarta realización de la consulta previa.</p> <p>Incluye proyectos de desarrollo como licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras.</p> <p>Exigible cuando la medida legislativa o administrativa afecta a territorios de minorías étnicas independientes del título de propiedad.</p> <p>Autoridades y particulares deben acudir a la Certificación de presencia de grupos étnicos en zonas de ejecución de proyectos para no afectar a comunidades indígenas.</p> <p>Abstenerse de entregar licencias ambientales de construcción en territorio ancestral indígena sin agotar el requisito de consulta previa.</p>

## Sentencias/autos

T-907 DE 2011	<p>Selección de etno- educadores en el departamento de Sucre.</p> <p>Identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de comunidad indígena - ámbitos de protección.</p> <p>Derecho al autogobierno de comunidades indígenas - derecho a la designación en propiedad de docentes que han sido seleccionados en forma concertada.</p> <p>Selección de educadores en territorios ocupados por grupos étnicos. Debe efectuarse a través del mecanismo de la concertación entre los voceros de las comunidades indígenas y las autoridades encargadas de administrar el servicio público de educación.</p> <p>Etno-educadores - docentes vinculados en provisionalidad deben ser nombrados en propiedad como docentes indígenas oficiales.</p>
T-376 DE 2012	<p>Concesión área de playa requerida a la DIMAR en el departamento de Bolívar.</p> <p>Pueblos indígenas y comunidades negras, afrodescendientes o afrocolombianas - Titulares de derechos fundamentales y sujetos de especial protección constitucional.</p> <p>Espacio público - Afectación al interés general y uso por parte de la colectividad.</p> <p>Derecho al debido proceso, trabajo y mínimo vital de comunidad negra de la Boquilla - Desconocimiento del principio de confianza legítima al tratar conflicto entre derecho al trabajo de vendedores informales y preservación del espacio público.</p> <p>Improcedencia por cuanto juez de primera instancia vinculó a la Comunidad negra de La Boquilla y por presentarse carencia actual de objeto por daño consumado.</p> <p>Derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad negra de la Boquilla - Violación por entrega de concesión a operador privado sobre área de playa en el corregimiento ocasionando el retiro de los carperos.</p> <p>Bienes de uso público que hacen parte del espacio público.</p> <p>Imposibilidad de defender prioridades en la elección de su destino con la consecuente desarticulación de la política pública asociada al turismo y manejo de las playas.</p> <p>Derecho fundamental a la consulta previa - Permiso de tránsito, uso de playa, ejercicio de pesca y festividades u otros eventos culturales tradicionalmente desarrollados por la comunidad negra de La Boquilla.</p>
T-693 DE 2012	<p>Construcción de la Segunda Calzada del tramo Mediacanoa-Loboguerrero en el departamento de Valle del Cauca.</p> <p>Acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular y concreto - Procedencia excepcional.</p> <p>Acción de tutela contra acto administrativo - Mecanismo transitorio para evitar perjuicio irremediable.</p> <p>Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - Estado se compromete a garantizar derechos de comunidades afrocolombianas.</p> <p>Orden a Unión Temporal vincular a comunidades negras en proyecto vial.</p>

T-993 DE 2012	<p>Variante el Guamo en el departamento de Tolima.</p> <p>Derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades indígenas - Vulneración por parte de las entidades demandadas al haber estas insistido en la no presencia de comunidades indígenas en el área de influencia de la construcción.</p> <p>Orden a la Agencia Nacional de Infraestructura de vincular a la comunidad indígena La Luisa del Pueblo Pijao.</p>
T-1080 DE 2012	<p>Reglamentación de las quebradas que atraviesan el territorio de la comunidad étnica con la Corporación Autónoma del Alto Magdalena en el departamento de Huila.</p> <p>Derecho fundamental al agua de los pueblos indígenas - Garantía para el disfrute de otros derechos.</p> <p>Resguardo indígena Paniquita - Protección de afluentes de agua para proteger uso y aprovechamiento de quebradas que irrigan parte de la comunidad, con el fin de garantizar supervivencia física, cultural, social y económica.</p> <p>Acción de tutela contra corporación autónoma regional del Alto Magdalena - Procedencia por vulneración de derechos fundamentales al agua, la alimentación y la consulta previa de comunidad indígena.</p>
T-172 DE 2013	<p>Sociedad Portuaria Puerto Bahía en el departamento de Bolívar.</p> <p>Derecho de petición de comunidad afrodescendiente - Vulneración por Ministerio del Interior al no dar respuesta oportuna en consulta previa de Comunidad negra de Barú.</p> <p>Principio de inmediatez en acción de tutela - Inaplicación cuando violación persiste en el tiempo.</p> <p>Orden al Ministerio del Interior y a la Empresa Puerto Bahía para que den inicio a la consulta previa de la comunidad negra de Barú con acompañamiento de la Defensoría del Pueblo.</p>
T-657 DE 2013	<p>Carretera Mulaló - Loboguerrero Alternativa 3 en el departamento de Valle del Cauca.</p> <p>Derecho fundamental a la consulta previa de comunidad afrodescendiente - Vulneración por cuanto no se ha consultado proyecto de la carretera Mulaló - Loboguerrero con la comunidad negra afectada.</p> <p>Ordena al Ministerio del Interior a que realice una consulta previa por la afectación del trazado para la construcción de carretera Mulaló-Loboguerrero.</p>
T-462A DE 2014	<p>Represa de Salvajina en el departamento del Cauca.</p> <p>Vulneración del derecho a la consulta previa - Caso en que en la época de la construcción de la represa Salvajina no existía la obligación estatal de realizar la consulta previa, sin embargo ya estaba vigente el Convenio 107 de la OIT.</p>

## Sentencias/autos

T-576 DE 2014	Espacio Nacional de Consulta Previa.  Afrocolombianos y sus comunidades como titulares individuales y colectivos de derechos fundamentales. Protección afrocolombianos frente a discriminación racial; derecho propiedad colectiva, identidad cultural y diferencia. Orden al Ministerio del Interior para convocar a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras del país a participar en la consulta previa.
T-849 DE 2014	Explotación minera, yacimiento de materiales de construcción, territorio ancestral línea negra Sierra Nevada de Santa Marta.
T-969 DE 2014	Emisario submarino. Debido al proceso, respeto dignidad humana, consulta previa y legislación consulta previa y derechos de comunidades negras. Comunidad Negra Puerto Rey y Tierra Baja (Cartagena).
11 de mayo de 2015 Consejo de Estado	11001-03-26-000-2014-00143-00 (52.149) Demandante: Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra. Se suspenden títulos mineros.

## Elaboración: Defensoría del Pueblo de Colombia

Sin embargo, la jurisprudencia desarrollada mediante los decretos presidenciales y las sentencias de la Corte Constitucional no es la única que establece procedimientos de actuación con respecto a la consulta previa. De manera complementaria, existen documentos de otras instituciones que, a nivel reglamentario, orientan las consultas. En el cuadro siguiente se detallan algunos procedimientos.

### Cuadro N° 5 Procedimiento de actuaciones complementarias en los procesos de consulta en Colombia

Sustento	Posibles etapas que podrían incluirse en esta fase desde distintas visiones
Directiva Presidencial N° 01 de 2010	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Apertura del proceso.</li> <li>b) Talleres de identificación de impactos y definición de medidas de manejo.</li> <li>c) Pre-acuerdos.</li> <li>d) Protocolización.</li> </ul>
Directiva Presidencial N° 10 de 2013	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Convocatoria a reuniones.</li> <li>b) Reuniones de análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo.</li> <li>c) Reuniones para formulación de acuerdos.</li> <li>d) Protocolización.</li> </ul>

Sustento	Posibles etapas que podrían incluirse en esta fase desde distintas visiones
Reglamento resguardo Cañamomo y Lomprieta	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Discusión.</li> <li>b) Consentimiento previo, libre e informado.</li> <li>c) Protocolización de la consulta previa y consentimiento previo, libre e informado.</li> </ul>
Documento interno - Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC)	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Socialización de resultados de los estudios. Debe definirse cuál es el método apropiado (Asamblea, reuniones por comunidad, etc).</li> <li>b) Decisión interna si se acepta o no la realización de la obra o proyecto.</li> <li>c) Si se acepta la realización de la obra, la comunidad debe decidir frente a propuestas de modificación del proyecto, condiciones para su ejecución, planes de prevención y mitigación de impactos, requerimientos de indemnización, compensación, contraprestaciones y participación en beneficios para proponer al Gobierno.</li> <li>d) Concertación. En esta se definen y precisan los acuerdos.</li> </ul>
Lineamientos de la delegada para Indígenas y Minorías de la Defensoría del Pueblo	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Reuniones de interlocución.</li> <li>b) Consulta interna, de realización de estudios y de coordinación interinstitucional.</li> <li>c) Concertación.</li> <li>d) Protocolización.</li> </ul>
Doctora Gloria Amparo Rodríguez (doctrina)	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Instalación.</li> <li>b) Reuniones de consulta.</li> <li>c) Protocolización.</li> </ul>

**Fuente: Defensoría del Pueblo de Colombia**

### 2.1.2. Actores en la consulta previa

En Colombia el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, las comunidades negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y del pueblo Rom, se encuentra bajo la coordinación del Ministerio del Interior, institución que hace parte de la rama ejecutiva. Esta entidad coordina las consultas previas y tiene bajo su responsabilidad velar por la garantía de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales. En ese sentido, el Ministerio cuenta con tres dependencias para realizar tal labor:

## Esquema N° 1

## Dirección ejecutiva encargada de la coordinación de las consultas previas en Colombia

<b>DIRECCION DE CONSULTA PREVIA</b>	Consulta de proyectos, obras o actividades en territorios colectivos titulados, asentamientos y/o en parcialidades.
<b>DIRECCION DE ASUNTOS INDIGENAS, ROM Y MINORÍAS</b>	Consulta de medidas legislativas y administrativas.
<b>DIRECCION DE COMUNIDADES NEGRAS, RAIZALES Y PALENQUEROS</b>	Consulta de medidas legislativas y administrativas.

**Fuente:** Defensoría del Pueblo de Colombia

Los actores que forman parte de la consulta previa poseen roles sustentados en diversos decretos presidenciales y leyes pertinentes, como el Decreto 2811 de 2011 o la Ley 397 de 1997. De esta normativa se desprende la siguiente información:

## Cuadro N° 6

## Rol de los actores en el marco de la consulta

Concepto por actores	Entidades
<b>Partes:</b> Aquellas que tienen la obligación de dirigir, brindar garantías y capacidad jurídica para ejercer derechos y adquirir compromisos.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Empresa, persona jurídica o entidad interesada en desarrollar el proyecto, obra o actividad, a través de sus representantes legales o sus delegados, quienes en el marco de la Constitución, leyes y normas nacionales e internacionales vigentes están sujetas al cumplimiento de deberes y al respeto de los derechos.</li> <li>• Las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y Rom, a través de representantes legales, como sujetos de los derechos reconocidos.</li> <li>• Dirección de Consulta Previa (DCP), tiene como función dirigir, coordinar y otorgar las garantías necesarias; podrán apoyarse en las Direcciones de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías y de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras.<sup>14</sup></li> </ul>

<sup>14</sup> Decreto N° 2811 de 2011, Art. 16.

Concepto por actores	Entidades
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Autoridades ambientales: Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) o Corporaciones Autónomas Regionales (CAR).</li> <li>• Las demás entidades según los sectores a los cuales pertenezcan los Proyectos, Obras o Actividades (POA), de conformidad con sus competencias.</li> <li>• Al Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) le corresponde desarrollar programas de arqueología preventiva en todos los proyectos de infraestructura que requieran licencias ambientales o permisos equivalentes.<sup>15</sup></li> </ul>
<p><b>Garantes:</b> Son responsables de hacer veeduría o acompañamiento a los diferentes procesos con el fin de proteger y prevenir vulneración de derechos de las comunidades.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Entes de Control del Estado (Procuraduría, Defensoría y Personería Municipal). Desde la perspectiva de la promoción y protección de los derechos humanos la naturaleza del ejercicio del Ministerio Público como garante implica su rol veedor, vigilante y de control a fin de que los derechos reconocidos a los grupos étnicos y otros se cumplan en los términos establecidos en las normas vigentes, por parte de las entidades estatales competentes, a las que les corresponde garantizar tales derechos.</li> <li>• Organizaciones de los grupos étnicos a la que pertenezcan las comunidades, si estas deciden solicitar su intervención. Las asociaciones de autoridades pueden ser partes, según se trate del alcance de los POA y la decisión de las propias comunidades de acuerdo con el derecho mayor, ley natural, ley de origen o normas y protocolos comunitarios relativos a consulta previa.</li> <li>• Organismos internacionales, de derechos humanos u otros invitados por las partes, que por su naturaleza pueden cumplir este papel.</li> </ul>
<p><b>Invitados</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Autoridades de los municipios y departamentos, oficinas de asuntos indígenas y negras. Es de aclarar que en algunos casos actúan como partes, o en otras como invitados, dependiendo del ámbito y alcance de la consulta.</li> </ul>

**Fuente: Defensoría del Pueblo de Colombia**

<sup>16</sup> Ley 397 de 1997, Ley 1185 de 2008, Decreto 833 de 2002 y Decreto 763 de 2009.

## Esquema N° 2

## Mapa de actores en la consultaprevia en Colombia

**Las partes**

- Ministerio del Interior (director, coordinador y principal garante) en coordinación con Minminas y Minambiente cuando corresponda; las entidades y empresas interesadas en las OPA.
- Instituto Colombiano de Antropología e Historia, ICANH (Arqueología preventiva y contribuciones al estudio realizado por el Ministerio del Interior a través de conceptos etnográficos y otros estudios comparados).
- Las comunidades interesadas en la consulta.

**Garantes**

- Ministerio Público, organismos internacionales u otros proveedores.

**Invitados**

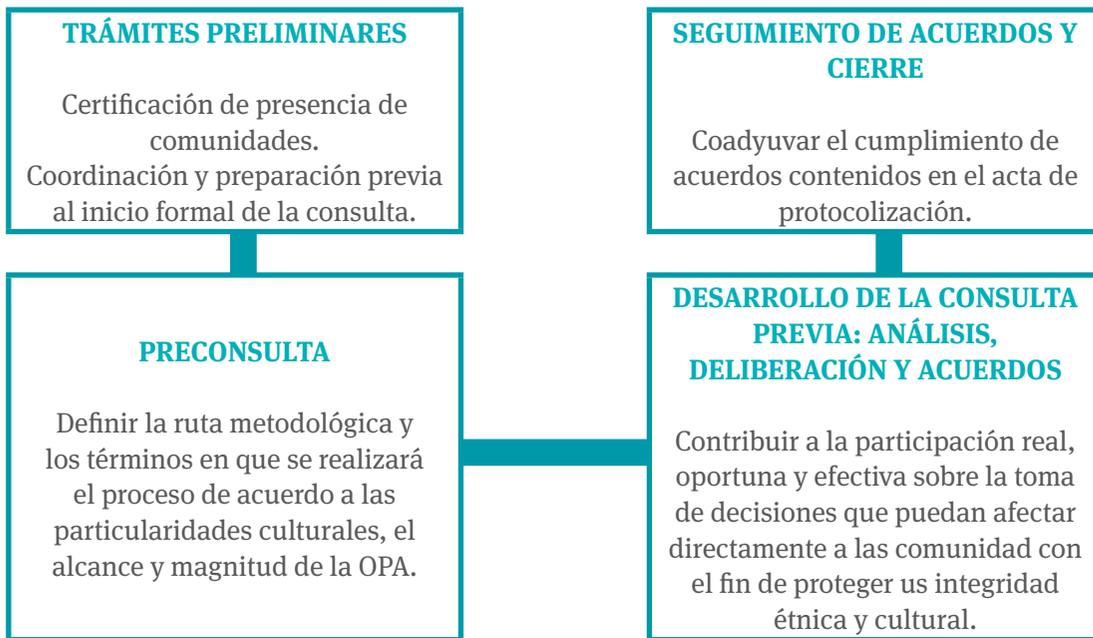
- Los que acuerden las partes en desarrollo del proceso.

**Fuente: Defensoría del Pueblo de Colombia**

**2.1.3. Etapas de las consultas previas**

En Colombia existen cuatro etapas o tiempos de consulta: **1)** los trámites preliminares, **2)** la pre-consulta, **3)** el desarrollo de la consulta previa: análisis, deliberación y acuerdos y **4)** el seguimiento de acuerdos y cierre.

Esquema N° 3  
Etapas de la consulta previa en Colombia



Fuente: Defensoría del Pueblo de Colombia

### 1. Sobre los trámites preliminares

El Ministerio del Interior ha establecido un procedimiento que deben realizar todas las personas naturales o jurídicas interesadas en ejecutar un proyecto, obra o actividad. Este permite identificar qué grupos étnicos se encuentran en la zona del proyecto a realizar. Para identificar a estos grupos, los interesados cuentan con una base de datos con información sobre población indígena, afrodescendiente, raizales, palenqueras y Rom. Si esta resulta insuficiente, se realiza una verificación en campo con la presencia del solicitante y las autoridades étnicas. Si culminado este proceso se certifica la presencia de grupos étnicos en la zona del proyecto, entonces se notifica al interesado que debe solicitar el inicio de una consulta previa.

## Esquema N° 4

### Procedimiento de la etapa preliminar de la consulta previa en Colombia





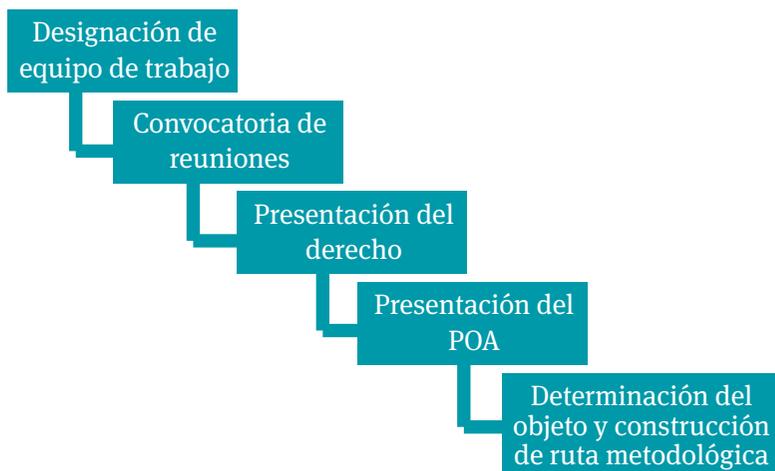
Fuente: Ministerio del Interior. Gobierno de Colombia<sup>17</sup>

## 2. Desarrollo de la preconsulta

Una vez definido que se va a llevar a cabo una consulta previa, antes de entrar a la fase de desarrollo de la consulta, se debe cumplir los siguientes cinco pasos para preparar a los diversos actores que van a participar del proceso:

1. Designar al equipo de trabajo.
2. Convocar las reuniones.
3. Realizar una presentación del derecho a la consulta previa.
4. Presentar el Plan Operativo Anual.
5. Determinar el objeto de la consulta y, en consecuencia, construir una ruta metodológica.

Esquema N° 5  
Flujograma de la preconsulta



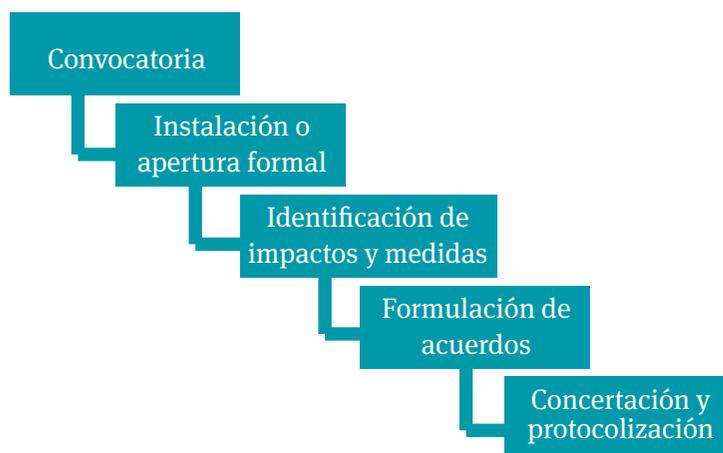
Fuente: Defensoría del Pueblo de Colombia

<sup>17</sup> MININTERIOR. "Procesos de Consulta Previa". Disponible en: <http://www.mininterior.gov.co/mision/direccion-de-consulta-previa/procesos-de-consulta-previa>

### 3. Sobre el desarrollo de la consulta previa

En la tercera etapa se desarrolla la consulta propiamente dicha. Empieza cuando se convoca a la reunión y continúa con las acciones protocolares de instalación o apertura formal del evento. Una vez resueltos esos pasos, se identifican los impactos que las medidas o proyectos van a ocasionar en la población afectada. Luego, se debate al respecto hasta llegar a acuerdos. Finalmente, se siguen los protocolos preestablecidos para que quede registro de los acuerdos concertados.

Esquema N° 6  
Flujograma de la consulta previa



Fuente: Defensoría del Pueblo de Colombia

En la negociación de acuerdos, la población indígena tiene a su disposición cinco tipos de medidas que se pueden exigir dependiendo de la afectación que vayan a recibir. La primera es la compensación que consiste en una indemnización por daños. La segunda es la corrección y tiene que ver con exigir que el que realiza la medida o proyecto restaure las condiciones del medio ambiente o territorio a como estaba antes del mismo. La tercera es la mitigación y consiste en exigir que se minimicen los impactos o efectos negativos del proyecto o medida. La cuarta es la prevención para evitar los impactos o efectos negativos antes de que se den. Finalmente, la quinta es la participación en beneficios que busca que los afectados participen de los beneficios producto de la explotación o aprovechamiento de los recursos naturales.

### Esquema N° 7

Medidas a ser identificadas y acordadas en la fase de consulta previa



Fuente: Defensoría del Pueblo de Colombia

#### 4. Seguimiento de acuerdos y cierre

Dado que los acuerdos a los que se llega por medio de la consulta previa son vinculantes, el proceso no culmina hasta que estos se cumplan. En esa línea, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior es la encargada de supervisar el cumplimiento de los acuerdos.

##### 2.1.4. Implementación de consultas previas

El Ministerio del Interior ha hecho el ejercicio de sistematizar las consultas previas realizadas en Colombia. Sin embargo, esta labor ha sido difícil por lo que la siguiente información es referencial:

Cuadro N° 7  
Consultas previas protocolizadas en Colombia (2011 - 2014)

Medidas administrativas	1.762
Proyectos de explotación de hidrocarburos	1,300
Proyectos de infraestructuras	495
Proyectos para generación y conducción de energía	158
Investigaciones académicas	86
Proyectos de explotación minera	201
Proyectos ambientales	40
<b>Total</b>	<b>4,042</b>
Consultas sin acuerdos favorables	17

Fuente: Defensoría del Pueblo de Colombia

Pese a que no se cuenta con información completa sobre las consultas realizadas, las culminadas y en desarrollo de mayor relevancia para los grupos étnicos son las siguientes:

**Cuadro N° 8**  
**Consulta previa de Proyectos, Obras o Actividades (POA), medidas legislativas y medidas administrativas en Colombia**

Consultas previas de POA y acciones legislativas y administrativas	Estado de avance
Plan Nacional de Desarrollo PIRC	Protocolizado
Decretos Ley 4633, 4634 y 4635 de 2011	Protocolizado
70 Planes integrales de reparación colectiva	Instalados
Censo Nacional Agrario	En proceso
Censo Nacional de Vivienda	En proceso
Sistema Indígena de Salud Propia e Intercultural SISPI- Departamento Guainía	En proceso
Ley de tierras y desarrollo rural	En proceso
Acceso a Información genética	En proceso-suspendida
Ley de Reforma normativa a las Corporaciones Autónomas Regionales	En proceso
Decreto 1953, Usos de territorio	Protocolizado
Decreto 2333, territorios ancestrales	Protocolizado

**Fuente: Defensoría del Pueblo de Colombia<sup>18</sup>**

## **2.2. El rol de la Defensoría del Pueblo de Colombia en la implementación del derecho de consulta previa**

En materia de consulta previa, la Defensoría del Pueblo de Colombia como integrante del Ministerio Público, ejerce acciones de control y vigilancia para promover la protección de los derechos fundamentales de los grupos étnicos. La Defensoría del Pueblo de Colombia participa de las consultas convocadas por el Ministerio del Interior y a petición de las comunidades étnicas. En ellas, desempeña acciones de asesoría, orientación, divulgación y acompañamiento a los sujetos del derecho. Estas acciones se realizan a través de las Defensorías del Pueblo Regionales existentes en cada departamento y, en casos que presenten situaciones complejas, por medio de la intervención directa de la Defensoría Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas.

<sup>18</sup> Información obtenida de entrevista al Ministerio del Interior y de Informe presentado en 2014 por Natalia Gutierrez, Viceministra de Participación.

### 2.2.1. Actuaciones de la Defensoría del Pueblo de Colombia en materia de consulta

La Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas realiza acciones orientadas al cumplimiento idóneo del derecho fundamental a la consulta previa. Ella participa en las reuniones de pre-consulta y consulta previa, elabora conceptos y documentos relacionados con el tema cuando estos son solicitados, y ofrece asesoría a las diferentes dependencias de la institución y a los sujetos de derecho cuando se ha vulnerado o se está por vulnerar este derecho fundamental. Entre las actividades específicas más relevantes que realiza se encuentran las siguientes:

- Estudia y analiza los pronunciamientos de la Corte Constitucional, sentencias de tutela y de constitucionalidad, así como los proferidos por la Sala de Consulta del Consejo de Estado sobre el tema de consulta previa. En esa línea, desde el año 2002 hasta 2011, participó en el Observatorio de Justicia Constitucional de la Defensoría del Pueblo y desarrolló una labor de análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con el fin de sistematizar las subreglas de las sentencias de tutela y constitucionalidad referidas a la garantía de los derechos de los grupos étnicos, entre estas las de consulta previa.
- Ofrece orientación, asesoría y remisión de información actualizada sobre doctrina jurisprudencial emitida por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado a las Defensorías del Pueblo Regionales. Asimismo, capacita a funcionarios de las oficinas regionales sobre los mecanismos judiciales de protección y defensa de este derecho fundamental, así como de los procedimientos que se deben realizar para la participación efectiva de los grupos étnicos en las consultas.
- Asesora sobre el derecho fundamental a la consulta previa y su alcance a los sujetos del derecho (pueblos indígenas, comunidades negras, raizales, palenqueras y pueblo Rom), desde la perspectiva de participación de las comunidades locales, sus autoridades y organizaciones locales, regionales y nacionales, como parte de la institucionalidad propia de los grupos étnicos.
- Requiere a las entidades competentes del nivel nacional, regional y local sobre el deber de cumplimiento en desarrollo de sus funciones, inherentes a garantizar el derecho fundamental a la consulta previa.
- Participa en reuniones interinstitucionales convocadas por las diferentes entidades de los órdenes nacionales o regionales relacionados con el tema de consulta previa con los grupos étnicos.
- Participa activamente en los escenarios nacionales y regionales de mesas y espacios de diálogo y concertación entre las entidades del Gobierno Nacional, regional o local con las autoridades de los grupos étnicos y sus organizaciones.
- Participa y acompaña directamente la mayoría de reuniones de consulta previa convocadas en zonas próximas al territorio de pueblos indígenas y comunidades negras, raizales y palenqueras.
- Coordina, acompaña y hace seguimiento a las consultas previas atendiendo requerimientos de la Corte Constitucional establecidos en sentencias de tutela.

- Estudia y analiza los proyectos de ley y decretos reglamentarios que sobre el tema de consulta previa, libre e informada pretenda expedir el Gobierno Nacional, con el fin de rendir un informe al respecto para fijar la posición institucional frente al tema.
- Estudia y analiza solicitudes de insistencia en revisión de sentencias de tutela ante la Corte Constitucional sobre el tema de consulta previa y argumenta su viabilidad ante la Dirección de Recursos y Acciones Judiciales.
- Participa como entidad garante en los escenarios de interlocución de los grupos étnicos con el Estado: Mesa Nacional de Concertación con los pueblos indígenas (Decreto 1397 de 1997), Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras y Mesa de Concertación con el pueblo Rom, entre otros.
- Brinda acompañamiento directo en las consultas previas a través de acciones relacionadas con asesoría a las autoridades de los grupos étnicos, elaboración de pronunciamientos y apoyo a las comunidades, y realiza acciones preventivas o legales en los casos que no se quiera consultar algún tipo de medida legislativa o administrativa por parte del Gobierno.
- Asesora directamente a las Defensorías Regionales para la participación en las consultas previas que se realicen en su jurisdicción. En este sentido, en el año 2011, la Sentencia T-129 marcó un hito en materia de participación en las consultas, puesto que la Corte Constitucional indica que “es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo...”, razón por la cual las convocatorias posteriores a 2011, se atienden a través de la participación de las Defensorías Regionales con el direccionamiento de la Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas.
- Elabora documentos técnicos y metodológicos para garantizar el papel de la Defensoría del Pueblo en las consultas previas de conformidad con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. En esa línea, se pueden destacar los siguientes casos de incidencia de la Defensoría a nivel nacional y regional: **a)** elección de los consultivos departamentales a partir de la Resolución 0121 de 2012 expedida por el Ministerio del Interior; **b)** Consulta del Plan Nacional de Desarrollo concertado por Gobierno Nacional con los grupos étnicos; **c)** Consulta previa para la expedición de los Decretos con fuerza de ley 4633, 4634 y 4635 de 2011 para la atención, reparación integral y restitución de derechos de las víctimas pertenecientes a grupos étnicos.
- Desarrolla procesos de divulgación y promoción, a través de talleres de formación en materia del derecho fundamental a la consulta previa, en el marco de los Autos 004 y 005 de 2009, para acompañar las consultas previas realizadas con los pueblos indígenas y comunidades negras para materializar el cumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional en estas providencias.
- Asimismo, en la vigencia 2015 realizó un proceso de formulación de un protocolo orientado a fortalecer el conocimiento especializado de los profesionales de la Defensoría del Pueblo, respecto a cada uno de los aspectos

necesarios para promover y proteger el derecho de consulta previa de las comunidades étnicas, en los procesos que se desarrollan en sus diferentes fases (pre-consulta, consulta y protocolización). Este trabajo desarrollado en campo con las comunidades étnicas focalizadas en tres regiones del país (Chocó, Putumayo y Bolívar), a cargo de una consultoría especializada con el acompañamiento de la Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas, se materializó en un documento digital que contiene metodologías y herramientas de apoyo para el mejor desempeño de la misión defensorial.

## 2.2.2. Instrumentos internos sobre consulta previa

En octubre de 2015, la Defensoría del Pueblo de Colombia, con el apoyo de ACIDI VOCA, elaboró el documento interno “Protocolo para la Actuación de la Defensoría del Pueblo en los procesos de Consulta y Consentimiento Libre, Previo e Informado de Programas, Obras y Actividades Susceptibles de Afectar a Pueblos y Comunidades Étnicas”, para que sirviera de guía en materia de consulta. A finales de 2015, este fue socializado durante el encuentro nacional de asesores étnicos quienes retroalimentaron, y validaron dicho documento. Actualmente se encuentra próximo a ser publicado.

De manera transversal, este documento rescata 14 principios que orientan la consulta previa que fueron elaborado sobre la base de lo dispuesto en la línea jurisprudencial colombiana y en las normas internas que las comunidades utilizan para afrontar casos específicos. A continuación se mencionan estos principios:

### 1. La buena fe

Como lo expresa la resolución 048 del resguardo de Cañamomo y Lomapieta sobre consulta previa, este principio consiste en “hablar con la verdad y con el propósito de ser seres éticos y transparentes en las actuaciones[...]. Este principio se asocia al deseo de hacer el bien al otro y evitar hacerle daño por las acciones conscientes o previsibles de nuestros propios actos. Por tal razón, cualquier acción que conlleve a un engaño, una mentira, una verdad a medida, una trampa, el uso de influencias y ocultar la información, será entendida como una violación a este principio, y podrá invalidar la consulta y el consentimiento previo, libre e informado”.

### 2. La representatividad y legitimidad

Mediante este principio se busca garantizar que las comunidades o pueblos estén debidamente representados a través de sus interlocutores válidos, de conformidad con sus propios patrones de representación, vocería y reconocimiento. Al respecto, la OIT ha planteado que, si bien en muchas circunstancias es difícil determinar quién

representa legítimamente a una comunidad, es necesario hacerlo, porque de otro modo la consulta no cumpliría con los requisitos del Convenio”.<sup>19</sup>

### **3. La oportunidad**

Este principio plantea que la consulta debe realizarse con la debida anticipación a la toma de las decisiones y a la realización de las obras, programas o proyectos que pretendan realizarse. En la sentencia C-187/11 de la Corte Constitucional, se estipula expresamente que la consulta debe ser oportuna, es decir, “que debe hacerse con anterioridad a la adopción de la medida pues, una vez tomada la misma, la participación de la comunidades étnicas no tendría utilidad alguna en la medida en que no podrían influir en el proceso decisorio”. En ese sentido, la aplicación de este principio garantiza el cumplimiento del carácter previo de la consulta y el efectivo derecho a la participación.

### **4. La publicidad y transparencia**

Este principio plantea que en las consultas se debe presentar toda la información con un lenguaje claro y sencillo. Asimismo, que lo presentado debe comprender todos los elementos en pro y en contra del proyecto o la medida. El objetivo de ello es que la comunidad o comunidades involucradas puedan fijar su posición de manera objetiva y consciente.

Según la sentencia C-214/13, el principio de publicidad cumple cuatro funciones. La primera permite la participación democrática y el ejercicio de los derechos políticos de los sujetos colectivos; la segunda facilita el ejercicio de otros derechos constitucionales, ya que permite conocer las condiciones necesarias para su realización; la tercera permite que los interesados impugnen los actos administrativos en los tiempos previstos por el ordenamiento legal y, finalmente, la cuarta funciona como mecanismo de control, lo cual lo vuelve una garantía de la lucha contra la corrupción.

### **5. El pluralismo jurídico**

Este principio rescata lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT. Dicho artículo plantea que los pueblos indígenas tienen derecho a que se respeten sus costumbres y sus instituciones propias, siempre que estos no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Asimismo, plantea que tienen

<sup>19</sup> OIT. Convenio 169 OIT sobre pueblos indígenas y tribales. Un manual. Ginebra, 2003 pág. 16.

derecho a que se establezcan procedimientos para solucionar los conflictos que surjan en la aplicación de este principio.

De manera complementaria, este principio se refuerza mediante lo dispuesto por el artículo 5 del mencionado Convenio que plantea que los pueblos tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales. También estipula que tienen potestad y derecho a participar plenamente, si así lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

## **6. La libre determinación**

Este principio se basa en que los pueblos y comunidades tienen potestad para decidir sobre sus opciones de vida, tener sus propias formas políticas y representar libremente a sus comunidades en los espacios de decisión del Estado. Este a su vez es considerado un derecho fundante y, por tanto, de máxima jerarquía.

En virtud de este principio, los pueblos indígenas tienen derecho a definir libremente su condición política y actuar sobre aquello relacionado a sus asuntos internos y locales con autonomía. Al respecto, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en su artículo 4, plantea que los pueblos tienen derecho a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas. Por otro lado, agrega que los Estados deben adoptar las medidas especiales que se precisen para salvaguardar a las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados; siempre y cuando tales medidas especiales no sean contrarias a los deseos expresados libremente por dichos pueblos.

## **7. La no discriminación**

Este principio se desprende directamente de lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Este plantea que los pueblos y comunidades étnicas gozan de iguales derechos al resto de la población y que el goce de sus derechos especiales, asociados a la diversidad étnica, no debe convertirse en un obstáculo para el ejercicio de los demás derechos humanos.

## **8. El *pro hómine***

El principio de interpretación *pro hómine* plantea que la aplicación jurídica siempre debe ser lo más favorable posible con el ser humano. En ese sentido, la aplicación jurídica debe apuntar a proteger, garantizar y promover los derechos humanos y fundamentales de las personas. En el marco de una consulta previa, la aplicación de este principio se traduce en que siempre, en caso de dudas, se debe de aplicar la norma más garantista para los grupos étnicos.

Al respecto, la Sentencia T-129/11va más allá. Esta plantea que “... en el evento en que se explore la alternativa menos lesiva con la participación de las comunidades étnicas en la construcción de la misma, y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento del grupo, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación *pro homine*”.

### 9. La precaución

Este es un principio común entre las normas internacionales sobre medio ambiente<sup>20</sup> y es muy considerado por buena parte de los programas, proyectos y actividades que comprometen el derecho al territorio. Este principio plantea que en caso de existir dudas sobre los impactos de una obra, proyecto o actividad sobre el medio ambiente, y de no tener una prueba científica completa sobre su inocuidad, se debe adoptar medidas protectoras.<sup>21</sup>

Desafortunadamente, las intervenciones de diferentes entidades del Estado y empresas interesadas en el desarrollo de obras o actividades, suelen evidenciar una posición totalmente contraria. Estas refutan la procedencia de la protección vía tutela argumentando que las comunidades no han probado el riesgo o daño que eventualmente puedan sufrir, y mucho menos la violación de sus derechos.

### 10. La prevención

Este principio plantea que, en caso de riesgo de afectación al derecho para la vida e integridad de las comunidades, las medidas o proyectos deben suspenderse mientras se eliminan tales riesgos y se dan las garantías para el ejercicio pleno del derecho a la consulta previa. Con ello, se busca evitar agravar la condición de vulnerabilidad de los pueblos o comunidades implicadas.

### 11. El diálogo intercultural

Mediante este principio se busca garantizar que las partes interesadas se escuchen mutuamente respetando las pautas culturales de quienes intervienen. Este principio está conectado con el derecho a la participación, el principio de la buena fe y el de información transparente. Este cobra aún mayor importancia cuando se trata de comunidades cuya lengua nativa no es el español. Al respecto la Organización

<sup>20</sup> Ley 1333 de 2009, establece su aplicación por presunción de culpa o dolo del infractor, asignándole a dichas medidas preventivas la función de prevenir, impedir o evitar la continuación de la ocurrencia de un hecho, la realización de una actividad o la existencia de una situación que atente contra el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana (...) ( Sentencia C-703/10).

<sup>21</sup> Ley 99 de 1993, Convenio de Diversidad Biológica.

Indígena de Colombia (ONIC) ha dicho que “es importante toda vez que los pueblos indígenas hablamos nuestras propias lenguas, por lo tanto, el Estado debe garantizar el mutuo entendimiento —en idioma de cada pueblo y en español— de los sujetos participantes en las consultas que adelante”.

## **12. La flexibilidad**

El principio de flexibilidad se basa en que, en coherencia con el derecho a la diversidad cultural, no es posible contar con un modelo único de consulta. Al respecto, la Corte Constitucional se pronunció mediante sentencia C-175/09 señalando que “los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y al artículo 7 de la Carta, los procesos de consulta deberán, ante todo, garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones”.

## **13. La razonabilidad y proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad estricta busca determinar si la eficacia que se pretende alcanzar frente a un derecho o principio justifica una restricción de otro principio constitucional determinado. En materia de consulta previa, en la Sentencia SU-039/97, la Corte invoca a este principio al precisar que “cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso, deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros”.

Este es un principio controversial, ya que es utilizado como fundamento para aplicar el *test* de proporcionalidad (Directiva 10 de 2013). Al hacerlo, se corre el riesgo de emplear este principio no como un método de análisis para garantizar derechos, sino como un procedimiento enfocado en su restricción.

## **14. La confianza legítima**

Este principio se aplica ante la existencia de acciones u omisiones estatales que lleven a generar en los particulares la convicción fundada de que se mantendrá el curso de acción previamente observado. Se configura cuando una persona, a partir de actos u omisiones continuadas de las autoridades públicas y, sin que medie una conducta dolosa o evidentemente culposa por su parte, desarrolle la expectativa fundada de la conservación de una situación jurídica determinada.

## 2.3. Buena práctica identificada por la Defensoría del Pueblo de Colombia

Cuadro N° 9  
Resumen de la buena práctica de la Defensoría del Pueblo de Colombia

Institución	Defensoría del Pueblo de Colombia.
La buena práctica	Moderar y supervisar el diálogo entre el ente responsable y los consultados durante el proceso de consulta.
Nombre de la consulta previa intervenida	Consulta sobre las medidas legislativas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas pertenecientes a grupos étnicos con ocasión del conflicto armado.
Actores involucrados y sus roles	Responsables de la consulta: Ministerio del Interior (Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías; Dirección de Comunidades Negras, afrocolombianas, Raizales y Palenqueras) y el Ministerio de Agricultura (Incoder, actualmente Agencia Nacional de Tierras).  Instituciones de control y vigilancia de la consulta: Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación) y Defensoría del Pueblo.  Consultados: Pueblos y comunidades indígenas, ROM, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, a través de sus respectivos representantes.
Razón de la intervención	Sentencia de la Corte Constitucional señala que “es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo...” [en las consultas previas] (Sentencia T-129 de 2011).
Derechos susceptibles de ser vulnerados	El derecho al territorio, lengua, autonomía, cultura, sitios sagrados, planes de vida propios, diversidad cultural, instituciones propias, sostenibilidad y pervivencia, recursos naturales, salud y educación.
Intervención de la Defensoría del Pueblo	Participó en calidad de institución de control y vigilancia, a efectos de promover el diálogo sostenido y respetuoso frente a los múltiples temas que se debatieron en los escenarios de concertación.
Resultado	Protocolización de las actas de acuerdo y posteriormente en la firma de los decretos ley que dieron cuerpo a la normatividad especial para reparar a las víctimas de los grupos étnicos.
Estado actual	Etapa de cumplimiento de acuerdos. La Defensoría del Pueblo realiza seguimiento al cumplimiento de lo establecido en los decretos.

### Elaboración: Defensoría del Pueblo de Perú

La buena práctica que ha elegido la Defensoría del Pueblo de Colombia se ejerció en el marco de la consulta en la que se formuló, concertó y aprobó la medida legislativa para reglamentar los derechos fundamentales, colectivos e integrales de las víctimas del conflicto armado, pertenecientes a los grupos étnicos de Colombia: pueblos indígenas, comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales y el pueblo gitano. En esa consulta, ellos identificaron como buena práctica las acciones que

desarrollaron en la misma, entre las cuales están la de acompañar, asesorar, orientar, mediar, observar y recomendar.

La iniciativa legislativa para reglamentar los derechos fundamentales, colectivos e integrales de las víctimas del conflicto armado, tenía un alcance nacional y sus efectos implicaban a todos los grupos étnicos de Colombia. Asimismo, la medida era susceptible de afectar a todo el conjunto de derechos específicos de los grupos étnicos. Por ejemplo, el derecho al territorio, lengua, autonomía, cultura, sitios sagrados, planes de vida propios, gobierno, instituciones propias, sostenibilidad y pervivencia, recursos naturales, salud, educación y planes integrales de restauración efectiva de sus condiciones de vida digna, preservando su identidad y diversidad cultural. Por esos motivos, se inició la consulta previa libre e informada.

La consulta se efectuó en Bogotá, D.C., en el marco de los escenarios de diálogo y concertación, los cuales se ejecutaron en las llamadas Mesas Permanentes de Concertación. En estas participaron autoridades de alto nivel del Gobierno Nacional, coordinadas por el Ministerio del Interior y por los representantes designados por los pueblos indígenas, comunidades negras y pueblo Rom. Los actores responsables de la consulta fueron las entidades estatales concernidas, entre ellas, la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías y la Dirección de Comunidades Negras, afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, ambas del Ministerio del Interior y el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER), actualmente Agencia Nacional de Tierras del Ministerio de Agricultura.

La consulta se desarrolló en extensas jornadas de trabajo, en las cuales participó el Ministerio Público, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, en calidad de instituciones de control y vigilancia. Dichas instituciones buscaban promover el diálogo sostenido y respetuoso frente a los múltiples temas que se debatieron en los escenarios de concertación. En el caso particular de la Defensoría del Pueblo, esa institución participó como mediador con el fin de aproximar las posiciones antagónicas de las partes en pro de alcanzar soluciones viables a la satisfacción de los derechos que se concertarían en cada caso.

En esa línea, la buena práctica de la Defensoría del Pueblo de Colombia, se expresó en su búsqueda constante por preservar los códigos de respeto del otro pese a las diferencias y en el esfuerzo por mantener la confianza respecto a los negociadores que representaban al Gobierno Nacional y a los representantes de los grupos étnicos que participaron en las mesas de discusión de cada uno de los temas. Entre sus acciones más significativas, la Defensoría del Pueblo recomendó desarrollar discusiones temáticas particulares en espacios técnicos con apoyo metodológico, a fin de esclarecer las confusiones y encontrar alternativas intermedias para propiciar acuerdos.

En línea con dicha recomendación, la Defensoría del Pueblo enfatizó en: **a)** la importancia de que se lleve a cabo un ejercicio preliminar de preparación consciente e informada, **b)** que se desarrolle un plan de acción de acompañamiento y **c)** que haya disponibilidad de tiempo suficiente para el diálogo. De manera complementaria, a lo largo de la consulta, bajo la directiva del Delegado para Indígenas y Minorías Étnicas, comisionados y comisionadas asistieron a todas las jornadas y colaboraron como organizadores y mediadores de los escenarios de diálogo que se sostuvieron en cada mesa temática.

Por otro lado, la Defensoría del Pueblo trabajó en asegurar que las condiciones para la participación y permanencia de los delegados de los grupos étnicos en las diferentes sesiones de la consulta, fuese garantizado en condiciones de dignidad. Es decir, trabajó para conseguirles cobertura de pasajes aéreos y terrestres de ida y vuelta para cada uno de los representantes étnicos, hospedaje adecuado, alimentación y acceso a servicios de salud en caso de necesidad. Dichas condiciones fueron garantizadas con presupuesto del Gobierno Nacional.

El resultado de esta actuación defensorial consistió en lograr promover los acuerdos. Tras un intenso proceso de diálogo se logró la protocolización de las actas de acuerdo y la posterior la firma sin objeciones de los Decretos Ley: 4633, 4634 y 4635 de 2011. Dicho consenso fue un logro significativo, especialmente si se toma en cuenta que se dio en un contexto en el que los participantes tenían diferencias sustanciales en torno a temas centrales como los derechos territoriales, la memoria histórica y la reparación de las víctimas étnicas.

Actualmente, la Defensoría del Pueblo se encuentra realizando seguimiento al cumplimiento de lo establecido en los decretos. Ello se puede observar en el informe que la institución ha presentado al Congreso de la República por parte de la Comisión de Seguimiento y Monitoreo.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Ministerio del Interior, República de Colombia. “Ley de Víctimas y Restitución de Tierras y Decretos Reglamentarios. Imprenta Nacional de Colombia, 2013. Pgs.98 y 99.

### 3. La Defensoría del Pueblo de Ecuador<sup>23</sup>

#### 3.1. El derecho a la consulta previa en Ecuador

##### 3.1.1. Marco normativo

El derecho a la consulta previa está vigente en Ecuador desde 1998, año en el que este país ratificó el Convenio 169. Asimismo, en virtud del principio *pro homine*, los artículos 13 y 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por Ecuador el 12 de agosto de 1977, pueden entenderse como parte del marco normativo que protege el derecho a la consulta. La misma lógica le sigue al artículo 25 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, ratificado el 6 de marzo de 1969.

En el plano interno, la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 57, inciso 7 señala que se debe garantizar a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada. Dicho derecho se debe ejercer en todos los planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en tierras de los sujetos mencionados y que puedan afectarles ambiental o culturalmente. Asimismo, deben realizarse dentro de un plazo razonable. Por otro lado, el inciso 7 también señala que los sujetos mencionados tienen derecho a participar en los beneficios que esos proyectos reporten y a recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. Finalmente, indica que en caso no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y a la ley.

En esa misma línea, el artículo 398 de la Constitución establece que “toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad”. Para ello, establece como prerrequisito que la comunidad debe ser informada amplia y oportunamente. Asimismo, señala que la “ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta”.

Pese a la contemplación constitucional expresa sobre el derecho a la consulta previa, Ecuador no cuenta con una ley específica sobre esa temática. Sin embargo, sí cuenta con diversas menciones al respecto en leyes sectoriales como: la Ley Orgánica de Recursos Hídricos usos y aprovechamiento del agua (Art. 68), la Ley Orgánica de Participación Ciudadana (Arts. 81, 82 y 83), el Código Orgánico de Organización Territorial (Art. 141), la Ley de Minería (Arts. 87 al 91) y el Reglamento General de aplicación de la Ley de Turismo (Arts. 10 y 11).

<sup>23</sup> Acápite desarrollado en función de la información oficial enviada por la Defensoría del Pueblo de Ecuador.

En el rubro hidrocarburos, Ecuador cuenta con un reglamento que fue promulgado por el Decreto 1247 con el nombre de “Reglamento para la Ejecución de la Consulta Previa libre e informada en los procesos de licitación y asignación de Áreas y Bloques Hidrocarburíferos”. Este define diversas pautas para realizar las consultas y en general hace referencia a temas de procedimiento, financiamiento, objeto, alcance y principios. Asimismo, establece el rol de los diversos participantes, quién es una autoridad competente para realizar una consulta y quiénes pueden ser sujetos de consulta.

Por su parte, todas las actividades que no pertenecen al sector hidrocarburos, se rigen, además por el Bloque Constitucional, por el Decreto 1040. Ese decreto hace referencia al Reglamento de participación establecido en la Ley de Gestión Ambiental de 2008 y a los Reglamentos emitidos por el Ministerio del Ambiente de Ecuador. Este señala que el Ministerio del Ambiente es la institución encargada de las consultas previas.

A nivel jurisprudencial, la Corte Constitucional de Ecuador en su Sentencia No. 001-10-SIN-CC del 18 de marzo de 2010, estableció criterios y parámetros a considerar en el marco del ejercicio y protección del derecho a la consulta previa.

### Cuadro N° 10 Criterios establecidos por la Corte Constitucional sobre el derecho de consulta previa

SENTENCIA 001-10-SIN-CC (18 de marzo de 2010) CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR para el periodo de transición	
Estándares:	
El carácter flexible del procedimiento de acuerdo al derecho interno del Estado y las tradiciones, usos y costumbres de los pueblos consultados.	La definición previa y concertada del procedimiento de negociación y de toma de decisiones mutuamente convenidas.
El carácter previo de la consulta, el proceso debe llevarse a cabo y concluir antes de inicio de cada etapa de la actividad.	La definición previa y concertada de los sujetos de consulta, que son los pueblos o comunidades que se verán afectados por la decisión.
El carácter público e informado de la consulta, los participantes deben tener acceso oportuno y completo a la información.	El respeto a la estructura social, a los sistemas de auto- ridad, y representación de los pueblos consultados.
La consulta no se agota con la mera información o difusión pública de la medida; la consulta previa debe ser un proceso sistemático de negociación o diálogo con los representantes legítimos de las partes.	El carácter sistemático y formalizado de la consulta.
La obligación de actuar de buena fe por parte de todos los involucrados.	El deber de difusión pública del proceso y el uso de un tiempo razonable.

SENTENCIA 001-10-SIN-CC (18 de marzo de 2010)  
CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR  
para el periodo de transición

El alcance de los resultados de la consulta no es vinculantes para el Estado, la opinión de los pueblos consultados tiene una connotación jurídica especial (cercana al softlaw de los derechos humanos), sin que implique la imposición de la voluntad de los pueblos indígenas sobre el Estado.

Respecto a los efectos del incumplimiento de esta obligación estatal, entre los que se destaca la responsabilidad internacional del Estado incumplido, y en el ámbito o internacional la eventual nulidad de los procedimientos y medidas adoptadas.

**Elaboración: Defensoría del Pueblo de Ecuador**

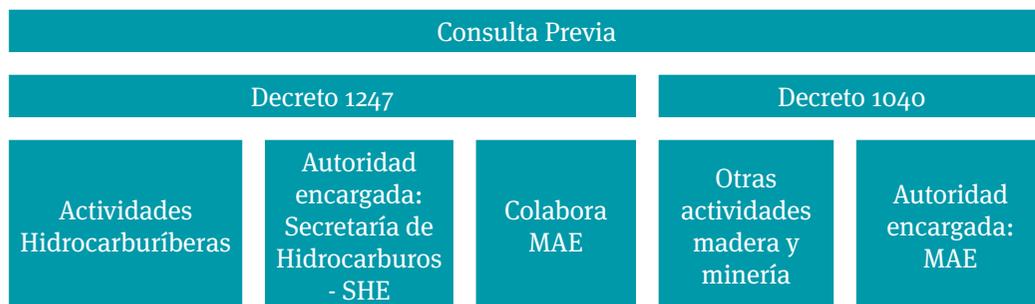
Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en la Sentencia Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador del 27 de junio de 2012, en el párrafo 177 resolvió que el Estado tiene el deber de consultar activamente y, de manera informada, a los integrantes de un pueblo o comunidad indígena, según sus costumbres y tradiciones en el marco de una comunicación constante entre las partes, cuando se desarrollen planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio.

**3.1.2. Actores en la consulta previa**

Dependiendo del sector del que se trate, las características y actores de la consulta previa en Ecuador son distintas. Sin embargo, el Estado siempre es el responsable de aplicar la consulta, a través de las instituciones públicas que correspondan de acuerdo a los principios constitucionales y a la normativa vigente. Esta labor estatal es indelegable a cualquier privado según lo dispuesto en el artículo 398 de la Constitución.

Si se trata de actividades que no pertenecen al rubro hidrocarburos, como minería o madera, la institución encargada de la consulta es el Ministerio del Ambiente y el procedimiento de consulta se establece siguiendo lo pautado por el Decreto 1040. Si se trata de una actividad del rubro hidrocarburos, la autoridad encargada es la Secretaría de Hidrocarburos (SHE) y se cuenta con la colaboración del Ministerio del Ambiente de Ecuador (MAE).

**Esquema N° 8**  
**Autoridades de la consulta**

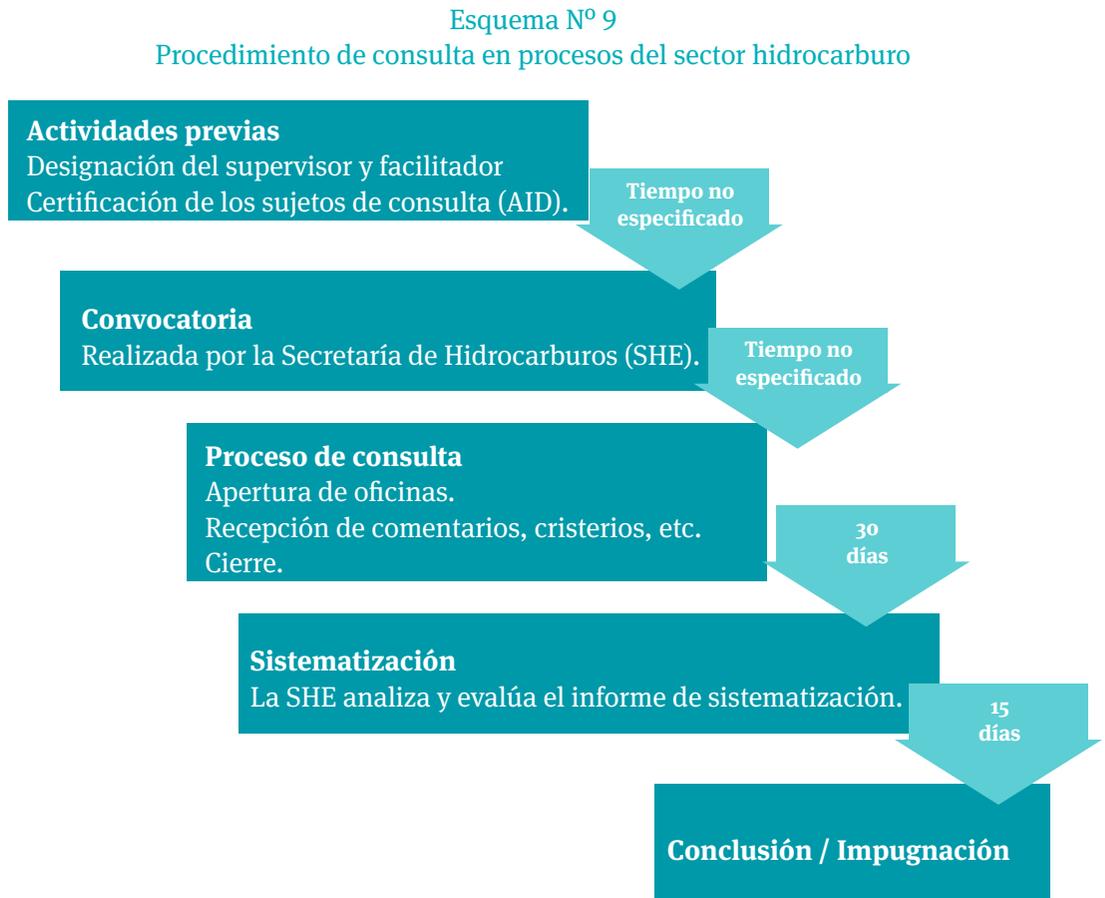


**Elaboración: Defensoría del Pueblo de Ecuador**

Por su parte, los sujetos de consulta, de acuerdo al artículo 57 de la Constitución, son las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

### 3.1.3. Implementación de las consultas previas

Como se mencionó anteriormente, las características de la consulta previa varía dependiendo del sector en el que se aplique. En los procesos de licitación y asignación de Áreas y Bloques Hidrocarburíferos se sigue el siguiente procedimiento de consulta:



**Elaboración: Defensoría del Pueblo de Ecuador**

En relación a la implementación, a la fecha, en el sector hidrocarburos se han realizado cuatro consultas previas. La primera se realizó en el año 2012 y abarcaba 17 bloques hidrocarburíferos repartidos en las provincias de Pastaza, parte de Morona, Santiago, Napo y Orellana. La segunda se realizó en 2013 y estaba relacionada con el bloque 10, ubicado en la provincia del Pastaza. La tercera se realizó en 2014 y estaba relacionada con el bloque 43 Ishpingo – Tambococha-Tiputini (ITT), ubicado en el

Cantón Aguarico, provincia de Arellana. Finalmente, la cuarta se desarrolló en 2015 y estaba relacionada con los bloques 74 y 75, ubicados en las provincias de Morona, Santiago y Pastaza.

## 3.2. El rol de la Defensoría del Pueblo en la implementación del derecho de consulta previa

### 3.2.1. Normas que habilitan a la Defensoría del Pueblo de Ecuador

La Defensoría del Pueblo de Ecuador tiene la obligación de proteger los derechos humanos. Al respecto, el artículo 215 de la Constitución ecuatoriana establece que tiene como funciones la protección y tutela de los derechos de las y los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país. En tanto ello, sus funciones le permiten y motivan a cuidar el derecho a la consulta previa, no solo porque es un derecho de los pueblos indígenas, sino porque es una herramienta que permite proteger los derechos colectivos de esa población.

Para actuar con respecto a la consulta previa, la Defensoría del Pueblo de Ecuador tiene la facultad de investigar y resolver sobre acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos. Asimismo, según se establece en el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo,<sup>24</sup> tiene la potestad de intervenir en aquellos casos que estén relacionados a la protección del medio ambiente y del patrimonio.

**Art. 8.-** Son deberes y atribuciones del Defensor del Pueblo, a más del ejercicio de las funciones determinadas en los literales **a)** y **b)** del artículo 2 de esta Ley, las siguientes: (...) **g)** Intervenir como parte en asuntos relacionados a la protección del medio ambiente y del patrimonio.

Por otro lado, la Defensoría del Pueblo de Ecuador está facultada para intervenir como mediadora en conflictos entre personas jurídicas y organizaciones populares con la administración pública, siempre y cuando el Defensor lo considere procedente y necesario. Sin embargo, también está obligada a responder a las inquietudes individuales o colectivas que le presenten mediante las vías formales preestablecidas, según lo indica el artículo 14 de su Ley Orgánica.

**Art. 14.-** Cualquier persona, en forma individual o colectiva, que invoque un interés legítimo, sin restricción alguna, podrá dirigirse al Defensor del Pueblo para presentar una queja, incluyéndose a los incapaces relativos, y por los incapaces absolutos podrán hacerlos sus representantes.

<sup>24</sup> Publicada en el Registro Oficial 7 del 20 de febrero de 1997.

### 3.2.2. Instrumentos internos sobre consulta previa

La Defensoría del Pueblo de Ecuador no cuenta con lineamientos específicos internos con respecto a la consulta previa. Sin embargo, cuenta con una hoja de ruta interna, para la actuación de la institución y la atención de casos para la protección de derechos de la naturaleza y ambiente, entre los que se encuentra el derecho a la consulta previa. Esa hoja de ruta está publicada en el Manual de Normas y Jurisprudencia de Derechos de la Naturaleza y Ambiente.<sup>25</sup>

El apartado “La Consulta previa, libre e informada” del Manual de Normas y Jurisprudencia de Derechos de la Naturaleza y Ambiente, brinda información legal sobre la consulta previa en Ecuador. Asimismo, señala cuatro elementos que deben ser tomados en consideración en toda consulta. El primero es que la consulta debe ser previa. Al respecto, rescata una cita de Bartolomé Clavero, miembro del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, quien señala que “previo” significa:

“[...] que se permite tiempo suficiente para la recopilación de información y para el pleno debate, lo que incluye la traducción a los idiomas tradicionales antes de que se inicie el proyecto. No deberá existir ninguna presión para tomar la decisión con prisa, ni ninguna limitación temporal. Ningún plan o proyecto podrá comenzar antes de que este proceso haya concluido por completo y el acuerdo se haya perfeccionado”.

El segundo elemento señala que se debe tomar en cuenta que toda consulta debe ser libre:

Entendemos entonces que una consulta es libre porque no existe coerción, intimidación, presión o manipulación externa como: incentivos monetarios, estrategias de división, amenazas, represalias, persecución o violencia de alguna de las partes. El Estado debería establecer lineamientos que eviten que situaciones como estas se produzcan. En consecuencia, el Estado debe reconocer y respetar la forma de toma de decisiones que adopten los colectivos y personas. Esto permitirá salvaguardar las decisiones que adopten las poblaciones afectadas, y que esté libre de injerencias de cualquier tipo (estatal o particular).

El tercer elemento señala que todo proceso de consulta debe ser informado. Al respecto, se menciona que los actores consultados tienen derecho a acceder

<sup>25</sup> Disponible en: <http://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/105>

oportunamente a toda la información necesaria para comprender el alcance e implicaciones del proyecto. Asimismo, tienen derecho a recibir esa información en un lenguaje que les sea accesible, incluso si eso implica la necesidad de traducirla a lenguas originarias. Complementariamente, tienen derecho a recibir material alternativo, como videos o documentos visuales. Finalmente, la información mínima que deben recibir debe cumplir con lo establecido por el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, a través de las Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas:

1. La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto.
2. La razón o las razones o el objeto del proyecto o la actividad.
3. La duración del proyecto o la actividad.
4. La ubicación de las áreas que se verán afectadas.
5. Una evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluso los posibles riesgos, y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución.
6. El personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto (incluso pueblos indígenas, personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales).
7. Los procedimientos que puede entrañar el proyecto.

Finalmente, el cuarto elemento se da en relación a la necesidad realizar la consulta dentro de un plazo razonable. Por ello, se entiende que sea lo suficientemente corta para que no se sufran desgastes entre las comunidades y el Estado, pero que sea lo suficientemente larga para que permita la transferencia de información y la generación de espacios de diálogo suficientes para comprender las características del proyecto.

### 3.2.3. Actuaciones de la Defensoría del Pueblo de Ecuador en materia de consulta

En el marco de sus atribuciones constitucionales y legales, la Defensoría del Pueblo ha expedido dos resoluciones defensoriales y un Recurso de Revisión en materia de consulta previa. La primera resolución fue la 008-DPE-DINAPROT-48381-2010-EG del 8 de mayo de 2012,<sup>26</sup> referente a la extracción de muestras de sangre de Waoranis.

<sup>26</sup> Disponible en: <http://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/696>

Se sospechaba que desde 1991, el Instituto Coriell de Estados Unidos, vendía material genético de la nacionalidad Waoraní, sin haber informado ni consultado previamente a esa población sobre la extracción y venta de su sangre. Ante esa situación, mediante la resolución mencionada, la Defensoría, entre otras cosas:

- Solicitó que se desarrollara una investigación sobre el caso.
- Solicitó que se acogiera la queja contra el Instituto Coriell, la Escuela Médica de Harvard y la petrolera Maxus por poseer ilegalmente las muestras de sangre de los miembros de la nacionalidad Waraoní.
- Exhortó al Ministerio Coordinador del Patrimonio Natural y Cultural para que velara por el cumplimiento de los derechos al patrimonio cultural de los pueblos y nacionalidades indígenas del país.
- Recomendó a la Asamblea Nacional y al Ministerio de Salud Pública reparar el daño causado en el ámbito de su competencia y elaborar un proyecto de Ley para el manejo del material genético humano.
- Recomendó al Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual que buscara mecanismos de coordinación y planificación interinstitucionales para la regulación de los conocimientos tradicionales, recursos genéticos y expresiones culturales tradicionales de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. También recomendó que luchará contra la biopiratería.

Con referencia a ese mismo caso, la Defensoría presentó el Recurso de Revisión de 30 de octubre de 2012,<sup>27</sup> mediante el cual, entre otras cosas, resolvió que el Instituto Coriell, la Escuela de Harvard y la compañía petrolera Maxus vulneraron cinco derechos de la nacionalidad Waraoni por poseer ilegalmente muestras de sangre de sus miembros. Los derechos vulnerados fueron: a la integridad personal, al consentimiento, a la igualdad y no discriminación, a la dignidad de los pueblos y al derecho al patrimonio natural, cultural y recursos genéticos. También se señaló que el Instituto Coriell es responsable directo, tanto de la manipulación genética como de la distribución de siete cultivos celulares y 36 muestras de ADN.

Ante esa situación, se presentó recomendaciones a diversas autoridades competentes, como la Asamblea Nacional, la Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana, el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador, entre otros. Finalmente, se exhortó a que las diferentes partes interpongan las acciones administrativas o judiciales que consideren pertinentes.

<sup>27</sup> Disponible en: <http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/666/1/REV-024-DPE-2012.pdf>

En otro caso, la Defensoría presentó la Resolución Defensorial N°010-DPE-DINAPROT-DNDNA-54011-2013-ATV, del 16 de mayo de 2013,<sup>28</sup> con referencia al proyecto minero Río Blanco. Dicho proyecto afectaba a 615 hectáreas del área de amortiguamiento del Parque Nacional Cajas y a 79.5 hectáreas del Bosque Protector Molleturo. De igual forma, afectaba a 70 comunidades que no habían sido informadas ni consultadas al respecto. Ante esa situación, mediante la resolución mencionada se resolvió, entre otras cosas:

- Declarar que las acciones implementadas por el Ministerio del Ambiente, requiriendo el cumplimiento de 121 observaciones al Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Río Blanco, constituye una medida para precautelar el ecosistema del Bosque Protector Molleturo Mollopongo en cuyos territorios se encuentran las concesiones mineras del proyecto Río Blanco.
- Recomendar al Ministerio del Ambiente que realice una verificación *in situ* que permita determinar si la concesión CANOAS 1 del proyecto Río Blanco intersecta con el Parque Nacional Cajas y, de ser así, tomar las medidas determinadas en el Art. 407 de la Constitución de la República.

Asimismo, se aprovechó la oportunidad para exhortar a la Asamblea Nacional del Ecuador, a la Presidencia de la República y a los ministerios involucrados en la explotación de recursos naturales, a que realizaran esfuerzos para construir colectivamente un proyecto de Ley sobre Consulta Previa. Esta ley permitiría establecer con claridad los mecanismos más adecuados para garantizar el proceso de consulta con diálogo intercultural con la finalidad de llegar a acuerdos con las comunidades consultadas.

### 3.3. Buena práctica identificada por la Defensoría del Pueblo de Ecuador

Cuadro N° 11  
Resumen de la buena práctica de la Defensoría del Pueblo de Ecuador

Institución	Defensoría del Pueblo de Ecuador
La buena práctica	Presentar una Resolución Defensorial a raíz del proyecto minero Río Blanco en la que cuestiona y hace propuestas con relación al tratamiento de la consulta previa en el país.
Nombre de la consulta previa intervenida	La acción de la Defensoría del Pueblo no se dio en una consulta sino por la falta de su implementación en el marco del proyecto minero Río Blanco.
Actores involucrados y sus roles	Organizaciones indígenas representantes de personas vulneradas; Coordinadora Nacional por la Defensa de la Vida y Soberanía; Frente de Mujeres Defensoras de la Pachamama y Coordinación Popular de la Defensa de Molleturo.  Promotor de la consulta previa: Defensoría del Pueblo.

<sup>28</sup> Disponible en: <http://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/151>

Institución	Defensoría del Pueblo de Ecuador
Razón de la intervención	Se solicitó a la Defensoría del Pueblo el patrocinio de una acción por incumplimiento, debido a que se había dispuesto el proyecto minero Río Blanco que afecta a 615 hectáreas de área de amortiguamiento del Parque Nacional Cajas y 79,5 hectáreas del Bosque Protector Molleturo – Mollepongo, sin realizar una consulta previa.
Intervención de la Defensoría del Pueblo	<p>Realizó una investigación defensorial.</p> <p>Emitió una Resolución Defensorial en la que propuso que debe existir una Ley de Consulta Previa, criticó la falta de información en el proceso de participación ciudadana y criticó la ausencia de una consulta previa en el caso del proyecto minero Río Blanco.</p> <p>Realizó gestiones a fin de que se puedan concretar las recomendaciones constantes en la Resolución Defensorial. Por ejemplo, emitieron alrededor de 16 providencias de seguimiento y llevaron a cabo reuniones de trabajo.</p> <p>Exhortó a la Asamblea Nacional, a la Presidencia de la República y a los ministerios involucrados en la explotación de recursos naturales, a realizar esfuerzos para construir colectivamente un proyecto de ley sobre consulta previa.</p>
Resultado	La intervención aún no ha generado resultados. Actualmente se continúa realizando el seguimiento al cumplimiento de lo resuelto por la Defensoría desde el 26 de agosto de 2013.
Estado actual	No existe acuerdo de la Asamblea Nacional para la emisión de la ley sobre consulta previa.

#### Elaboración: Defensoría del Pueblo de Perú

La Defensoría del Pueblo de Ecuador ha elegido como buena práctica la presentación de una Resolución Defensorial a raíz del proyecto minero Río Blanco en la que critica y hace propuestas con relación al tratamiento de la consulta previa en el país. Dicha acción no se dio en el marco de una consulta previa sino ante la omisión de su implementación en el proyecto minero Río Blanco.

El proyecto minero Río Blanco afecta a 615 hectáreas de área de amortiguamiento del Parque Nacional Cajas y a 79,5 hectáreas del Bosque Protector Molleturo – Mollepongo. Dicha área se caracteriza por tener un ecosistema de páramo de donde nacen fuentes de agua que son utilizadas para la agricultura y consumo humano en zonas bajas y adyacentes al mismo. Por ese motivo, la ejecución del proyecto amenazaba con impactar de manera directa el acceso al recurso hídrico por parte de la población de la zona. Pese a ello, el proyecto no contó con una consulta previa, solo con un proceso de participación social.

Ante esa situación, la Defensoría del Pueblo recibió la petición de presentar una acción de incumplimiento del mandato minero. La petición señalaba que la comunidad afectada no había sido informada, ni consultada. Frente a ello, la Defensoría del Pueblo de Ecuador realizó una investigación defensorial y requirió

información al Ministerio de Minas y al Ministerio de Ambiente con la finalidad de conocer su accionar frente a este caso.

Posteriormente, basándose en los resultados de la investigación realizada, la Defensoría emitió la Resolución Defensorial No. 010-DPE-DINAPROC-DNDNA-54011-2013-ATV del 16 de mayo de 2013. En ese documento presentó su desacuerdo sobre el caso señalado y en el cual no se llevó a cabo el proceso de consulta previa. Asimismo, exhortó a la Asamblea Nacional, a la Presidencia de la República y a los Ministerios involucrados en la explotación de recursos naturales, a realizar esfuerzos para construir colectivamente un proyecto de ley sobre consulta previa.

Luego de emitida la Resolución Defensorial, la Defensoría del Pueblo realizó múltiples gestiones a fin de que se pudieran concretar las recomendaciones planteadas. Por ejemplo, emitió alrededor de 16 providencias de seguimiento y ha llevado a cabo reuniones de trabajo. Pese a los esfuerzos, a la fecha no existe un acuerdo de la Asamblea Nacional para la emisión de la ley sobre consulta previa.

## 4. La Defensoría del Pueblo de Perú<sup>29</sup>

### 4.1. El derecho a la consulta previa en Perú

#### 4.1.1. Contexto histórico

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes fue ratificado por el Perú en 1993 y entró en vigencia en 1995.<sup>30</sup> Sin embargo, el Estado peruano implementó este derecho 16 años después de la aprobación del Convenio.

El contexto previo a la implementación de la consulta se caracterizó por ser de creciente tensión social. Los trágicos hechos ocurridos en el conflicto de Bagua<sup>31</sup> que

<sup>29</sup> Acápite desarrollado en función de la información oficial enviada por la Defensoría del Pueblo de Perú.

<sup>30</sup> El Estado peruano ratificó el Convenio 169, el 26 de noviembre de 1993, mediante la resolución legislativa N° 26253. El depósito internacional fue hecho ante la OIT en Ginebra el 02 de febrero de 1994 y entró en vigor un año después.

<sup>31</sup> Desde el año 2006 el Congreso de la República aprobó cuatro Proyectos de Ley y, el Poder Ejecutivo 99 Decretos Legislativos. Todas estas normas fueron altamente criticadas por distintas organizaciones indígenas, quienes expresaron su malestar por diversas vías formales e informales, sin lograr ningún resultado. Debido a la falta de mecanismos adecuados para manejar la situación, el conflicto escaló a niveles violentos. Véase "Actuaciones Defensoriales en el marco del conflicto de Bagua". Disponible en; <http://www.defensoria.gob.pe/buscador.php>

dejó un fatídico saldo de 33 personas fallecidas (5 personas indígenas, 23 efectivos policiales y 5 civiles), y un número indeterminado de civiles heridos —entre indígenas y habitantes locales—, interpelaron al Estado para el cumplimiento efectivo del derecho a la consulta previa.

En ese contexto y con el objetivo de evitar que se repitan los sucesos vividos en Bagua, la Defensoría del Pueblo presentó ante el Congreso de la República el proyecto de “Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas”. Luego de un intenso debate y consenso, el proyecto fue promulgado como Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), el 7 de septiembre de 2011, en adelante Ley de consulta previa.

#### 4.1.2. Marco normativo

En el marco internacional, la consulta previa en el Perú se rige por lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT. Al ser este instrumento normativo un tratado sobre derechos humanos, el Convenio complementa las cláusulas sobre derecho de los pueblos indígenas que recoge la Constitución Política de 1993.<sup>32</sup>

Asimismo, la normativa peruana recoge lo dispuesto en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Esta norma tiene carácter *softlaw*, y ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional del Perú como un instrumento normativo que conlleva fuerza moral y una evidente orientación de la comunidad internacional hacia el respeto y tutela de los derechos de los pueblos indígenas.<sup>33</sup>

Finalmente, en el plano internacional, la jurisprudencia producida por las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es fuente de interpretación de los derechos fundamentales en el Perú.<sup>34</sup> En esa línea, las dos sentencias más significativas son la vinculada al Caso Saramaka vs. Surinam, del 28 de noviembre de 2007, y la del Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, del 27 de junio de 2012.

<sup>32</sup> Tribunal Constitucional, sentencia EXP. N.° 0022-2009-PI/TC, párrafo 9.

<sup>33</sup> Tribunal Constitucional, sentencia EXP. N.° 0022-2009-PI/TC, párrafos 6-8.

<sup>34</sup> De acuerdo al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, son fuente de interpretación de derechos fundamentales “las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

En cuanto a la normativa nacional, no existe una mención expresa en la Constitución respecto al derecho a la consulta previa. Sin embargo, su garantía se encuentra implícita en el artículo 2, inciso 19, el cual reconoce y protege el derecho a la identidad étnica y cultural. El Perú es uno de los pocos países que cuenta con una ley de desarrollo constitucional del derecho a la consulta previa. En efecto, como señalamos, el 7 de setiembre del año 2011, se promulgó la Ley N° 29785, Ley de consulta previa, reglamentada mediante el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, del 3 de abril de 2012.

De manera complementaria, el Ministerio de Cultura, en su rol de órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo,<sup>35</sup> ha aprobado los siguientes instrumentos:

- Resolución Ministerial N°001-2012-VMI-MC, del 24 de agosto de 2012, que crea los Registros de Intérpretes de Lenguas Indígenas u Originarias y de Facilitadores.
- Directiva N° 003-2012/MC, del 22 de mayo de 2012, que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de los Pueblos Indígenas u Originarios.
- Directiva N° 006-2012/MC, del 5 de octubre de 2012, que regula el procedimiento para el registro de intérpretes de lenguas indígenas u originarias.
- Directiva N° 002-2013-VMI/MC, del 9 de diciembre de 2013, que aprueba el procedimiento del derecho de petición de los pueblos Indígenas para su inclusión en un proceso de consulta previa o para la realización del mismo, en el Ministerio de Cultura.
- Directiva N° 001-2014-VMI-MC, del 25 de febrero de 2014, que establece instrumentos de recolección de información social y fija criterios para su aplicación en el marco de la identificación de los pueblos indígenas u originarios.

<sup>35</sup> Primera disposición complementaria final de la Ley N° 29785.

### 4.1.3. Actores en la consulta previa

- **Ente promotor**

Todas las entidades estatales encargadas de aprobar una medida legislativa o administrativa susceptible de afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas, están obligadas a realizar una consulta previa. A ellas se les llama *entidades promotoras*. La normativa peruana no prevé la posibilidad de que empresas privadas realicen procesos de consulta, en todos los casos estas deben ser realizadas por el Estado.<sup>36</sup> Concretamente, en el Perú las entidades promotoras pueden ser: la Presidencia del Consejo de Ministros, los ministerios, los organismos públicos, el Congreso de la República, los gobiernos regionales y los gobiernos locales.

- **Sujetos de derecho**

De acuerdo a lo previsto en la ley, son sujeto de derecho a la consulta previa todo pueblo que descienda de poblaciones que habitaban en el país en la época de la colonización, mantenga todas o parte de sus instituciones sociales, económicas, culturales o políticas, y tenga conciencia de su identidad indígena.

El derecho a la consulta se ejerce a través de la representación de sus líderes indígenas o de sus instituciones representativas. Por ejemplo, son característicos los Apus, jefes de comunidad, autoridades comunales, asambleas comunales, consejos de ancianos, entre otros. Asimismo, en determinados casos, la consulta previa se realiza con organizaciones indígenas de alcance nacional como AIDSESEP, CONAP, CUNARC, CCP, CNA, ONAMIAP, FEMUCARINAP así como organizaciones indígenas de ámbito regional y otras de índole local, dependiendo del ámbito de la aplicación de la medida administrativa o legislativa consultada.

- **Órgano técnico especializado**

El Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura es el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.<sup>37</sup> Como tal, busca “fomentar y garantizar los derechos y el desarrollo integral de los grupos culturalmente diversos del país, y construir una ciudadanía que reconozca, respete y se enriquezca de la interacción con la diversidad cultural”.<sup>38</sup> Entre sus funciones se encuentran las de

<sup>36</sup> En el artículo 3 de la Ley de Consulta Previa se prevé que la finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo entre el Estado y los pueblos o comunidades consultadas, no entre la empresa y estas últimas. Este mismo objetivo se expresa en los artículos 4, inc. c y g; Art. 8 Inc. f; Art. 9.

<sup>37</sup> Primera disposición complementaria final de la Ley del Derecho a la Consulta Previa.

<sup>38</sup> Ver: <http://cultura.gob.pe/interculturalidad>

concertar, articular y coordinar la implementación del derecho de consulta.<sup>39</sup> Para tal efecto, cuenta con una Dirección de Consulta Previa, que es la encargada de realizar las acciones vinculadas a la promoción de la implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas del país. Una de sus principales funciones es brindar asistencia técnica<sup>40</sup> a las partes protagónicas del proceso de consulta, es decir, a las entidades promotoras y a los pueblos indígenas.

- **Participación de terceros interesados**

Si la medida sometida a consulta fue solicitada por un administrado, como es el caso de las empresas interesadas en realizar algún proyecto extractivo, éste puede ser invitado al proceso, a pedido de cualquiera de las partes, con el fin de brindar información, realizar aclaraciones o evaluar la realización de cambios respecto al contenido de la medida. Esto se puede realizar en cualquier etapa del proceso. Así lo dispone el artículo 12 del Reglamento de la Ley de consulta previa. Sin embargo, este dispositivo sólo hace referencia a la participación de privados vinculados al proceso de consulta.

Pese a ello, se ha evidenciado como una buena práctica incluir además a otras instituciones del Estado que puedan brindar información que complemente a la que brinda el ente promotor o que ayuden a enfrentar las demandas de los pueblos consultados en referencia a temáticas que excedan la medida consultada.

- **Asesores y observadores**

Pueden participar como observadores los organismos internacionales o los representantes de la sociedad civil que sean invitados por la entidad promotora y las organizaciones indígenas participantes del proceso de consulta. Usualmente, se busca contar con la presencia de observadores para dar garantía de la transparencia del proceso.

Por otro lado, en algunos procesos se admite la participación de ONG especializadas para realizar labores de asesoría a nivel técnico.<sup>41</sup> Sin embargo, debe precisarse que en ningún caso asumen un rol de vocería.

<sup>39</sup> Inciso 1.4 artículo 1 y artículo 28 del Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa.

<sup>40</sup> Disponible en: <http://www.cultura.gob.pe/es/interculturalidad/consultaprevia>

<sup>41</sup> Este fue el caso, por ejemplo, del proceso de consulta previa al área de conservación regional Majijuna – Kichwa, en el que el pueblo Majijuna contó con la asesoría de Naturaleza y Cultura Internacional y el pueblo Kichwa con la asesoría de la Comisión Episcopal de Acción Social (CEAS).

#### 4.1.4. Etapas de la consulta previa<sup>42</sup>

El artículo 8 de la Ley de consulta previa prevé un procedimiento de siete etapas que el ente promotor debe llevar a cabo para implementar un proceso de consulta.<sup>43</sup>

#### Esquema N° 9 Etapas de los procesos de consulta previa en el Perú



Elaboración: Defensoría del Pueblo de Perú

#### **Etapa I: Identificación de la medida legislativa y administrativa**

En la etapa 1, la entidad promotora determina si la medida administrativa o legislativa que aprobará es susceptible de afectar los derechos colectivos de pueblos indígenas. En caso concluya que sí, deberá implementar un proceso de consulta previa. Esta etapa carece de plazos y suele superponerse con la etapa 2.

Debe precisarse que las medidas administrativas a consultar son tanto las normas reglamentarias de alcance general, como todo acto administrativo que conlleve una decisión que pueda afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Mientras que las normas legislativas son aquellas normas con rango de ley.

#### **Etapa II: Identificación de los pueblos indígenas u originarios**

En esta etapa, corresponde al ente promotor identificar a los pueblos o comunidades indígenas y a sus organizaciones representativas, cuyos derechos colectivos puedan

<sup>42</sup> Sección desarrollada en base al documento “Lineamientos de actuación defensorial para la supervisión de los procesos de consulta previa”, aprobado por Resolución Administrativa N° 038-2015/DP-PAD de la Defensoría del Pueblo de Perú.

<sup>43</sup> Desarrolladas en el Reglamento (artículos 14 al 20).

ser afectados por la medida a realizar. No se cuenta con un plazo establecido por la norma para tal efecto. Esta etapa está estrechamente vinculada con la anterior.

Para identificar correctamente a los pueblos indígenas, los entes promotores pueden recurrir a tres instrumentos de apoyo emitidos por el Ministerio de Cultura. La primera es la Directiva N° 001-2014-VMI-MC, que establece un conjunto de lineamientos que facilitan el proceso de identificación de los pueblos indígenas; la segunda es una Guía Metodológica<sup>44</sup> elaborada específicamente para esta etapa, y el tercer instrumento es la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios,<sup>45</sup> que contiene información relativa a:

- La denominación oficial y otras denominaciones de los pueblos indígenas.
- La ubicación geográfica de los centros poblados amazónicos.
- Las lenguas indígenas utilizadas por los diferentes pueblos.
- La lista de las organizaciones indígenas de alcance nacional.

### **Etapa III: Publicidad de la medida administrativa o legislativa**

En la tercera etapa, la entidad promotora debe hacer pública la medida consultada, mediante una metodología y procedimiento culturalmente adecuados. Para ello, la entidad promotora debe cumplir con entregar la medida objeto de consulta empleando una estrategia de comunicación que rescate el idioma y las costumbres del pueblo indígena consultado. De ser posible se deben traducir los documentos relevantes a entregar, con el fin de garantizar su comprensión.

Asimismo, la entidad promotora debe entregar el Plan de Consulta a las organizaciones representativas del pueblo consultado. En ese sentido, esta etapa tiene por objetivo poner en conocimiento del pueblo indígena consultado tanto la medida como la forma cómo se implementará el proceso de consulta.

### **Etapa IV: Información sobre la medida legislativa o administrativa**

El objetivo de la cuarta etapa, que tiene una duración de 30 a 60 días, es que los pueblos indígenas comprendan el contenido de la medida consultada, de modo que puedan conocer los motivos, sus implicancias, impactos y consecuencias, y puedan formarse una opinión colectiva sobre sus posibles efectos positivos y negativos.

En ese sentido, durante esta etapa es obligación de la entidad promotora brindar información completa sobre los alcances de la medida materia de consulta. Su reto principal es traducir y explicar de manera sencilla y culturalmente adecuada la información técnica y jurídica relacionada a dicha medida. Para lograrlo, la entidad

<sup>44</sup> Disponible en: <http://www.cultura.gob.pe/sites/default/files/noticia/tablaarchivos/guiaidentificacionppiifinal.pdf>

<sup>45</sup> Disponible en: <http://bdpi.cultura.gob.pe/>

promotora, en consenso con el pueblo consultado, debe incorporar en el plan de consulta metodologías que consideren las diferencias culturales, las barreras de acceso a la educación y las diversas formas de aprendizaje de los participantes.

Asimismo, durante la etapa de información la entidad promotora deberá incluir y aplicar estrategias que permitan recoger las inquietudes, perspectivas o expectativas de los pueblos indígenas con relación a la medida consultada. Se ha comprobado que el uso de facilitadores e intérpretes que cuenten con la confianza de los representantes del pueblo indígena consultado, es fundamental para el adecuado desenvolvimiento de este proceso.

### **Etapa V: Evaluación interna de los pueblos indígenas de la medida materia de consulta**

En esta etapa tiene una duración de 30 días. En ella, los pueblos indígenas consultados, por medio de sus usos y costumbres, definen su postura respecto a la medida, formándose una opinión con relación a los posibles impactos sobre el ejercicio de sus derechos colectivos. Asimismo, y en caso lo consideren, plantean propuestas vinculadas a la medida, que posteriormente llevadas a la etapa de diálogo.

Durante esta etapa, la entidad promotora debe brindar apoyo logístico y permitir el libre desarrollo de la evaluación sin ocasionar interferencias. Para ello, deberá respetar los plazos establecidos en el plan de consulta y garantizar el presupuesto necesario para que el pueblo pueda desarrollar en condiciones adecuadas su evaluación. Por su parte, el Viceministerio de Interculturalidad podrá brindar asistencia técnica sobre los objetivos de esta etapa y su importancia para la protección de los derechos colectivos.

Concluida la evaluación de la medida por el pueblo consultado, la entidad promotora debe recibir y conocer sus resultados, que serán plasmados en un documento denominado acta de evaluación interna.

### **Etapa VI: Diálogo intercultural entre el Estado y el pueblo indígena**

Durante esta etapa, que es la más importante del proceso de consulta previa, los representantes del ente promotor de la medida y los representantes de los pueblos indígenas dialogan sobre las propuestas que cada uno tiene en relación a la medida objeto de consulta.

La finalidad del diálogo intercultural es que ambos lleguen a acuerdos que protejan los derechos colectivos que se pudieran ver afectados con la medida. En caso de no llegar a acuerdos sobre el íntegro de la medida o aspectos parciales de la misma, la entidad promotora y los representantes indígenas deben identificar los puntos de desacuerdo, y las razones y justificaciones que sustentan sus posiciones.

Finalmente, la entidad promotora y los pueblos indígenas deben plasmar en un acta los acuerdos que se hayan alcanzado, así como todos los actos y ocurrencias desarrollados durante el proceso de diálogo intercultural. La duración de esta etapa es de 30 días calendario.

### **Etapa VII: Decisión sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta**

En esta etapa, el ente promotor debe adoptar una decisión en función a lo determinado en el acta de consulta previa. La decisión debe incorporar los acuerdos entre los representantes de los pueblos indígenas y los representantes de la entidad promotora, con el fin de garantizar sus derechos colectivos.

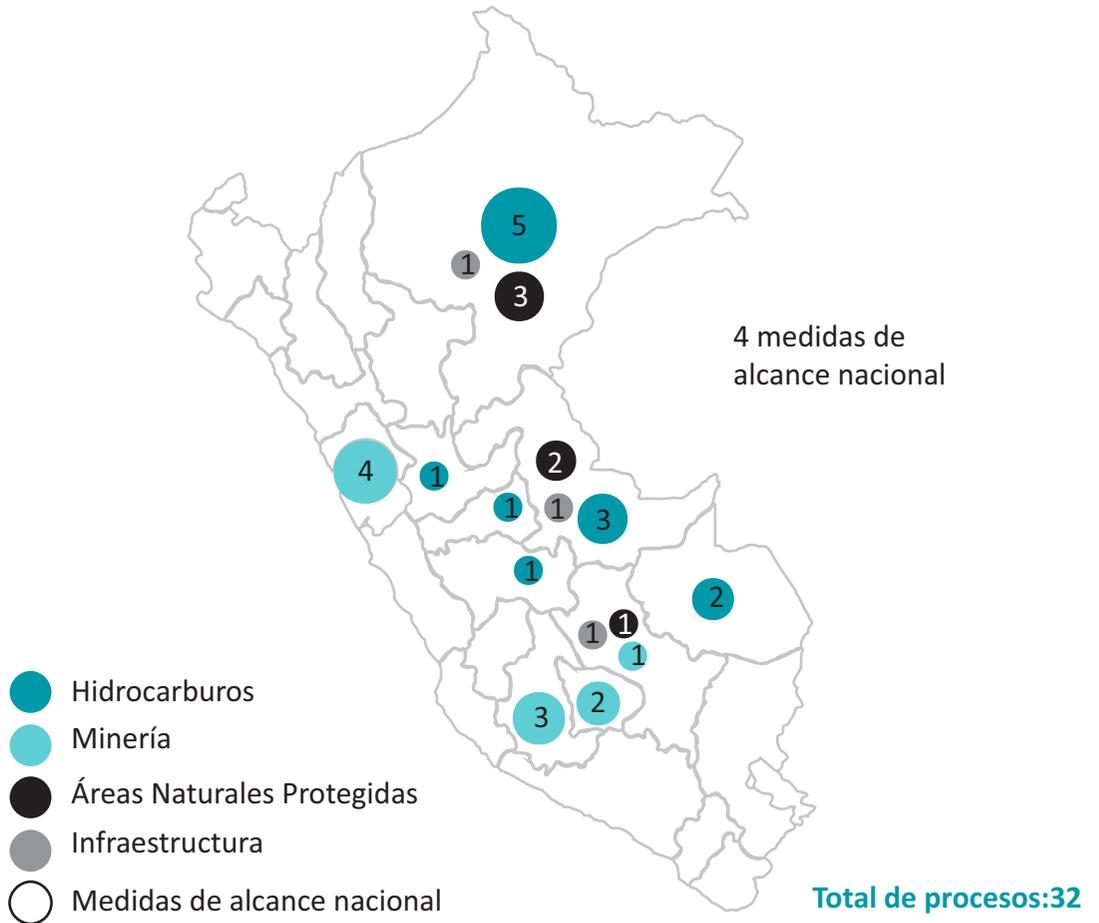
En el caso de no haberse llegado a un acuerdo, la entidad promotora deberá adoptar una decisión, tomando en cuenta las razones expuestas durante el proceso de consulta por el pueblo indígena, así como los derechos colectivos que podrían verse afectados por la medida. En ningún caso la decisión debe ser arbitraria.

Si bien esta etapa no cuenta con un plazo determinado, observando el principio de buena fe, el ente promotor no debe postergar la adopción de la medida inmotivadamente o actuar con falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. Una vez tomada la decisión, el ente promotor debe emitir un informe de consulta que dé cuenta de la propuesta de medida que se consultó, el plan de consulta, el desarrollo del proceso, el acta de consulta y la decisión adoptada. Dicho informe deberá ser publicado en la página Web del ente promotor.

#### **4.1.5. Implementación de los procesos de consulta**

Desde que entró en vigencia la Ley de consulta previa hasta la fecha, en el Perú se han implementado 32 procesos de consulta conforme al procedimiento previsto en el Reglamento de dicha norma.

Mapa N° 1  
Procesos de consulta previa implementados en el Perú, por región tipo de medida consultada



Elaboración: Defensoría del Pueblo de Perú

Una parte significativa de estos se han realizado en el marco de proyectos extractivos, en los rubros de hidrocarburos y minería. Asimismo, se han implementado procesos en otros rubros, como el de conservación, infraestructura y políticas públicas.

**Cuadro N° 12**  
**Procesos de consulta previa según medida consultada**

Rubro	Cantidad de consultas
Hidrocarburos	11
Minería	10
Conservación	5
Infraestructura	2
Políticas y normas	4

**Elaboración: Defensoría del Pueblo de Perú**

En total, se han desarrollado 11 procesos de consulta en el sector hidrocarburos. Inicialmente su implementación se encontraba a cargo de la empresa estatal Perúpetro; sin embargo, por Resolución Ministerial N° 209-2015-MEM/DM, del 4 de mayo de 2015, la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas asumió la responsabilidad de implementar los procesos en ese sector.

**Cuadro N° 13**  
**Procesos de consulta previa en sector hidrocarburos**

Ente promotor	Consulta	Alcance de la medida
Ministerio de Energía y Minas - Petroperú	Lote 164 (Loreto)	Regional
	Lote 165 (Loreto)	
	Lote 169 (Ucayali)	
	Lote 175 (Junín)	
	Lote 189 (Ucayali)	
	Lote 190 (Madre de Dios)	
	Lote 191 (Madre de Dios)	
	Lote 192 (Loreto)	
	Lote 195 (Huánuco, Pasco y Ucayali)	
	Lote 197 (Loreto)	
	Lote 198 (Loreto)	

**Elaboración: Defensoría del Pueblo de Perú**

Si bien la implementación de 10 procesos de consulta en el sector minería es una clara constatación de la permanente consolidación de este derecho fundamental, hay que recordar que inicialmente las instancias encargadas de promover estas medidas

tuvieron objeciones a su implementación. La negación de la presencia de pueblos indígenas en la zona andina fue un gran obstáculo a la implementación de estos procesos, pues sin sujeto del derecho a la consulta no existe obligación de consultar los diversos proyectos mineros que se extienden en la región donde se promueven la mayor parte de estos proyectos. Ello ocurrió a pesar de que el artículo 7° de la Ley de consulta previa establece que las comunidades campesinas o andinas pueden ser identificadas como parte de un pueblo indígena, conforme a los criterios objetivos y subjetivos previstos en el Convenio N° 169 de la OIT.

Los constantes retrasos en la incorporación de las comunidades campesinas en la Base de Datos de Pueblos Indígenas del Ministerio de Cultura, así como la demora en su publicación; no permitieron contar oportunamente con una herramienta que brindara información oficial sobre la existencia de pueblos indígenas en la zona andina. No obstante, ante las reiteradas recomendaciones formuladas por la Defensoría del Pueblo de Perú, el Ministerio de Cultura cumplió con incluir y publicar las comunidades campesinas que cumplían con los criterios establecidos por la OIT para ser consultadas<sup>46</sup>. Ello facilitó la implementación de los procesos de consulta en este sector.

**Cuadro N° 14**  
Procesos de consulta previa en sector minería

Ente promotor	Consulta	Alcance de la medida
Ministerio de Energía y Minas - DGAAM	Proyecto de exploración minera Aurora (Cusco)	Regional
	Proyecto de exploración minera Toropunto (Ancash)	
	Proyecto de exploración minera Misha (Apurímac)	
	Proyecto de exploración minera La Merced (Ancash)	
	Proyecto de exploración minera Apumayo (Ayacucho)	
	Proyecto de explotación minera Apumayo (Ayacucho)	
	Proyecto de exploración minera Corcapunta (Ancash)	
	Proyecto de exploración minera Puquiopata (Ayacucho)	
	Proyecto de exploración minera Guadalupe (Ancash)	
Proyecto de exploración minera Anama (Apurímac)		

**Elaboración: Defensoría del Pueblo de Perú**

<sup>46</sup> MINCUL “10 avances en la implementación de la consulta previa en el Perú” pp.12. Disponible en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2016/06/Boletin-10-avances.pdf>

En cuanto a medidas que promueven áreas naturales protegidas, se han desarrollado cinco consultas, tres de ellas están relacionadas al establecimiento de un Área de Conservación Regional (ACR), una a la categorización de un Parque Nacional y una correspondiente a la categorización de una Zona Reservada, que todavía se encuentra en trámite.

**Cuadro N°15**  
Procesos de consulta previa en sector conservación

Ente promotor	Consulta	Alcance de la medida
Gobierno Regional Loreto	Área de Conservación Regional MaijunaKichwa (Loreto)	
SERNANP (Ministerio del Ambiente)	Parque Nacional Sierra del Divisor (Loreto y Ucayali)	
Gobierno Regional Cusco	Área de Conservación Regional Tres Cañones (Cusco)	Regional
Gobierno Regional Ucayali	Plan Maestro Área de Conservación Regional Imiría (Ucayali)	
SERNANP (Ministerio del Ambiente)	Zona Reservada Yaguas (Loreto)	

**Elaboración: Defensoría del Pueblo de Perú**

En el sector infraestructura se realizó un proceso por el proyecto Hidrovía Amazónica. Este proceso se llevó a cabo en cumplimiento de un mandato judicial dispuesto en atención a la demanda de amparo interpuesta por la Asociación Cocama de Desarrollo y Conservación San Pablo de Tipishca (Acodecospat), contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) y la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión), por haber incumplido la obligación de consultar el referido proyecto. Asimismo, se cuenta con un proceso en curso: el Proyecto Centrales Hidroeléctricas del Río Araza, ubicado en la región Cusco.

**Cuadro N° 16**  
Procesos de consulta previa en sector infraestructura

Ente promotor	Consulta	Alcance de la medida
Ministerio de Transportes y Comunicaciones	Proyecto Hidrovía Amazónica (Loreto y Ucayali)	
Ministerio de Energía y Minas	Proyecto Centrales Hidroeléctricas del Río Araza (Cusco)	Regional

**Elaboración: Defensoría del Pueblo de Perú**

Finalmente, se han realizado cuatro procesos de consulta sobre medidas administrativas de alcance nacional en los sectores salud, medio ambiente, educación y cultura, con la participación de las siete organizaciones indígenas representativas a nivel nacional: la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP), la Confederación Campesina del Perú (CCP), la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP), la Confederación Nacional Agraria (CNA), la Federación Nacional de Mujeres Campesinas, Artesanas, Indígenas, Nativas y Asalariadas del Perú (FENMUCARINAP),<sup>47</sup> la Organización Nacional de Mujeres Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP) y la Unión Nacional de Comunidades Aymaras (UNCA).

**Cuadro N° 17**  
Procesos de consulta previa en medidas de alcance nacional

Ente promotor	Consulta	Alcance de la medida
CENSI (Ministerio de Salud)	Política Nacional Salud Intercultural	
SERFOR (Ministerio de Agricultura)	Reglamento Forestal y Fauna Silvestre	
DEIB (Ministerio de Educación)	Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe	Nacional
Dirección de Lenguas (Ministerio de Cultura)	Reglamento de la Ley de Lenguas Indígenas u Originarias	

**Elaboración: Defensoría del Pueblo de Perú**

## 4.2. El rol de la Defensoría del Pueblo de Perú en la implementación del derecho de consulta previa<sup>48</sup>

### 4.2.1. Normas que habilitan a la Defensoría del Pueblo de Perú

De conformidad con el artículo 162 de la Constitución Política del Perú de 1993, la Defensoría del Pueblo tiene como mandato constitucional la defensa de los derechos fundamentales de la persona y la comunidad y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. En esa línea, la protección de los derechos colectivos de los pueblos

<sup>47</sup> FENMUCARINAP participó en todos los procesos excepto en el relacionado a la Política Nacional de Salud Intercultural.

<sup>48</sup> Elaborado en base al documento “Lineamientos de actuación defensorial para la supervisión de los procesos de consulta previa”.

indígenas es una de sus tareas prioritarias, dado el especial estado de vulnerabilidad en el que se encuentra esa población.

Dentro del marco de su competencia, regulada por la Ley N°26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, está facultada a interponer procesos de Inconstitucionalidad, Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data, Acción Popular y de Cumplimiento, en tutela de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad. Asimismo, el Defensor del Pueblo ejerce el derecho de iniciativa legislativa.

Adicionalmente, la Defensoría del Pueblo solicita información a autoridades, funcionarios y a servidores de organismos públicos dentro de las acciones de investigación que realiza para verificar el cumplimiento de las obligaciones de la administración estatal y la adecuada prestación de los servicios públicos. En ese ámbito, también se apersona para realizar verificaciones, entrevistas personales o proceder al estudio de documentación, entre otras acciones que sean útiles para cumplir con su mandato constitucional.

#### 4.2.2. Funciones que cumple la Defensoría del Pueblo de Perú en materia de consulta

La Defensoría del Pueblo de Perú ha apostado por contribuir al fortalecimiento del derecho a la consulta previa. En ese sentido, entre las diversas acciones realizadas, llevó a cabo campañas de información y capacitación relativas al derecho de consulta, talleres de difusión de derechos con funcionarios públicos, en especial de los gobiernos regionales y locales, y con líderes y representantes indígenas. Asimismo, en el año 2013, organizó una reunión de trascendencia internacional en la que se debatió el papel de los ombudsmen de América Latina en esa materia.

Por otro lado, la Defensoría del Pueblo de Perú ha dado seguimiento a los procesos de consulta implementados hasta la fecha. En estos, la institución cumple un rol de observador crítico con el fin de verificar que las entidades del Estado, encargadas de la garantía de este derecho, cumplan en forma efectiva con sus obligaciones. Como parte de este rol, puede intervenir en las diferentes etapas de los procesos de consulta, a solicitud de parte o de oficio. Además, realiza acciones para coadyuvar en el cumplimiento de los acuerdos arribados dentro de los procesos de consulta.

#### 4.2.3. Instrumentos internos de consulta previa

Mediante la Resolución Administrativa N° 038-2015/DP-PAD, la Defensoría del Pueblo aprobó el documento “*Lineamientos de actuación defensorial para la supervisión de los procesos de consulta previa*”.<sup>49</sup> Este es un instrumento institucional que tiene como

<sup>49</sup> Disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/buscador.php>

objetivo dotara los comisionados y comisionadas de herramientas suficientes para que puedan cumplir en forma idónea con el acompañamiento y supervisión de los procesos de consulta previa.

En esa línea, la Defensoría del Pueblo del Perú ha determinado que, en materia de consulta previa, su actuación está orientada a:

- Fortalecer la perspectiva intercultural dentro de los procesos de consulta.
- Fortalecer la institucionalidad del diálogo entre Estado y los pueblos indígenas.
- Promover una aplicación homogénea y adecuada del derecho a la consulta.
- Fortalecer los canales de atención de quejas relacionadas a la vulneración del derecho a la consulta previa.

Para lograrlo, ha diseñado fichas de recolección de información –por cada una de las etapas de la consulta previa–, que facilitan la formulación de recomendaciones y el registro de experiencias exitosas y buenas prácticas que puedan ser rescatadas en otros procesos.

En la primera etapa de la consulta (identificación de la medida), la Defensoría orienta su labor a supervisar que la entidad promotora efectúe una correcta relación entre la medida administrativa o legislativa a ser consultada y los derechos colectivos que se verían afectados por la misma. Para tener los insumos suficientes, los comisionados pueden realizar las siguientes acciones:

- Solicitar información a la entidad promotora.
- Sustener reuniones con funcionarios de la entidad promotora.
- Participar en las reuniones preparatorias.
- Verificar si se han reportado manifestaciones de preocupación o rechazo a la medida por parte de los pueblos indígenas o de sus organizaciones representativas.
- Obtener el informe técnico o el documento emitido por la entidad promotora que identifica a la medida.
- Verificar si la entidad promotora recurrió a la Base de Datos sobre Pueblos Indígenas.

En la segunda etapa (identificación de los pueblos indígenas), la Defensoría orienta su labor a supervisar que todos los pueblos indígenas afectados sean incluidos en la consulta previa. Asimismo, supervisa que se haya identificado en forma adecuada a sus líderes u organizaciones indígenas. Para obtener la información necesaria, los comisionados pueden realizar las siguientes acciones:

- Solicitar información a la entidad promotora sobre las actividades que realizaron para identificar a los pueblos indígenas.
- Consultar a la entidad promotora si se utilizó la información consignada en la Base de Datos de Pueblos Indígenas como referencia.
- Sustener reuniones con funcionarios de la entidad promotora.

- Participar de las reuniones preparatorias.
- Obtener el informe técnico o el documento emitido por la entidad promotora que identifica al pueblo indígena.
- Obtener información sobre trámite de derecho de petición (de ser el caso).

Una vez que se ha recogido la información necesaria, los comisionados elaboran un informe relativo a la obligación del ente promotor de identificar al pueblo indígena y a las organizaciones representativas. En cuanto a ello, deben especificar:

- Si el resultado del proceso de identificación respondió a los criterios propuestos en los lineamientos o en la Base de Datos de Pueblos Indígenas del Ministerio de Cultura.
- Si se ha comprendido a todas las organizaciones representativas de los pueblos indígenas identificados.
- Si se ha considerado el rol de las mujeres dentro la organización social del pueblo indígena.

Asimismo, el informe debe considerar aspectos vinculados a la obligación del ente promotor de garantizar el ejercicio del derecho de petición. En función a este deben precisar:

- Si el ente promotor cuenta o no con un procedimiento administrativo en el TUPA que permita implementar el de derecho de petición.
- Si ejercido el derecho de petición, se tramitó dentro de los plazos correspondientes: siete días luego de iniciado, 30 días para el trámite de la reconsideración y siete días para el trámite de la apelación.
- Si la respuesta a la petición fue debidamente sustentada.

En función a ello, se formulan recomendaciones al ente promotor y se informa al Viceministerio de Interculturalidad sobre aquellos aspectos observados, por la Defensoría del Pueblo, para que subsanen las deficiencias advertidas.

Previo a la tercera etapa se llevan a cabo las reuniones preparatorias para la adopción del plan de consulta. Estas reuniones son las primeras oportunidades de coordinación entre las entidades promotoras, los pueblos indígenas y los demás actores del proceso de consulta, incluyendo a la Defensoría. Por ello, los comisionados que asisten en representación de la Defensoría dan a conocer la función que cumplirá la institución. Su participación está orientada principalmente a observar el correcto desarrollo de las reuniones, correspondiendo el rol protagónico a los pueblos indígenas y al ente promotor.

Del análisis de lo observado en las reuniones preparatorias y la información recabada durante ellas, los comisionados podrán concluir si la elaboración del plan de consulta tuvo un carácter participativo en el que se tomó en cuenta la posición de los pueblos consultados. En función a ello, de ser el caso, se formularán recomendaciones.

En la tercera etapa (publicidad), la intervención defensorial está orientada a supervisar que las acciones de publicidad del plan de consulta y de la medida, por parte del ente promotor, consideren una metodología adecuada y las necesidades del pueblo consultado. Se recomienda que, de ser necesario, se traduzcan los documentos más importantes al idioma originario del pueblo indígena.

Durante la cuarta etapa (información), la Defensoría del Pueblo puede participar en los talleres informativos programados. En ellos, los comisionados están facultados a realizar recomendaciones verbales o por escrito. Para tal efecto, se verifica: **i)** que el ente promotor entregue información completa y relevante de la medida, empleando una metodología que recoja el enfoque intercultural. De ser necesario, debe recurrirse al uso de intérpretes capacitados. Y, **ii)** que el ente promotor absuelva las inquietudes o dudas de los pueblos indígenas respecto a las implicancias, impactos y consecuencias de la medida objeto de consulta, para que puedan comprenderla en forma eficiente.

En la quinta etapa (evaluación interna), la Defensoría puede participar de las sesiones programadas siempre que el pueblo indígena consultado lo solicite. Esta participación no debe ser determinante respecto a lo que es materia de discusión. Asimismo, en esta etapa los comisionados verifican si las reuniones de evaluación interna se realizaron sin intervención de la entidad promotora o si existen quejas relacionadas a presiones externas de cualquier índole.

Durante la sexta etapa (diálogo intercultural), la actuación de la Defensoría del Pueblo está orientada a garantizar la realización de un diálogo respetuoso y de buena fe entre los actores del proceso de consulta. Para ello, los comisionados buscan que el ente promotor brinde respuesta a todas las demandas planteadas por los pueblos indígenas. Asimismo, ponen especial cuidado en que los acuerdos, desacuerdos y ocurrencias producidas durante su desarrollo sean debidamente plasmados en el acta de consulta.

En la séptima etapa, donde el ente promotor toma una decisión respecto a la medida, la Defensoría busca que se respeten los acuerdos arribados entre los pueblos indígenas y el ente promotor. Para tal efecto, verifica que la decisión sea adoptada dentro de un plazo razonable, evitando postergaciones inmotivadas o una actuación poco diligente que afecte el cumplimiento de los acuerdos suscritos en la etapa de diálogo. En caso de advertir retrasos, solicita información o sostiene reuniones con el ente promotor para conocer las razones que motivan la demora. Concluidas dichas diligencias, realiza recomendaciones o inicia acciones administrativas y, de ser necesario, judiciales para tutelar este derecho.

#### 4.2.4. Actuaciones de la Defensoría del Pueblo en materia de consulta<sup>50</sup>

Para una institución pública de defensa de derechos como la Defensoría del Pueblo del Perú, el derecho a la consulta de los pueblos indígenas constituye un aspecto central de su trabajo. Por ello, su intervención a lo largo de estos años ha consistido en impulsar la implementación del derecho a la consulta, con la finalidad de que se institucionalice el diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas.

No obstante ello, más allá de todos estos esfuerzos, se debe destacar que fue la perseverancia y la actitud propositiva de las organizaciones indígenas la que logró que el Perú sea el primer Estado en contar con una Ley de Consulta Previa en el mundo. Sin duda no fue fácil, los pueblos indígenas afrontaron muchas adversidades durante más de 16 años —desde que se ratificó el Convenio 169 de la OIT— para que finalmente se aprobara esta norma, en el 2011.

Asimismo, como hemos señalado, fueron los trágicos hechos de Bagua en el 2009 los que interpelaron al Estado y a nuestra sociedad en relación con la histórica postergación de las legítimas demandas de los pueblos indígenas, quienes exigen del Estado mejores condiciones para el ejercicio de sus derechos.

Así, la aprobación de la Ley de Consulta Previa representa para los pueblos indígenas y el Estado una oportunidad inédita en nuestra historia republicana, que permite incorporar a los pueblos indígenas al proceso de toma de decisiones sobre medidas que puedan afectar, positiva o negativamente, el ejercicio de sus derechos colectivos.

En ese sentido, un aspecto central en la labor de la Defensoría del Pueblo es nuestra participación en los procesos de consulta que se han desarrollado hasta la fecha, siendo en muchos casos necesario el desplazamiento de nuestros comisionados y comisionadas a zonas de difícil acceso, para participar en las diversas etapas de los procesos de consulta supervisados.

Asimismo, una permanente preocupación institucional fue el reiterado incumplimiento de la consulta a los pueblos indígenas que habitan en las zonas andinas. En efecto, la Defensoría advirtió diversas concesiones a proyectos mineros otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) en territorios de comunidades campesinas sin realizar previamente procesos de consulta. Esta

<sup>50</sup> La evaluación realizada en este acápite recoge parte del contenido del Informe N° 003-2015-DP/AMASPPI-PPI, elaborado por el Programa de Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo del Perú.

omisión no pocas veces desencadenaba en conflictos sociales, como el ocurrido en la comunidad quechua San Juan Bautista de Cañaris, donde la entidad recomendó que se realizara un proceso de consulta.<sup>51</sup>

Otra actuación de especial incidencia realizada por la Defensoría del Pueblo en el sector minero, fue la supervisión de 16 resoluciones directorales emitidas por el MINEM autorizando el inicio de actividades de exploración minera en lugares con presencia de población indígena, sin realizar procesos de consulta previa.<sup>52</sup> Esta supervisión evidenció las irregularidades y las estrategias que el sector utilizaba para justificar la omisión, que iban desde la negación de la existencia de pueblos indígenas en la zona andina hasta argumentos que sostenían que había sido la propia población la que había renunciado a su derecho.

Posteriormente, en mérito a la intervención de la Defensoría, el Órgano de Control Interno del Ministerio de Energía y Minas realizó una auditoría concluyendo que, en efecto, en diversos casos el sector había incumplido con lo establecido en la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, e inició acciones para deslindar las responsabilidades administrativas de los funcionarios responsables de la omisión.<sup>53</sup>

Las recomendaciones efectuadas por la Defensoría, la inclusión de las comunidades campesinas en la Base de Datos de Pueblos Indígenas, y la presión de las propias organizaciones indígenas y de algunos sectores de la sociedad civil, sirvieron para que el MINEM inicie procesos de consulta en proyectos mineros.

La primera consulta implementada en el sector minería, fue al Proyecto de Exploración Minera Aurora, en la región Cusco. La institución supervisó la etapa de información de este proceso, participando en el taller informativo realizado en la comunidad campesina de Parobamba. Como resultado de ello, la Defensoría recomendó al ente promotor mejorar la metodología empleada mediante la utilización de materiales didácticos, el uso de lenguaje sencillo y comprensible, la traducción de las exposiciones y la mejora del desempeño del facilitador. Asimismo, recomendó brindar información más precisa respecto a la ubicación de los componentes

<sup>51</sup> Oficio N° 179-2013-DP, del 24 del enero de 2013.

<sup>52</sup> Oficio N° 249-2014-DP/AMASPPI, del 29 de agosto de 2014.

<sup>53</sup> Auditoría de cumplimiento del Ministerio de Energía y Minas, contenido en el Informe de Auditoría N° 08-2015-2-0054, “*Consulta previa a los pueblos indígenas u originarios para el otorgamiento de concesiones de beneficio, autorización de inicio de exploración, aprobación de plan de minado y autorización de actividades de desarrollo y preparación a cargo de la Dirección General de Minería*”. Período: del 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2014, Tomo I de III. Entregado a la Defensoría del Pueblo mediante Oficio N° 09-2016/MEM-OCI, del 21 de abril de 2016.

del proyecto y los impactos que producirá en la vida de la población consultada. Finalmente, incidió en la necesidad de mejorar la coordinación y cooperación entre el MINEM y el Ministerio de Cultura.<sup>54</sup>

Posteriormente, la institución ha supervisado las etapas informativa y de diálogo intercultural del proceso de consulta del Proyecto Minero La Merced, en la región Ancash. En ese caso, el objetivo era evaluar en qué medida se habían implementado las recomendaciones formuladas para el caso Aurora. Si bien se observaron algunas mejoras, se encontró que aún no se lograba transmitir la información de manera satisfactoria y que aún no se utilizaba una metodología culturalmente adecuada. Asimismo, se encontró que ese problema era especialmente significativo con la población de mujeres adultas y adultas mayores.<sup>55</sup>

El seguimiento a la implementación de los procesos de consulta en minería permitió a la Defensoría notar que era usual que muchos procesos terminen en la etapa de evaluación interna. En esta etapa, los pueblos consultados expresaban su conformidad con el proyecto, con lo cual, de acuerdo a lo establecido en el artículo 19.4 del reglamento de la Ley de Consulta, se daba por concluido el proceso sin pasar a la etapa de diálogo. Ante esa situación, la Defensoría elaboró un informe señalando que el ente promotor debe asegurar la participación de los pueblos indígenas en cada una de las etapas del proceso de consulta y que debe priorizar su inclusión en la etapa de diálogo intercultural cuando se evidencien modificaciones, aportes o propuestas a la medida consultada.<sup>56</sup>

Por otro lado, el seguimiento realizado le permitió reflexionar sobre la oportunidad de la consulta. El MINEM ha dispuesto que las medidas administrativas que deben ser consultadas son el otorgamiento de las autorizaciones para el inicio de actividades de exploración, explotación y concesión de beneficio.<sup>57</sup> Sin embargo, la Defensoría considera que la oportunidad identificada por el MINEM no permite a los pueblos consultados incidir en la medida consultada ni la garantía efectiva de sus derechos colectivos.

<sup>54</sup> Informe N° 001-2016-DP/AMASPPI-PPI.

<sup>55</sup> Informe N° 003-2016-DP/AMASPPI-PPI.

<sup>56</sup> Informe N° 003-2016-DP/AMASPPI-PPI.

<sup>57</sup> Conforme con lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 020-2012-EM y la Resolución Ministerial N° 003-2013-MEM/DGM.

## Esquema N° 10 Oportunidad de la consulta en el sector minería

Otorgamiento de  
concesión de  
beneficio

**Medida a consultar:**  
Autorización de inicio  
de actividad de  
explotación



**Medida a consultar:**  
Autorización de inicio  
de actividad de  
exploración

### Elaboración: Defensoría del Pueblo de Perú

Así, en el marco de la supervisión de la consulta del proyecto minero La Merced, la Defensoría señaló que la autorización de inicio de actividades no es la medida idónea a ser consultada. Esto se debe a que, en el momento en el que se solicita la autorización, el proyecto ya cuenta con la aprobación de la certificación ambiental lo cual imposibilita a los pueblos indígenas a solicitar cambios respecto a aspectos que puedan afectar sus derechos colectivos y, de esa manera, alcanzar acuerdos.

En esa línea, la Defensoría ha recomendado que la consulta previa se realice durante el proceso de evaluación de impacto ambiental lo cual permitiría a los pueblos indígenas involucrarse e incidir sobre aquellos aspectos que les interesen o preocupen. Asimismo, permitiría que sus propuestas sean adecuadamente consideradas e incorporadas en el proceso de toma de decisiones del ente promotor.

Por otro lado, la intervención defensorial ha permitido identificar experiencias positivas, como es el caso de la consulta por el proyecto Hidrovía amazónica. En esa oportunidad, se registraron buenas prácticas que fueron ejecutadas por el ente promotor durante el proceso de consulta. Se resaltó positivamente su respuesta frente a la demanda de los pueblos indígenas por contar con mayor información sobre las implicancias, impactos y consecuencias del mencionado proyecto. Lo mismo frente a la demanda por más tiempo para la evaluación interna. En todo momento, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones mostró flexibilidad frente a lo solicitado e hizo lo necesario para asegurar las condiciones necesarias para que los pueblos puedan evaluar y construir propuestas para incidir sobre la medida. Ello tuvo repercusiones positivas durante la etapa de diálogo, en la que se adoptaron diversos acuerdos. Asimismo, desencadenó en la formación de un grupo de trabajo creado para atender las diversas demandas históricas de esa población, como las relacionadas con servicios públicos, titulación de tierras comunales, acceso a programas sociales, entre otros.

Finalmente, la Defensoría ha puesto especial atención en supervisar el cumplimiento de los acuerdos adoptados durante procesos de consulta. Al respecto, ha observado que algunos entes promotores suelen prolongar excesiva e injustificadamente la aprobación de las medidas administrativas consultadas que permiten la implementación de los acuerdos arribados en la consulta. Ese fue el caso de las medidas por la creación del área de conservación regional MaijunaKichwa, la categorización del Parque Nacional Sierra del Divisor y la Política de Salud Intercultural. Ante ellos, la institución formuló reiteradas recomendaciones promoviendo la aprobación de estas medidas.<sup>58</sup> Asimismo, en los dos últimos casos, a solicitud de los pueblos indígenas consultados, presentó dos demandas de amparo contra los entes promotores de ambas medidas, el Ministerio del Ambiente<sup>59</sup> y el Ministerio de Salud,<sup>60</sup> conjuntamente con la Presidencia del Consejo de Ministros por tener competencia para la adopción de dichas medidas.

**58** En el caso de la ACR MaijunaKichwa, el 4 de marzo de 2015 emitió el oficio N°0163-2015-DP a la Presidenta del Consejo de Ministros solicitando la aprobación de la medida consultada. Por el caso de la categorización del Parque Nacional Sierra del Divisor, mediante los oficios N° 0416-2015-DP del 4 de agosto de 2015 y N° 0574-2015-DP del 22 de setiembre de 2015, la Defensoría insistió que se cumpla con lo acordado en el acta de consulta. Finalmente, por la aprobación de la política de salud intercultural se remitieron los Oficio N° 0438-2015-DP del 21 de agosto de 2015 y N° 016-2016-DP del 8 de febrero de 2016 recomendando la emisión del decreto supremo que aprueba la mencionada política.

**59** El 21 de octubre de 2015, la Defensoría presentó una demanda de amparo contra el Ministerio del Ambiente y la Presidencia del Consejo de Ministros, solicitando que se cumpla con emitir el Decreto Supremo que aprueba la categorización del Parque Nacional Sierra del Divisor.

**60** El 18 de marzo de 2016, la Defensoría presentó una demanda de amparo contra el Ministerio de Salud y la Presidencia del Consejo de Ministros, solicitando que se cumpla con emitir el Decreto Supremo sobre la Política de Salud Intercultural.

## 5. Buena práctica identificada por la Defensoría del Pueblo de Perú

Cuadro N° 18  
Resumen de la buena práctica de la Defensoría del Pueblo de Perú

Institución	Defensoría del Pueblo de Perú
La buena práctica	Demanda constitucional de amparo contra la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) y el Ministerio del Ambiente (MINAM) para el cumplimiento de acuerdos arribados en el proceso de consulta previa sobre la categorización de la Zona Reservada Sierra del Divisor como Parque Nacional.
Nombre de la consulta previa intervenida	Medida administrativa que aprueba la categorización de la Zona Reservada Sierra del Divisor como Parque Nacional.
Actores involucrados y sus roles	<p>Promotor: Ministerio del Ambiente, a través del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SERNANP).</p> <p>Asesor técnico: Viceministerio de Interculturalidad.</p> <p>Pueblos consultados: Comunidad Nativa (CN) Matsés (Pueblo Matsés), CN San Mateo (Pueblo Asháninka), CN Lobo Santarosino (Pueblo Huambisa), CN Chachibai (Pueblo Isconahua-Shipibo Conibo), CN Patria Nueva Mediación de Callería y CN Nuevo Sapo-soa (Pueblo Shipibo Conibo).</p> <p>Comité técnico: Ministerios de Energía y Minas, Agricultura, Cultura, Ambiente, Relaciones exteriores, gobiernos locales y regionales, organizaciones indígenas y ONG.</p> <p>Proceso supervisado por la Defensoría del Pueblo.</p>
Razón de la intervención	Durante más de 21 meses luego de suscrita el acta de consulta previa, el Estado retrasó injustificadamente la aprobación del Decreto Supremo que permitía la implementación de los acuerdos arribados en el marco del proceso de consulta previa. La Defensoría del Pueblo advirtió a la Presidencia del Consejo de Ministros sobre la demora y solicitó la pronta adopción de dicha decisión. Sin embargo, pese a las diversas comunicaciones remitidas con dicho fin, incluso comunicaciones por congresistas de la República y organizaciones de la sociedad civil, el Estado no cumplía con la emisión de la medida.
Derechos susceptibles a ser vulnerados	Derecho a la participación, derecho a decidir sus prioridades de desarrollo, derecho a conservar sus costumbres e instituciones y el derecho sobre sus tierras y territorios (propiedad o posesión colectiva y uso de los recursos naturales).
Intervención de la Defensoría del Pueblo	El 21 de octubre de 2015 la Defensoría del Pueblo y organizaciones indígenas presentaron una demanda constitucional de amparo contra la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) y el Ministerio del Ambiente (MINAM). Esta demanda buscaba que el juez ordenara la emisión del decreto supremo que dispone la categorización de la Zona Reservada Sierra del Divisor como Parque Nacional Sierra del Divisor, y se implementen los acuerdos arribados en el acta de consulta del 30 y 31 de enero de 2014, suscritos entre el Estado y los pueblos indígenas consultados.

Institución	Defensoría del Pueblo de Perú
Resultado	El viernes 6 de noviembre de 2015, el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima del Poder Judicial, notificó la Resolución N° 01 admitiendo a trámite la demanda de amparo. Esa misma noche, el Ministro del Ambiente, Pulgar Vidal, anunció públicamente la aprobación del Decreto Supremo. Posteriormente, el lunes 9 de noviembre de 2015, 19 días después de presentada la demanda, se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Supremo N° 014-2015-MINAM que aprobó la categorización de la Zona Reservada Sierra del Divisor como Parque Nacional.
Estado actual	El Estado está en proceso de cumplir con los acuerdos suscritos en el acta de consulta.

### Elaboración: Defensoría del Pueblo de Perú

La Zona Reservada Sierra del Divisor contiene una alta diversidad biológica y una gran cantidad de especies que únicamente tienen como hábitat ese complejo montañoso. Pese a ello, en 2013 esta zona estaba amenazada por la presencia de madereros, mineros y cocaleros ilegales. Debido a esos motivos, el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SERNANP) propuso cambiar su categorización a la de Parque Nacional con la finalidad de preservar su biodiversidad.<sup>61</sup>

Sin embargo, dicho cambio podía afectar los derechos colectivos de cinco pueblos indígenas asentados en ese territorio. La Zona Reservada Sierra del Divisor se encuentra ubicada en las provincias de Coronel Portillo y Ucayali, de la Región Ucayali, y en la provincia de Requena, de la Región Loreto. Esa zona está habitada por el pueblo Matsés, el pueblo Ahsáninka, el pueblo Huambisa, el pueblo Isconahua - Shipibo Conibo y el pueblo Shipibo Conibo. Según el informe técnico N° 742-2013-SERNANP-DDE, del 25 de septiembre de 2013, la medida a aprobar podía afectar cuatro derechos colectivos de los pueblos mencionados: su derecho a la participación, a decidir sus prioridades de desarrollo, a conservar sus costumbres e instituciones, y su derecho sobre sus tierras y territorios (propiedad o posesión colectiva y uso de los recursos naturales).

Ante tales circunstancias, siguiendo la pauta establecida en la Ley de consulta previa, el SERNANP llevó a cabo los pasos pre establecidos para realizar un proceso de consulta. Entre el 8 y el 10 de noviembre de 2013 llevó a cabo la reunión preparatoria con los representantes de los pueblos acreditados para elaborar el plan

<sup>61</sup> Correo. “Sierra del Divisor: Piden que el Estado declare Parque Nacional e intervenga ante tala y minería ilegal, 13 de mayo de 2015. Disponible en: <http://diariocorreo.pe/ciudad/sierra-del-divisor-piden-que-el-estado-declare-parque-nacional-e-intervenga-ante-tala-y-mineria-ilegal-586884/>

de consulta. El 17 de diciembre realizó el acto de entrega del plan de consulta y la propuesta de categorización del Parque Nacional Sierra del Divisor a cada uno de los representantes de los pueblos indígenas. Asimismo, cumplió con publicar dicha información en su página Web institucional. Luego, entre el 17 y el 19 de noviembre, organizó en la ciudad de Pucallpa los talleres informativos en los que brindó información sobre el uso de los recursos naturales al interior de la zona reservada, así como los motivos, implicancias, impactos y las posibles consecuencias de la medida consultada.

Tras dichas reuniones informativas, entre el 24 y el 30 de enero de 2014, los pueblos indígenas implicados, sobre la base de sus usos y costumbres, realizaron la evaluación interna de la información a fin de analizar los alcances e incidencias que tendría la medida en relación con sus derechos colectivos, calidad de vida y su propio desarrollo. Posteriormente, las actas de dichas reuniones fueron el insumo de los procesos de diálogo que se llevaron a cabo el 30 y 31 de enero de 2014, en los que participaron los representantes de los pueblos indígenas consultados y el SERNANP.

Como resultado de los procesos de diálogo, las partes adoptaron los siguientes acuerdos:

1. Se respetarán los usos ancestrales de acuerdo con la normativa de áreas naturales protegidas, Reglamento de la Ley N° 26834, D.S. N° 038-2001-AG, tal como señala el artículo 90°.
2. El SERNANP tomará la decisión sobre el nombre del Área Natural Protegida, en tanto los pueblos no ha logrado llegar a un consenso.
3. La información proporcionada por el pueblo Matsés respecto a los usos ancestrales será incorporado en el expediente técnico.
4. El SERNANP se compromete a brindar información en relación con el proceso de categorización y la gestión del ANP a las comunidades participantes.

Sin embargo, luego de más de 21 meses de firmada el acta de consulta, el Estado aún no aprobaba el decreto supremo que permitiría la implementación de dichos acuerdos. Esta tardanza implicaba un incumplimiento de las normas de consulta previa. De acuerdo con lo previsto en el segundo párrafo del artículo 15° de la Ley de consulta previa, en la etapa de decisión los acuerdos adoptados son de carácter obligatorio.

#### **Artículo 15. Decisión**

El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. [...]

De igual forma, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23.2º del Reglamento de la de la misma ley, el cual prescribe que:

### **Artículo 23.- Etapa de decisión**

**23.2** De alcanzarse un acuerdo total o parcial entre el Estado y el o los pueblos indígenas, como resultado del proceso de consulta, dicho acuerdo es de carácter obligatorio para ambas partes.

Por otro lado, esta tardanza representaba una vulneración a los derechos colectivos de los pueblos consultados en tanto vulneraba su derecho fundamental a la identidad étnica y cultural consagrado en el inciso 19 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú, y el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, prescrito por los artículos 6 y 7 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo y desarrollado por la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa, y su Reglamento.

Ante esta situación, los pueblos indígenas empezaron a exigir que el Estado honrara los acuerdos del proceso de consulta. Con el propósito de que su fin fuese atendido, representantes de las comunidades se movilizaron a la ciudad de Lima hasta en dos oportunidades. Ello les implicó un enorme esfuerzo debido a la precariedad de sus recursos económicos y a los altos costos de tiempo y dinero que implica el traslado desde sus comunidades, lo que en algunos casos les tomó hasta dos semanas. Por otro lado, el malestar de la población indígena fue correspondido por diferentes agrupaciones civiles y privadas quienes empezaron la movilización social #YoApoyoSierraDelDivisor.<sup>62</sup>

En ese contexto, la Defensoría del Pueblo, que había supervisado el proceso de consulta, advirtió a la Presidencia del Consejo de Ministros sobre la demora y solicitó la pronta adopción de dicha decisión. Sin embargo, pese a las diversas comunicaciones remitidas con dicho fin,<sup>63</sup> y solicitudes remitidas por Congresistas de la República<sup>64</sup> y por organizaciones de la sociedad civil, la emisión del citado decreto supremo seguía pendiente.

Ante esta situación, los líderes del pueblo indígena Matsés y de la comunidad nativa Lobo Santarrosino solicitaron a la Defensoría del Pueblo «el inicio de las acciones legales necesarias para hacer posible el cumplimiento de los acuerdos alcanzados

<sup>62</sup> ACCA. “Sierra del Divisor en espera de su categorización como Parque Nacional. Disponible en: <http://www.acca.org.pe/sierra-del-divisor-en-espera-de-su-categorizacion-como-parque-nacional/>

<sup>63</sup> Oficio N° 416-2015/DP del 4 de agosto de 2015 y oficio N° 545-2015/DP del 22 de septiembre de 2015.

<sup>64</sup> Oficio N° 1034/2014-2015-CPAAAAE/CR, del 5 de junio de 2015.

durante el proceso de consulta previa del cual fuimos partícipes». Dicha iniciativa motivó la acción de amparo contra la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) y el Ministerio del Ambiente (MINAM) presentada por la Defensoría del Pueblo en forma conjunta con la señora Martha Cairuna, representante de la comunidad nativa Nuevo Saposoa. Esta demanda buscaba que el juez ordene la emisión del decreto supremo que disponga la categorización de la Zona Reservada Sierra del Divisor como Parque Nacional Sierra del Divisor, conforme a los acuerdos arribados en el acta de consulta del 30 y 31 de enero de 2014.

La demanda de amparo fue presentada el 21 de octubre de 2015. El viernes 6 de noviembre, el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima del Poder Judicial, notificó la Resolución N° 01 que admitía a trámite la demanda. Esa misma noche, el ministro del Ambiente anunció la aprobación del Decreto Supremo.<sup>65</sup> Posteriormente, el lunes 9 de noviembre de 2015, 19 días después de presentada la demanda de amparo, se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Supremo N° 014-2015-MINAM que aprobó la categorización de la Zona Reservada Sierra del Divisor como Parque Nacional.

### Esquema N°11 Línea de tiempo del proceso de consulta Sierra del Divisor

<b>1</b>	<b>2</b>	<b>3</b>	<b>4</b>	<b>5</b>	<b>6</b>																					
9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
2012				2013				2014				2015														
<b>1</b>	Inicio de la consulta previa (28/09/12).																									
<b>2</b>	Desarrollo de la consulta previa (16 meses: de octubre de 2012 a enero de 2014).																									
<b>3</b>	Suscripción del acta de la consulta previa (30 y 31 de enero de 2014).																									
<b>4</b>	Periodo de inactividad en el cumplimiento de acuerdos (20 meses: febrero de 2014 a septiembre de 2015).																									
<b>5</b>	Presentación de la demanda de amparo por parte de la Defensoría del Pueblo ( 21/10/2015).																									
<b>6</b>	Publicación del Decreto Supremo que aprueba categorización de Sierra del Divisor (09/11/15).																									

**Elaboración: Defensoría del Pueblo de Perú**

<sup>65</sup> Diario La Región. Sierra del Divisor ya es parque nacional. Disponible en: <http://diariolaregion.com/web/sierra-del-divisor-ya-es-parque-nacional/>

En ese sentido, la Defensoría del Pueblo de Perú ha identificado como buena práctica la presentación de una acción de amparo contra la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) y el Ministerio del Ambiente (MINAM), ya que esta permitió viabilizar el cumplimiento de los acuerdos suscritos en el marco de un proceso de consulta previa, salir de un contexto de creciente tensión, fortalecer la confianza de las organizaciones indígenas en los procesos de consulta, asegurar el cumplimiento de las obligaciones del Estado con los pueblos afectados y prevenir futuras situaciones de violencia.

## 5. Cuadros comparativos del marco normativo de la consulta previa en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú

La normativa que regula la consulta previa en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú cuenta con muchos puntos comunes pero también con significativas particularidades. Estas últimas marcan tendencias locales que impactan en cómo se implementa el derecho a la consulta en cada país. Los tres cuadros a continuación ahondan en las similitudes y diferencias mencionadas.

Cuadro N° 19

### Normativa internacional sobre la consulta previa en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú

País	Convenio 169 de la OIT (Ratificado)	DNUDPI	Otros
Bolivia	1991	Rango de ley (2008)	Sentencias Corte IDH, CADH
Colombia	1991	Se toma en cuenta	Sentencias Corte IDH, CADH
Ecuador	1998	Se toma en cuenta	Sentencias Corte IDH, CADH
Perú	1993	Se toma en cuenta	Sentencias Corte IDH, CADH

**Elaboración: Defensoría del Pueblo de Perú**

La consulta previa en Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú rescata elementos de la normativa internacional. Los cuatro países han ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Dicho convenio fue firmado en 1989 y fue el primero en plantear que los gobiernos deben consultar con buena fe aquellas medidas legislativas o administrativas que sean susceptibles de afectar a los pueblos indígenas. De los cuatro países, Bolivia y Colombia fueron los primeros en ratificarlo, ambos lo hicieron en 1991. A ellos les sigue Perú, quien lo ratificó en 1993 y finalmente Ecuador, quien lo hizo en 1998.

Asimismo, los cuatro países toman en cuenta la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Esta Declaración fue adoptada en

2007 y se caracteriza por complementar los derechos de los pueblos indígenas. Asimismo, en lo concerniente a consulta previa, se caracteriza por proponer que los Estados deben proveer mecanismos que aseguren la reparación por daños a los pueblos mencionados. En Bolivia, esta Declaración tiene especial importancia ya que el gobierno boliviano le otorgó rango de Ley el año 2008, con lo cual la volvió vinculante. En los otros tres países, la Declaración es una fuente de referencia pero no es exigible por su condición de *softlaw*; *sin embargo, los respectivos tribunales constitucionales han usado este dispositivo a fin de complementar los derechos contenidos en el Convenio 169.*

De manera complementaria, en tanto que Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, integran la Organización de Estados Americanos (OEA), ellos forman parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Debido a ello, en dichos países se encuentra vigente la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La particularidad de la jurisprudencia de la Corte IDH es que esta no se ha limitado a reconocer el derecho de los pueblos a ser consultados ante una medida concreta que los pueda afectar, sino que además desarrolla el derecho de participación de los pueblos en la adopción de las decisiones políticas y los planes de desarrollo.<sup>66</sup>

**Cuadro N° 20**  
**Normativa nacional sobre la consulta previa en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú**

País	Constitución	Leyes relevantes y otros
Bolivia	Art. 352	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley de hidrocarburos de 2005.</li> <li>• Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarburíferas de 2007.</li> <li>• Ley de Minería de 2014 (Título IV).</li> </ul>
Colombia	Art. 300	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Decreto 1320 de 1998, Consulta previa para explotación de recursos naturales.</li> <li>• Decreto 2613 de 2013, Protocolo de Coordinación Interinstitucional en consulta previa.</li> <li>• Decreto 2333 de 2014, Protección de tierras ocupadas ancestralmente</li> <li>• Sentencias de la Corte Constitucional.</li> </ul>

<sup>66</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Samaraka vs Surinam*, sentencia de 28 de noviembre de 2007, párrafos 129 – 132.

País	Constitución	Leyes relevantes y otros
Ecuador	Art. 56, 57, 398	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley Orgánica de Recursos Hídricos usos y aprovechamiento del agua de 2014 (Art. 68).</li> <li>• Ley Orgánica de Participación Ciudadana de 2010 (Art. 81, 82).</li> <li>• Código Orgánico de Organización Territorial de 2010 (Art. 141).</li> <li>• Ley de Minería de 2009 (Art. 87 – 91).</li> <li>• Decreto 1247: Reglamento para la Ejecución de la consulta previa, libre e informada en los procesos de licitación y asignación de Áreas y Bloques acuíferos.</li> <li>• Decreto 1040: consulta previa para el ámbito maderero y minero.</li> <li>• Corte Constitucional Sentencia No. 001-10-SIN-CC (criterios y parámetros de la consulta previa).</li> </ul>
Perú	Art. 2 inc. 19, Cuarta DFT	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley de Consulta Previa, Ley N° 29785.</li> <li>• Reglamento de la Ley de Consulta.</li> <li>• Directivas del MINCUL sobre base de datos de pueblos indígenas.</li> <li>• Sentencias del Tribunal Constitucional.</li> </ul>

#### Elaboración: Defensoría del Pueblo de Perú

En el plano nacional, Bolivia, Ecuador y Colombia se caracterizan por tener normativas sectoriales con referencia a la consulta previa. En ocasiones, los diferentes sectores presentan características muy distintas. Por ejemplo, la Ley de Hidrocarburos en Bolivia presenta características muy favorables para proteger el derecho a la consulta previa, plantea, entre otras cosas, que en todo proyecto se debe llevar a cabo una consulta antes de otorgar la concesión y antes de hacer el estudio de impacto ambiental. En cambio, la Ley de Minería presenta normativas muy limitantes. Entre ellas, plantea que no es necesario desarrollar una consulta previa a las operaciones de prospección y exploración minera. También plantea que no es necesario hacerlo ni para los contratos administrativos mineros por adecuación ni para los contratos de arrendamiento o riesgo compartido.

**Cuadro N° 21**  
**Ley de consulta previa en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú**

País	Presencia	Detalle
Bolivia	No tiene	Anteproyecto de Ley se encuentra en la Asamblea Legislativa Plurinacional para su tratamiento.
Colombia	No tiene	
Ecuador	No tiene	Sentencia constitucional No. 001-10-SIN-CC de 18 de marzo de 2010 que establece criterios y parámetros a considerar en el marco del ejercicio y protección del derecho a la consulta previa.
Perú	Sí tiene	Ley de Consulta Previa, Ley N° 29785 de 7 de setiembre de 2011.

#### Elaboración: Defensoría del Pueblo de Perú

Perú es el único país que ha logrado desarrollar una Ley de Consulta que unifica la normatividad y los procedimientos para todos los sectores. Actualmente, Bolivia está en proceso de desarrollar una ley de este tipo, sin embargo, esta se encuentra aún en la Asamblea Legislativa para su tratamiento. Por otro lado, Ecuador, si bien no cuenta con una ley de este tipo, cuenta con una sentencia constitucional que establece criterios y parámetros a considerar en todos los casos de consulta previa.

## 6. Reflexiones sobre la labor de las Defensorías del Pueblo con relación al derecho a la consulta previa

Las Defensorías del Pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú han apostado por el fortalecimiento del derecho a la consulta previa. Por ello, han orientado sus acciones hacia su defensa. Estas instituciones realizan diversas acciones, en muchos casos comunes aunque no necesariamente uniformes, para supervisar la correcta implementación de la consulta previa. Las más recurrentes son:

1. Desarrollar programas de capacitación para difundir el derecho a la consulta previa.
2. Trasladar a sus comisionados hacia las localidades en las que se llevan a cabo las consultas previas.
3. Participar de reuniones con grupos étnicos que lo solicitan, o con instituciones estatales.
4. Participar activamente en espacios de diálogo y concertación.
5. Formular recomendaciones de forma oral o a través de oficios, cartas e informes a las autoridades competentes.
6. Hacer uso de su iniciativa legislativa para fomentar el desarrollo normativo de la consulta previa.
7. Analizar y realizar críticas constructivas a las normas y los reglamentos que se emiten en materia de consulta.
8. Estudiar y analizar la jurisprudencia que la Corte Constitucional ha producido en materia de consulta.
9. Preparar informes sobre las consultas que no se adecúan a los estándares del Convenio 169 o a otras normativas relevantes.
10. Interponer demandas judiciales, como la acción de inconstitucionalidad o de amparo, para garantizar el derecho cuando fracasan las estrategias persuasivas.

# Parte II: Sistematización de buenas prácticas de las Defensorías del Pueblo invitadas

## 1. La Defensoría del Pueblo de Argentina

### 1.1. La consulta previa en Argentina<sup>67</sup>

#### 1.1.1. Marco normativo interno

La reforma de la Constitución Nacional Argentina en el año 1994 reconoció, en su artículo 75, inciso 17, la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas. Posteriormente, en el año 2001, entró en vigencia el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Ley Nacional N° 24.071. Luego, en 2007 se aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en el año 2016, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Todas estas herramientas, constituyen un marco normativo fundamental de derecho indígena, aunque aún no haya sido plenamente internalizado por el Estado en el desarrollo de políticas públicas ni aplicado por los jueces en sus sentencias.

La reforma de la Constitución Nacional Argentina implicó la adopción de una declaración que podría considerarse histórica, por primera vez reconoció la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Esta afirmación del máximo rango jurídico implicó reconocer la existencia de las comunidades indígenas y sus instituciones con carácter previo al de cualquier otra entidad del Estado en todos sus niveles. Esta normatividad permite a los pueblos indígenas argentinos relacionarse en un estatus de igualdad con el resto de las instituciones oficiales. A su vez, y sobre la base anterior, les reconoce y asegura el derecho a la “participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que les afecten”.

<sup>67</sup> Acápites desarrollados en función de la información oficial enviada por la Defensoría del Pueblo de Argentina.

El derecho a la consulta previa en Argentina es reconocido y ampliamente desarrollado por el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como por ciertas leyes nacionales tales como la Ley N° 26.160 del 23 de noviembre de 2006, que declara la Emergencia de la Propiedad Comunitaria y la Ley N° 26.331 del 17 de diciembre de 2007, que establece Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos.

Con este marco jurídico, a las comunidades o pueblos indígenas les asiste el derecho a ser consultados de forma previa, libre e informada, a través de sus instituciones representativas y mecanismos apropiados, toda vez que se pretenda aprobar una medida legislativa o administrativa que les afecte directamente. Se convierte así en un derecho fundamental para las comunidades indígenas que funciona como una herramienta para preservar su identidad cultural, su forma de concebir el mundo y hasta su propia supervivencia.

### 1.1.2. Estándares internacionales del derecho a la consulta previa vigentes en Argentina

En Argentina, para que una consulta previa sea considerada válida, debe cotejar las diferentes normativas ya mencionadas, así como la doctrina elaborada por organismos internacionales, en especial la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>68</sup> cuyos fallos son de cumplimiento obligatorio en Argentina. De la lectura armónica de estos instrumentos podemos inferir las siguientes premisas o estándares de las consultas a comunidades indígenas:

- Debe realizarse obligatoriamente toda vez que:
  - Pretenda adoptarse una medida legislativa o administrativa que pudiera afectar a los pueblos.
  - Se formule, aplique o evalúe planes y programas nacionales y regionales de desarrollo.
  - Se autorice cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.
- Debe ser previa, es decir anterior a cualquiera de las medidas mencionadas en el punto anterior, en el marco de las tareas preparatorias, garantizando como mínimo los derechos que tienen otros sectores de la población.
- Debe garantizar las prioridades de desarrollo de los pueblos indígenas, ser conducente a su mejoramiento, considerar los beneficios y en ningún caso afectar derechos fundamentales, la existencia e integridad física o cultural.

<sup>68</sup> Con respecto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las sentencias que deben ser consideradas son las relacionadas al caso Sarayacu vs Ecuador y al caso Saramanka vs Surinam.

- En caso que durante la consulta se constate que la medida, acto o programa afectará o provocará daños a derechos fundamentales, la existencia e integridad física o cultural, no deberá avanzar en su adopción.
- Debe realizarse de buena fe, realizándose los esfuerzos necesarios para que el procedimiento se realice dentro de un contexto de confianza entre las partes y se propicie un diálogo fluido y sincero, con la finalidad de alcanzar un acuerdo.
- El Estado debe motivar todos los actos que realice en el marco de una consulta previa, explicando en fundamentación, modo y consideración de los aportes de los pueblos indígenas.
- El procedimiento de consulta previa que se adopte debe ser culturalmente adecuado, atendiendo el caso de cada comunidad indígena en particular. Esto implica reconocer y respetar sus modos tradicionales de organización, discusión y toma de decisiones, su derecho consuetudinario y establecer formas que consideren especialmente el uso de la lengua originaria y los tiempos necesarios para madurar una decisión comunitaria.
- Debe efectuarse de una manera apropiada a las circunstancias, para lo cual debe atenderse especialmente a posibles obstáculos de comunicación, realizarse en lugares accesibles, entre otros.
- Debe realizarse a través de las instituciones representativas, definidas por las propias comunidades indígenas. Debe permitir la plena expresión de todas las opiniones de los afectados.
- Debe realizarse en un marco de libertad que permita a la comunidad indígena afectada expresarse genuinamente, libre de coerción, intimidación o manipulación.
- Debe ser informado, esto implica que toda la información que se presente o produzca debe ser veraz, suficiente, accesible y adecuada. Debe abarcar todos los aspectos de la medida administrativa o legislativa, plan, programa o proyecto en cuestión.
- Debe proporcionar los recursos necesarios para garantizar la consulta.
- Es imprescindible el respeto a los pueblos interesados, el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.
- En su caso, proporcionar reparación por mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.
- El Estado queda obligado con los acuerdos alcanzados en el marco de la consulta previa.

- Cada una de las condiciones detalladas en los puntos anteriores debe analizarse en función de cada comunidad en particular y en relación al proceso concreto sometido a consulta previa.

A su vez, será necesario el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas en los siguientes casos:

- Traslado o desplazamiento de las tierras-territorios que ocupan. Cuando excepcionalmente se considere, deberá contar además con acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.
- Actividades militares en las tierras-territorios indígenas justificadas por razones de interés público.
- Mega proyectos que pudieran afectar derechos fundamentales, su existencia o su integridad física o cultural.

## 1.2. Buena práctica identificada por la Defensoría del Pueblo de Argentina

Cuadro N° 22  
Buena práctica de la Defensoría del Pueblo de Argentina

Institución	Defensoría del Pueblo de Argentina
La buena práctica	Impulso, supervisión y seguimiento de la consulta previa.
Nombre de la consulta previa intervenida	Consulta previa por tendido de fibra óptica por las comunidades de Hornaditas, Ovara y Negra Muerta.
Actores involucrados y sus roles	La implementó ARSAT (empresa pública) y la Secretaría de Comunicaciones de la provincia de Jujuy.  Otros actores: Vialidad Nacional, Ministerio de Ambiente, Secretaría de Derechos Humanos y empresas privadas ejecutoras de la obra.  Comunidades consultadas: Kolla, Hornaditas, Ovara y Negra Muerta.
Razón de la intervención	La intervención se enmarca en un reclamo realizado por tres comunidades Kolla de la Quebrada de Humahuaca, provincia de Jujuy en el norte del país, que habían suspendido a través de una medida de fuerza (corte de ruta) el avance de la obra de tendido de fibra óptica perteneciente al Plan Nacional Argentina Conectada. La obra estuvo paralizada durante 18 meses por dicho conflicto. Restaba la instalación de los últimos 110 kms de fibra de un total de 28.000.
Derechos susceptibles de ser vulnerados	Participación.
Intervención de la Defensoría del Pueblo	Diseño de la consulta junto al resto de actores involucrados. Ofició de garante del mismo (velando que la consulta en sí se ajuste a los estándares vigentes).
Resultado	Las tres comunidades prestaron su consentimiento a la obra.
Estado actual	La Defensoría del Pueblo realiza seguimiento de los acuerdos alcanzados e interviene cada vez que alguno de los actores incumple alguno de los puntos.

Fuente: Defensoría del Pueblo de Argentina

### 1.2.1. El conflicto

Argentina Satelital (ARSAT) es un ambicioso proyecto del Estado Nacional creado en 2006 por la Ley N° 26092, que tiene a su cargo la implementación de todos los medios necesarios para el diseño de satélites geoestacionarios de telecomunicaciones, su desarrollo, construcción en el país, lanzamiento y puesta en servicio en las posiciones orbitales y comercialización. Se enmarca en el Plan Nacional de Telecomunicaciones Argentina Conectada que plantea, entre otras acciones, en dos años el diseño y tendido de una red de fibra óptica en todo el país que brinde internet a bajo costo y alta velocidad en al menos 1,200 pueblos y localidades del país.<sup>69</sup> Las autoridades de ARSAT ponderaban en los medios de comunicación la propuesta, señalando que “se trata del emprendimiento de política de estado comunicacional más ambicioso de la región en este momento y que tiene un objetivo concreto y social: democratizar el acceso a la banda ancha al menor costo posible para tender el puente al futuro, al final de la pobreza, a integrar la nación”.<sup>70</sup>

Las obras correspondientes iniciaron sin mayores complicaciones en distintos puntos del país. En la provincia de Jujuy sucedió del mismo modo, a excepción del tramo de la Ruta Nacional N° 9 ubicado entre las localidades de Tilcara y Tres Cruces, territorio tradicional de las comunidades Omaguacas de Ovara, Negra Muerta, Hornaditas y Azul Pampa. Desde el inicio de la obra, a fines de 2012, en diferentes ocasiones las comunidades demandaron al gobierno que se hiciera efectiva la consulta previa en relación al proyecto, mayor información y una audiencia pública. Para tales fines mantuvieron distintas reuniones, inclusive con la empresa ARSAT. Reclamaban además, conocer el impacto que produciría la obra, los beneficios y que el servicio fuese brindado a las poblaciones aledañas y no solo utilizar su territorio como paso. Pese a estas demandas, la obra inició sin el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades afectadas. Se denunció que la apertura de las zanjas destruyó flora y fauna de elevado valor ambiental y comunitario, en especial en el territorio de la comunidad de Hornaditas. A la par de las denuncias formales y de la solicitud de entrevistas a autoridades gubernamentales, en todas las presentaciones realizadas, las comunidades resaltaron su disposición al diálogo y la falta de oposición al proyecto en sí sino a la intromisión en los territorios sin consulta previa. Ante la falta

<sup>69</sup> Satélites ARSAT. “Proyecto”. Disponible en: [http://satelitesarsat.com.ar/site/default/page/view/geo\\_proyecto](http://satelitesarsat.com.ar/site/default/page/view/geo_proyecto)

<sup>70</sup> Loredó, R. *El Plan de ARSAT brindará internet a bajo costo y alta velocidad en 1200 pueblos y localidades del país*. 2015. Disponible en: <http://www.arsat.com.ar/wp-content/uploads/2016/04/Gacetilla-ARSAT-Internet-a-bajo-costo-y-alta-velocidad-en-1200-pueblos-120420163.pdf>

de respuesta oficial, las comunidades reclamaron bajo la forma de cortes de ruta durante un largo periodo.<sup>71</sup>

Durante el año 2013 se produjeron de modo intermitente cortes de ruta y reuniones de funcionarios con las comunidades, sin avanzar en ningún tipo de acuerdo. Ante esta situación las obras en ese tramo se paralizaron por disposición de la Secretaría de Calidad Ambiental de la Provincia de Jujuy, continuando en otros territorios que no presentaban mayor conflictividad.<sup>72</sup>

En 2014 las comunidades de Hornaditas, Ovara y Negra Muerta presentan dos peticiones de intervención del Defensor del Pueblo de la Nación en reclamo por el paso de la fibra óptica por territorios comunitarios sin la debida consulta previa, que dieron origen a los Expedientes N° 3043/14 y 3110/14. Las actuaciones son tomadas por la Oficina de Derechos de los Pueblos Indígenas. Se inició una investigación al respecto sobre la posible vulneración del derecho de las comunidades indígenas a participar y a ser consultados sobre las cuestiones que las afecten, advirtiendo que, en este caso, tal derecho había sido vulnerado al no ajustarse a los estándares vigentes a nivel nacional e internacional.

### 1.2.2. Identificación de la medida/identificación de los actores involucrados

En primer lugar, en el marco de las actuaciones correspondientes, se procuró identificar en concreto la medida en cuestión y su posible afectación a los derechos indígenas. Se procedió a la realización de un mapeo de actores involucrados, a los efectos de solicitar pedidos de informes o bien identificar otros posibles afectados. Por parte del Estado Nacional, se identificó a la empresa ARSAT y por parte de la Provincia de Jujuy a la Secretaría de Comunicaciones, a la Secretaría de Derechos Humanos y a la Secretaría de Gestión Ambiental. Con el correr de la consulta se solicitó intervención también a la Secretaría de Cultura y a las Direcciones de Vialidad Nacional y Provincial. A todos estos organismos, provinciales y nacionales, se elevaron pedidos de informe a fin de que informaran sobre su actuación e intervención en el proyecto que debió consultarse. Por parte de la empresa se obtuvieron los proyectos y trazados tentativos de la obra, las habilitaciones de la autoridad ambiental y su posición respecto al derecho a la consulta previa.

<sup>71</sup> Jujuy al momento. “Reclaman por tendido de fibra óptica en el norte de la Quebrada”. Disponible en: <http://www.jujuyalmomento.com/post/11212/reclaman-por-tendido-de-fibra-optica-en-el-norte-de-la-quebrada>>El Libertario. “Jujuy: comunidades aborígenes se oponen a instalación de fibra óptica y piden reunión con autoridades”<<http://www.ellibertario.com/2012/12/26/jujuy-comunidad-aborigen-se-opone-a-instalacion-de-fibra-optica-y-piden-reunion-con-autoridades/>

<sup>72</sup> El Tribuno. “Hornaditas pide por obra de fibra óptica”. Disponible en: <http://www.eltribuno.info/hornaditas-pide-obra-fibra-optica-n320090>.

A su vez, ARSAT también identificó a las empresas contratistas particulares UTE JCR S.A – Argencobra S.A. y Holowaty SRL, solicitando su incorporación. Sobre su participación, se realizó consulta a las comunidades involucradas, quienes estuvieron de acuerdo.

En relación a las comunidades se tomó contacto y afianzó un vínculo de confianza con Hornaditas, Ovara y Negra Muerta. Se realizaron comunicaciones telefónicas y en el mismo territorio a los efectos de avanzar en un posible diálogo.

Con el apoyo del Registro de Comunidades Indígenas de la Provincia de Jujuy se identificó a otras posibles comunidades afectadas: Cueva del Inca, Angosto del Perchel, Chucalezna, Uquía, Esquinas Blancas, Huasa Durazno, Pinchayoq, El Morado, San Roque, Santa Lucía, Chorrillos. Se enviaron comunicaciones por escrito a cada una de estas comunidades informando del proceso, aunque por diferentes motivos las mismas no se incorporaron.<sup>73</sup>

Luego de diversas reuniones preliminares con los actores involucrados,<sup>74</sup> se propuso el inicio de una nueva consulta para posibilitar el diálogo y un eventual acuerdo de modo tal que se respetasen los derechos humanos de los pueblos indígenas.

En relación a la medida objeto de la consulta, desde la Secretaría de Comunicaciones, ARSAT y de las empresas particulares se aclaró la diferencia entre red troncal y red provincial, que se encargará del transporte y distribución posterior en el marco de un plan provincial. Entre todas las partes se acordó limitar la primera consulta previa al proyecto de red troncal y avanzar luego hacia el de red provincial.

### 1.2.3. Rol asumido por el Defensor del Pueblo de la Nación

El primer acuerdo alcanzado con todas las partes, y con la intermediación de la Oficina, fue realizar una consulta previa a las comunidades indígenas respetando los estándares mínimos. Al no existir antecedentes ni organismo estatal responsable de su ejecución, todos los actores involucrados solicitaron el apoyo de la Defensoría del Pueblo, a través de la Oficina de Derechos de los Pueblos Indígenas.

<sup>73</sup> En ocasión de realizarse la segunda reunión del proceso de consulta se presentaron autoridades de la Comunidad de Azul Pampa, solicitando una reunión con las autoridades y la Defensoría. Plantearon diferencias por lo cual no intervendrían en el proceso, demandando a su vez una consulta previa acotada a su comunidad. Las autoridades provinciales aceptaron este compromiso, concretándolo tiempo después.

<sup>74</sup> Las reuniones o entrevistas fueron realizadas por diferentes agentes de la oficina con los actores en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en territorio de las comunidades indígenas afectadas. Algunas incluyeron capacitaciones respecto a la obligatoriedad y alcance de la consulta previa indígena.

La Defensoría asumió un triple rol:

1. **Co-coordinación general de todo el proceso**, en articulación con las partes: esto implicó reuniones previas, coordinación logística de los diferentes encuentros, facilitación de información a las comunidades, acercamiento de propuestas intermedias de las partes, comunicación de los acuerdos y resultados, entre otros.
2. **Facilitador**: las partes solicitaron el apoyo con la facilitación de todo el proceso, desde su diseño hasta la decisión final, tarea asumida por uno de los agentes de la oficina. Incluyó la realización de charlas explicativas sobre el posible proceso con todas las partes, facilitación del diálogo en todos los encuentros, reuniones privadas para destrabar puntos en conflicto, redacción de comunicados de prensa consensuados, redacción del borrador de acuerdo y revisión del acuerdo con las partes. Se actuó en todo momento respetando las reglas de neutralidad y multipartialidad, a favor del proceso multiactoral.
  - **Garante**: a pedido de las partes y en función de la buena recepción de las actuaciones de la Defensoría, se asumió además, el rol de garante a los efectos de controlar el cumplimiento del marco jurídico, los estándares y el equilibrio de poder entre los diferentes actores. Esta tarea fue asumida durante todo el proceso de consulta previa por otra agente de la oficina.

#### 1.2.4. Acuerdos preliminares y diseño de la consulta

Después de realizar distintas reuniones con todas las partes se decidió celebrar una consulta previa. La primera asamblea conjunta se llevó a cabo el día 24 de abril de 2015 en el territorio de la Comunidad de Hornaditas, previo acuerdo mediante comunicaciones telefónicas, correos electrónicos y reuniones con todas las partes. En la ocasión se definió el rol de cada uno de los actores en el proceso, se explicaron los alcances del instituto jurídico de la consulta previa y se aceptó la posibilidad de continuar con el acompañamiento de un facilitador/mediador y del Defensor del Pueblo de la Nación como garante.

Entre los acuerdos iniciales se pactó avanzar en todo el proceso mediante principios de buena fe, colaboración y respeto, registrar todo en actas y actuar conforme a los estándares generales de la consulta previa, es decir, realizar un proceso concatenado en distintas instancias hasta llegar a una decisión final. También se estipuló que las comunidades no actuaran como meras espectadoras o receptoras de información, respetar las instituciones representativas, los mecanismos culturalmente adecuados, en asambleas y mediante una forma abierta en relación a participación y uso de la palabra, pero restringida en el voto, solo ejercido por los presidentes y dos delegados por cada comunidad, y apropiados a las circunstancias. Se agrega además, contar con información suficiente y que los procesos sedesarrollen en un marco de libertad, sin presiones ni condicionamientos.

Las comunidades solicitaron el apoyo de técnicos de confianza para el análisis y producción de nueva información en relación a las materias ambiental y arqueológica, cuyos honorarios deberán correr a cuenta de las empresas o del Estado. Todas las partes dieron conformidad a este pedido.

Se aceptó que los gastos correspondientes a las reuniones, asambleas u otros que demande la presente consulta sean solventados por el Estado o las empresas particulares, conforme lo acordasen entre ellos.

Se habilitó la posibilidad de que otras comunidades se incorporen a la consulta pero sólo hasta una siguiente reunión, se aceptaron los acuerdos realizados en esta instancia y se tomó conocimiento de lo ya transcurrido e informado en esta reunión. Si bien hubo comunicación con otras comunidades, estas optaron por no participar de este proceso en particular.

En función de conversaciones previas y luego del debate en la asamblea, se consensuó el siguiente diseño de la consulta previa:

- **Primera etapa:** las partes presentan la situación. Las comunidades notifican por qué se sintieron afectadas y el Gobierno informa cuál es su propósito. Es un momento para escuchar, clarificar los intereses en juego, compartir información y explicaciones hasta estar conformes. Se toman acuerdos acerca de la modalidad de trabajo para instancias siguientes.
- **Segunda etapa:** análisis de la información y producción de nuevos estudios si fuese necesario. Maduración del proceso y de la decisión.
- **Tercera etapa:** toma de decisión y firma de acuerdos y garantías.
- **Cuarta etapa:** seguimiento de los acuerdos.

Se acordó emitir un comunicado de prensa, que se formalizó en el transcurso de la semana y se difundió por distintos medios.

En función de las reuniones previas y todos los avances y acuerdos de la primera asamblea conjunta se dio por cumplida la primera etapa de la consulta previa.

### 1.2.5. Desarrollo de la consulta

Las reuniones siguientes, correspondientes a una segunda etapa, fueron informativas. Se explicó el alcance e impacto de la obra, se presentaron los informes ya realizados, y se discutió sobre la producción de nuevos estudios a demanda de las comunidades.

En lapsos entre reuniones, representantes de las comunidades con referentes de Vialidad Nacional y Provincial, Gestión Ambiental, Secretaría de Comunicación de la Provincia de Jujuy y empresas ejecutoras, realizaron un recorrido por todo el trayecto propuesto para el paso de la fibra óptica. Como consecuencia de esta acción acordaron la traza por la que debiera realizarse la obra de fibra óptica, priorizando las zonas libres de vegetación en banquinas u otros sectores para evitar posibles daños. Se acordó además, que en el momento de la ejecución de la obra, se contará con

la presencia de delegados de las comunidades afectadas para dar conformidad del recorrido definitivo.

Conforme a uno de los acuerdos iniciales se procedió a la contratación de técnicos especialistas en diferentes temáticas. Dicha elección corrió por cuenta de las comunidades y el pago de honorarios por parte del Estado y empresas. Una de las contrataciones se ocupó del análisis técnico de la obra en relación al posible impacto arqueológico. Luego de realizar recorridos en terreno con representantes de todas las partes preparó los informes “Estudio Arqueológico Previo Proyecto Tendido de Cañería Subterránea para Red de Fibra Óptica” con fecha 5 de junio de 2015 y “Estudio Arqueológico Previo Proyecto Tendido de Cañería Subterránea para Red de Fibra Óptica – Anexo Comunidad Ovara” con fecha 29 de junio de 2015. Los estudios presentan una caracterización arqueológica que incluye los territorios de las comunidades aborígenes de Negra Muerta, Hornaditas y Ovara y cumplen con el objetivo principal de definir zonas sensibles de protección del patrimonio arqueológico, en base a la revisión de los antecedentes de investigación arqueológica y la caracterización de la ocupación prehispánica. También se incluyen una serie de recomendaciones para antes, durante y después de las etapas de construcción del tendido de fibra óptica y aportan elementos para planificar en terreno las distintas actividades y prevenir la destrucción de las evidencias arqueológicas que testimonian los distintos momentos de ocupación de la población originaria.

De modo similar, se contrató a un técnico ambiental para analizar los estudios de impacto ambiental y, en su caso, producir nueva información. Con los resultados del análisis y del trabajo en terreno elaboró el informe socio ambiental “Trazado Fibra Óptica Comunidades Ovara, Hornaditas y Negra Muerta, Departamento Humahuaca Jujuy, Argentina”, con fecha 30 de junio de 2015. El informe incluye una serie de recomendaciones, entre las cuales destacan el seguimiento, evaluación y monitoreo del tendido. Se indica que este sea supervisado por un profesional de la empresa contratista competente, un miembro de la comunidad, un técnico ambiental de confianza de las comunidades y por el Estado Provincial, para que se respete el trazado acordado mancomunadamente entre las partes. Agrega que se deben identificar actividades que requieran acciones correctivas y trabajar en programas o planes que compensen los daños que han producido y puedan generarse durante la obra. Asimismo, recomienda la realización de auditorías que permitan al proponente del proyecto y a las autoridades comunales verificar el cumplimiento de las normas ambientales internacionales, nacionales, provinciales y elevar informes a las partes.

En reunión conjunta del día 6 de junio, en el Paraje Campo Colorado de la Comunidad de Negra Muerta, se presentaron y analizaron los informes especiales producidos. En relación a las recomendaciones de los informes arqueológicos se acordó respetar el procedimiento sugerido, además de los que surgen de la normativa en general.

Respecto a las recomendaciones ambientales se acordó respetarlas en la ejecución de la obra en todas sus etapas.

A su vez, en las reuniones conjuntas y en los periodos entre unas y otras, se realizaron diferentes intercambios de solicitudes y aportes, mediante encuentros presenciales y por vía telefónica o electrónica. Desde la Secretaría de Comunicaciones se sistematizaron los distintos pedidos comunitarios.

### 1.2.6. Decisión

El día 29 de agosto de 2015, en territorio de la comunidad de Ovara, se suscribió un acuerdo que otorga el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades para la realización de las obras correspondientes al tendido de fibra óptica, en el marco del Plan Nacional Argentina Conectada para la realización de la Red Troncal pertinente en sus territorios comunitarios. El acuerdo establece compromisos por parte del Estado Nacional y Provincial. y Este fue suscripto por los representantes institucionales de las Comunidades de Hornaditas, Ovara y Negra Muerta, por las autoridades de la Secretaría de Comunicación, de la Secretaría de Gestión Ambiental – Dirección de Calidad Ambiental, ambas de la Provincia de Jujuy, por representantes de ARSAT, de las empresas contratistas ARGENCOBRA S.A., JCR S.A. y Holowaty SRL. También firmaron los miembros de la Oficina de Derechos de los Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo de la Nación quienes, durante toda la consulta, actuaron en calidad de facilitador y garante.

En primer lugar, se manifestó conformidad con la consulta previa particular, tal como fue desarrollada en las diferentes etapas. Se reconoció el respeto por el marco legal comunitario, los acuerdos realizados y el de la normativa vigente, en especial la Constitución Nacional en su artículo 75 inc. 17, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU.

En relación a la obra de fibra óptica, la Secretaría de Comunicaciones y ARSAT se comprometieron a asegurar la ejecución, en todas sus etapas, en tiempo y forma. También garantizan que la red a ejecutarse y la consiguiente distribución de los servicios vinculados, llegará al territorio de las comunidades, sin importar la distancia de despliegue existente entre las mismas y los nodos centrales planificados. Una vez que el servicio esté funcionando, el Estado Provincial asegurará la llegada de este a todas las reparticiones del Estado Provincial y Nacional, como así también a todos los espacios públicos o comunitarios con acceso gratuito. Para el acceso domiciliario, el Estado Provincial diseñará un abono social que garantice la accesibilidad en relación al precio.

Se acordó también que durante toda la ejecución y con posterioridad a ella, se actuará en conformidad con toda la legislación ambiental vigente, en especial la Ley 5063 “General del Medio Ambiente” del 14 de julio de 1998 y la Ley N° 5206 “Quebrada

de Humahuaca Paisaje Protegido”. Además, se seguirán las recomendaciones del Informe Ambiental producido especialmente en el marco de la consulta previa.

En relación al patrimonio arqueológico, acordaron dar estricto cumplimiento a todo lo establecido en la normativa ambiental y al protocolo propuesto en el informe especial.

En otro orden, ARSAT y las empresas contratistas se comprometieron a instalar antenas de televisión satelital para los miembros de las comunidades que las soliciten, con el solo requisito de que se informen los nombres de los beneficiarios y cumplir con el pago acordado por los honorarios del arqueólogo y técnico ambiental, quienes se encargaron de producir los informes antes mencionados. En relación a obras menores, en común acuerdo con las comunidades, también se establecieron compromisos para asegurar el mantenimiento al camino de acceso a Ovara en el momento en que se realicen las obras en la zona y garantizar el servicio de Internet a la Escuela 277 de la Comunidad de Hornaditas hasta tanto pueda proveerse mediante el sistema de fibra óptica.

Además de estos acuerdos, también se incluyen otros vinculados con temáticas de documentación de integrantes de las comunidades, salud, educación y servicios eléctricos. Todas las partes se comprometieron a continuar trabajando en conjunto para el seguimiento de los acuerdos y compromisos celebrados de conformidad con los principios y estándares ya consensuados.

### 1.2.7. Reflexiones finales

Uno de los desafíos actuales de la sociedad argentina consiste en reunir la normativa relacionada con derechos indígenas con su aplicación efectiva, es decir, reducir la brecha de implementación entre ambos campos. Para ello, el derecho a la participación, consumado a través de las consultas previas interculturales supone una herramienta indispensable para la realización de los derechos comunitarios fundamentales.

De la lectura armónica de la normativa vigente en Argentina, los informes de organismos internacionales y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible configurar una lista de estándares mínimos de cumplimiento obligatorio a satisfacer en toda consulta previa a comunidades indígenas.

Los pueblos indígenas cuentan con las claves particulares para su aplicación y adecuación cultural en los casos concretos, como por ejemplo, en el del paso de la fibra óptica por los territorios comunitarios de Hornaditas, Ovara y Negra Muerta.

En esta experiencia se demuestra que la apertura de un mecanismo de diálogo genuino, toda vez que se afecten los derechos de comunidades indígenas funciona

como alternativa de resolución de conflictos. Este diálogo debe enfocarse en la recuperación de la paz social, la comprensión de la situación desde las diferentes miradas y en la búsqueda de lo que se considera como justo a nivel comunitario y social. Cabe destacar que un conflicto que suscitó graves denuncias, cortes de ruta, enemistades y prolongación por casi tres años, fue superado mediante la apertura de una consulta prevista en el ordenamiento jurídico.

Este caso y su desarrollo respetuoso del derecho oficial y del derecho consuetudinario, echan por tierra también los discursos de funcionarios que plantean que la consulta previa indígena es una utopía o de imposible implementación en la práctica. La intervención de la Oficina de Derechos de los Pueblos Indígenas del Defensor del Pueblo de la Nación, en ejercicio de sus competencias generales, facilitó la consumación de la consulta. No obstante, es deseable la instalación de un debate serio entre Estado y Pueblos Originarios en relación al instituto jurídico de la consulta previa en el marco de las políticas públicas, su aplicación efectiva, organismos responsables de su ejecución, formación a funcionarios públicos y agentes de justicia, entre otros aspectos. En las condiciones actuales sólo se requiere voluntad política por parte del Estado para su realización plena.

## 2. El Ministerio Público Federal de Brasil

### 2.1. La consulta previa en Brasil

En el marco internacional, la consulta previa en Brasil se rige por lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, ratificado el 25 de julio de 2002. En el marco nacional, existe una mención a la consulta previa en el artículo 231, inciso 3 de la Constitución Federal. Este indica que todo proyecto que pretenda usar recursos hídricos o explotar recursos minerales en tierras indígenas, requiere la autorización del Congreso y realizar una consulta previa a las comunidades. Asimismo, Brasil cuenta con la Ley N° 13.123/15 del 20 de mayo de 2015 y el Decreto N° 8.772/16 del 11 de mayo de 2016. Ambos hacen referencia a requisitos para el acceso a los recursos genéticos, la protección y el acceso a los conocimientos tradicionales y la distribución de los beneficios para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad.

Actualmente, en Brasil no existe un flujograma que defina las etapas para una consulta previa. Tampoco existe normativa sobre cómo deben realizarse las consultas previas en todos los casos. Sin embargo, la mencionada Ley N° 13.123/15 y el Decreto N° 8.772/16 presentan estándares mínimos obligatorios para los casos de consulta relacionados con el acceso al conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético. En estos se establece que las consultas deben realizarse en lenguaje accesible a las comunidades, tomar en cuenta las formas tradicionales de organización y representación de la comunidad, explicar el objetivo del proyecto y el

uso que se pretende dar al conocimiento o al área afectada por el mismo y, en caso de existir un protocolo comunitario, este debe obedecerse.

Los proyectos de aprovechamiento de los recursos hidráulicos y minería en tierras indígenas, sólo pueden ser efectuados con autorización del Congreso Nacional, previa consulta a las comunidades afectadas. Por su parte, los proyectos de acceso a conocimientos tradicionales asociados al patrimonio genético, requieren que los mismos interesados realicen la consulta bajo supervisión de las autoridades correspondientes. En todos los casos, la consulta se hace directamente a las comunidades afectadas.

## 2.2. El rol del Ministerio Público Federal de Brasil en la consulta previa

El Ministerio Público Federal de Brasil (MPF), por disposición constitucional, tiene entre sus funciones institucionales defender los derechos e intereses de las poblaciones indígenas,<sup>75</sup> así como intervenir en todos los procesos judiciales que tratan de los derechos e intereses de los pueblos indígenas. Incluso el MPF puede ingresar en juicio valiéndose de la acción civil pública para la protección de los intereses individuales, indisponibles, difusos y colectivos, relativos a esa población.<sup>76</sup>

Dentro del Ministerio Público Federal, la sexta Cámara de Coordinación y Revisión trata «las cuestiones relativas a los grupos que tienen en común una forma tradicional de vida distinta de la sociedad nacional, como los pueblos indígenas, comunidades quilombolas, formadas por afrodescendientes, las comunidades ribereñas y los gitanos». Por su parte, la Procuraduría Federal del Derecho del Ciudadano aborda los temas de ciudadanía y derechos humanos. En todos los estados brasileños opera una o más unidades del MPF, actuando ante la Justicia Federal y los tribunales federales.

Durante las consultas previas, el MPF actúa como observador, facilitador y supervisor, siempre bajo la perspectiva de defensa de los derechos de los pueblos afectados. De manera complementaria, esta institución se ocupa de la promoción y difusión de conocimientos sobre las consultas previas. Ello lo hace tanto para las comunidades potencialmente afectadas como para sectores del gobierno y académicos.

Hasta la fecha, el MPF ha participado en por lo menos tres casos de consultas previas del sector hidroeléctrico, cuatro de acceso a conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético (cosméticos e fármacos), uno de construcción de escuelas, uno de construcción de un puerto en la Amazonia y uno de minería. Asimismo, esa

<sup>75</sup> Artículo 129, V.

<sup>76</sup> Según la Ley complementaria N° 75/93 en su artículo 6, VII, c Ley que estructura el Ministerio Público de la Unión.

institución ha realizado por lo menos tres acciones judiciales contra el Gobierno por otorgar licencias ambientales para proyectos sin haber realizado la consulta previa y una contra una empresa de cosméticos por acceder a conocimiento tradicional sin realizar consulta ni repartir beneficios. Otras acciones resaltantes de esa institución en temas de consulta previa, fueron las recomendaciones que hizo a las autoridades correspondientes para la suspensión de licencias a proyectos que afectaban a pueblos que debieron haber sido consultados.<sup>77</sup> Asimismo, realizó seminarios para debatir temas relacionados a la consulta previa, los cuales gozaron de amplia participación de la sociedad.

### 2.3. La buena práctica identificada por el Ministerio Público Federal de Brasil

Cuadro N° 23  
Resumen de la buena práctica del Ministerio Público Federal de Brasil

Institución	Ministerio Público Federal de Brasil
La buena práctica	Demanda al Congreso Nacional ante el Tribunal Federal para que se realice una consulta previa.
Nombre de la consulta previa intervenida	Consulta previa para la construcción de hidroeléctrica de Teles Pires, en el estado de Mato Grosso.
Actores involucrados y sus roles	Empresas encargadas del proyecto: Instituto Brasileño de Medio Ambiente (IBAMA) y Empresa de Investigación Energética (EPE) y a la Compañía Hidroeléctrica Teles Pires S / A.  Comunidades afectadas: Kayabi, munduruku y Apiaká.  Ente demandante: Ministerio Público Federal de Brasil.  Ente demandado: Congreso Nacional.
Razón de la intervención	El Instituto Brasileño de Medio Ambiente (IBAMA) otorgó licencia a la Empresa de Investigación Energética (EPE) y a la Compañía Hidroeléctrica Teles Pires S / A. para la construcción de una hidroeléctrica en una zona de importancia cultural y material para los pueblos, sin la realización de la consulta previa. Por ello, el MPF denunció el hecho ante el Tribunal Federal a fin de exigir el cumplimiento de la consulta previa.
Derechos susceptibles a ser vulnerados	Derecho al territorio.  Identidad cultural.
Intervención del Ministerio Público Federal de Brasil	Demanda al Congreso Nacional ante el Tribunal Federal para que se realice consulta previa.

<sup>77</sup> Uno fue un proyecto hidroeléctrico que impactaba comunidades indígenas y otro un proyecto minero en territorio de quilombos.

Institución	Ministerio Público Federal de Brasil.
Resultado	Tras presentar la demanda, el juez de primera instancia declaró procedente el pedido y declaró el impedimento de seguir el licenciamiento de las obras de Usina Hidroeléctrica Teles Pires hasta que el Congreso Nacional realice la consulta a los pueblos indígenas afectados. Sin embargo, el Congreso apeló usando un recurso legal que permite al Tribunal Constitucional suspender la sentencia hasta la decisión definitiva e inapelable.
Estado actual	Fase de juzgamiento por el Tribunal Regional Federal. Por su parte, a pesar de haber obtenido un fallo favorable por parte del juez de primera instancia, los pueblos afectados aún no han sido consultados y las obras de implementación del proyecto han continuado desarrollándose.

#### Elaboración: Defensoría del Pueblo de Perú

En Brasil, desde hace unos años se vive una situación de democracia consolidada. Sin embargo, los pueblos indígenas todavía son víctimas de una violación sistemática de sus derechos por la presión del agronegocio y las grandes empresas, así como por la demora en el proceso de demarcación de sus territorios tradicionales. En ese contexto, sectores del Gobierno y del empresariado están buscando que se simplifiquen los procedimientos necesarios para obtener una licencia ambiental. El Ministerio Público Federal (MPF) de Brasil considera que ello puede generar graves impactos en los territorios y la cultura de los pueblos indígenas. En esa línea, han seleccionado como buena práctica su accionar en el caso de la construcción de la hidroeléctrica Teles Pires en el estado de Mato Grosso.

En ese caso, el Instituto Brasileiro de Medio Ambiente (IBAMA), concedió a la Empresa de Pesquisa Energética (EPE) y a la Compañía Hidroeléctrica Teles Pires S.A., una licencia para implementar el proyecto sin haber consultado previamente a los pueblos Kayabi, MundurukuyApiaká. La emisión de esa licencia exponía a los pueblos mencionados a daños inminentes e irreversibles en su calidad de vida. Asimismo, amenazaba con impactar su patrimonio cultural.

Según el MPF, entre los impactos a ser generados contra los pueblos indígenas estaba la inundación de los rápidos de Sete Quedas, los cuales pertenecen a un área de reproducción de peces migratorios, como el piraíba, el pintado, el pacu, el pirarara y el matrinxã. Ello era sumamente problemático dado que esos peces son la base de la alimentación de los pueblos indígenas que viven en la cuenca de Teles Pires. Además, esa inundación era problemática dado a que dicha área es de extrema importancia cultural y religiosa para la población local. Sete Quedas es un lugar sagrado para los Munduruku, dado a que consideran que ahí vive la madre de los peces, un músico llamado Karupi, el espíritu Karubixexéy los espíritus de sus antepasados.

Por otro lado, el proyecto podía generar especulación sobre la tierra y el aumento de flujos migratorios, lo cual podía derivar en mayores presiones sobre los recursos naturales. Ello, a su vez, podía motivar la introducción de la pesca intensiva y la exploración ilegal de madera y minerales, actividades que generarían graves impactos en la población indígena, especialmente en la población Kayabí que hace 20 años se encuentra esperando por la demarcación de su territorio, sin resultado alguno.

En ese contexto, el MPF, buscando garantizar el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, ante la negativa del Gobierno federal y de las empresas en garantizar ese derecho, presentó una demanda al Congreso Nacional ante el Tribunal Federal para que se realizara una consulta previa. Dicha acción fue apoyada por las comunidades indígenas en vista que compartía sus deseos, pero fue rechazada por los órganos gubernamentales, quienes planteaban que la realización de audiencias públicas era suficiente.

Tras presentar la demanda, el juez de primera instancia declaró procedente el pedido y declaró el impedimento de seguir el licenciamiento de las obras de Usina Hidroeléctrica Teles Pires hasta que el Congreso Nacional realizara la consulta a los pueblos indígenas afectados. Sin embargo, el Congreso apeló usando un recurso legal que permite al Tribunal Constitucional suspender la sentencia hasta la decisión definitiva e inapelable. Este recurso es usado a menudo por el Gobierno para permitir la realización de obras de interés.

Actualmente el proceso se encuentra en fase de juzgamiento por el Tribunal Regional Federal. Por su parte, a pesar de haber obtenido un fallo favorable por parte del juez de primera instancia, los pueblos afectados aún no han sido consultados y las obras de implementación del proyecto han continuado desarrollándose.

### **3. Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala**

#### **3.1. La consulta previa en Guatemala**

##### **3.1.1. Marco normativo**

Guatemala no posee legislación interna específica que regule la consulta previa a los pueblos indígenas, sin embargo, el Estado ha ratificado el Convenio 169 de la OIT y firmado la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. De esta forma, para Guatemala, los instrumentos internacionales citados son leyes y poseen rango constitucional. Asimismo, su aplicación, ejecución y cumplimiento es obligatorio para el Gobierno y las instituciones centralizadas y descentralizadas.

En materia de estudios de impacto ambiental, Guatemala cuenta con el Acuerdo Gubernativo 137-2016 del 11 de julio de 2016, del Ministerio de Ambiente y Recursos

Naturales (MARN), que contiene el Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental. Este regula en:

- Inciso 71, artículo 3, que la participación pública es un proceso mediante el cual se informa a la población circundante del área de influencia del proyecto sobre el funcionamiento del mismo, su ubicación y los impactos ambientales que este generará en un territorio determinado.
- Título VI, artículo 43, se plantea que en los procesos de participación pública, el proponente del instrumento ambiental realizará la participación pública por medio de los siguientes mecanismos:
  - a. **Publicación de edictos:** el proponente deberá publicar el edicto en un diario de mayor circulación a nivel nacional y en el diario de mayor circulación regional en el área de influencia directa donde se ubique el proyecto, obra, industria o actividad, con el objeto de informar que se presentará un instrumento ambiental ante el MARN.
  - b. **Documentación de metodología participativa:** el proponente deberá presentar entrevistas, encuestas, talleres, asambleas y reuniones de trabajo, considerando la comunidad lingüística y las pertinencias culturales del área de influencia del proyecto.
  - c. **Comunicación pública:** la información al público deberá difundirse a través de cuñas de radio con el objeto de informar que se presentará un instrumento ambiental ante el MARN.
  - d. **Guía de participación pública:** el proponente deberá desarrollar una guía de participación pública en la que especifique la forma por la que se incentivará la comunicación pública durante la elaboración del instrumento ambiental, la forma por la que se resolverán los conflictos potenciales y el detalle de todas las actividades que se realizarán para involucrar o consultar a la población durante las distintas fases de desarrollo del proyecto, obra, industria o actividad.
- Título VI, artículo 43 plantea que:
  - a. El proponente deberá implementar los mecanismos de participación pública antes, durante y al finalizar el proceso de evaluación, control y seguimiento ambiental, según corresponda. La Dirección de Gestión Ambiental y Recursos Naturales (DIGARN) elaborará y emitirá los términos de referencia y el contenido específico, para la implementación de los mecanismos citados. El MARN establecerá el proceso de participación pública en los manuales respectivos.
  - b. El proponente deberá informar a la población sobre la etapa de operación de proyecto, obra, industria o actividad, de manera que se puedan cumplir los requerimientos formales establecidos por la DIGARN y para que la población afectada directamente pueda manifestar su opinión y observaciones.

La Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala considera que, dado a que la normativa propone que sea el proponente del proyecto y no el Estado de Guatemala el que realiza la consulta, en realidad se trata de una “falsa consulta”. La razón por la que se considera esto es porque se presta a la realización de abusos por parte de las empresas. Por ejemplo, señalan que las empresas suelen convocar a un pequeño grupo de la población afín a la empresa y realizan la “falsa consulta” con un grupo que no es representativo. Luego, cuando los pueblos indígenas manifiestan su inconformidad hacia la autorización de mega proyectos que afectan sus derechos colectivos, las empresas señalan que ya se realizó consulta en relación a su proyecto.

### 3.1.2. Las consultas comunitarias

En Guatemala, los pueblos indígenas realizan las denominadas consultas comunitarias de buena fe” o autoconsultas. El Estado de Guatemala, al ratificar el Convenio 169 de la OIT, reconoció el derecho de consulta de los pueblos indígenas, pero ese formalismo no tuvo correlato en la realidad. A la fecha no se ha realizado ninguna consulta previa, es por ello que como un mecanismo de defensa del territorio y de los recursos naturales, así como de prevención y antelación, las autoridades indígenas organizan estas consultas para recoger la postura de determinado pueblo indígena en relación a temas de autorización de licencias de proyectos que puedan afectarles. Estos proyectos se dan en minería, construcción de hidroeléctricas, entre otros.

Las autoconsultas se realizan mediante las siguientes etapas:

- **Decisión de realizar la autoconsulta, mediante convocatoria a la asamblea comunal:** en ella se informa a la población sobre la existencia de alguna licencia autorizada, ya sea de minería o de proyectos hidroeléctricos, y que la misma se encuentra ubicada dentro de su territorio o área cercana. Es la asamblea comunal la que delibera y autoriza la realización de la Consulta comunitaria de buena fe.
- **Coordinación y organización:** se realizan varias reuniones para coordinar y organizar la consulta comunitaria de buena fe, se forman varias comisiones, como por ejemplo, la comisión de seguridad, de alimentación, de tramitación de permisos para ubicar los centros de votación, de publicidad, entre otras.
- **Fase de información o socialización:** se informa a toda la población a través de pláticas, talleres, programas radiales, volantes, entre otros, lo relativo a la existencia de la licencia autorizada y la realización de Consulta comunitaria de buena fe.
- **Ejecución:** se da cuando se lanza la convocatoria, una vez señalados lugares, fecha y horarios de votación.
- **Escrutinio:** se realiza el conteo de votos, se da a conocer a la población los resultados obtenidos que constituyen la postura del pueblo indígena en relación al proyecto consultado.

- **Seguimiento:** notificación a las principales autoridades del país que tengan que intervenir o tomar decisiones en el tema, tales como presidentes de los tres organismos del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), ministros, entre otros.

Por otro lado, la mayor parte de las veces, las autoconsultas se llevan a cabo por medio de uno de los siguientes dos mecanismos:

- **Por votación:** participa la población de siete años en adelante, los menores de edad acreditan su identificación con certificado de nacimiento y los mayores de edad con su documento personal de identificación. Emiten su voto mediante boleta.
- **Por consulta directa a la asamblea general:** convocan a la asamblea general, le informan del proyecto o problema a consultar, les dan información y, posteriormente, mediante el sistema de levantar la mano la asamblea general vota a favor de sí o no, se suscribe un acta en donde consta la decisión y se tiene por realizada la consulta. Se pueden realizar varias consultas sobre diferentes temas.

### 3.2. Rol de la Procuraduría de los Derechos Humanos con relación al derecho a la consulta previa

La Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala posee un mandato constitucional muy amplio, por lo que su campo de acción tiene esa misma característica. La Constitución y la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos, son las fuentes normativas que habilitan a la Procuraduría.

Por un lado, la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 274, señala que, el Procurador de los Derechos Humanos es un comisionado del Congreso de la República para la defensa de los derechos humanos que la Constitución garantiza. Como tal, tiene facultad de supervisar la administración; ejerce su cargo por un período de cinco años y rinde informe anual al pleno del Congreso, con el que se relacionará a través de la Comisión de Derechos Humanos. Asimismo, en su artículo 44 señala que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

Por otro lado, la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos, establece que: “el Procurador, para el cumplimiento de las atribuciones que la Constitución Política de la República de Guatemala y esta ley establecen, no está supeditado a organismo, institución o funcionario alguno, y actuará con absoluta independencia.

Asimismo, señala que son atribuciones esenciales del Procurador:

- Promover el buen funcionamiento y la agilización de la gestión administrativa gubernamental, en materia de derechos humanos.

- Investigar y denunciar comportamientos administrativos lesivos a los intereses de las personas.
- Investigar toda clase de denuncias que le sean planteadas por cualquier persona, sobre violaciones a los derechos humanos.
- Recomendar privada o públicamente a los funcionarios, la modificación de un comportamiento administrativo objetado.
- Emitir censura pública por actos o comportamientos en contra de los derechos institucionales.
- Promover acciones o recursos, judiciales o administrativos, en los casos en que sea procedente.
- Las otras funciones y atribuciones que le asignen la Ley específica.

Por otro lado, las funciones del Procurador directamente vinculadas con la consulta previa son:

- Informar sobre la postura de la Procuraduría de los Derechos Humanos en relación al tema. En el caso de la minería e hidroeléctricas, la misma está contenida en los *AmicusCuriae* emitidos por el Procurador.
- Participar en la observación, ya sea de oficio o a solicitud de parte.
- Observar el proceso e informar de los resultados.
- Coordinar con otras instituciones acciones de prevención cuando se requiera o se considere necesario.
- Recopilar la información necesaria para la observación.
- Elaborar el instrumento de observación en los centros devotación.
- Observar que se respeten los derechos humanos.
- Mantener comunicación interinstitucional constante, durante el desarrollo de la consulta.
- Rendir informe de la observación al señor Procurador.
- Seguir los resultados de la consulta para identificar la aceptación de los mismos y las posibles reacciones.
- Preparar pronunciamiento del señor Procurador de los Derechos Humanos o su representante, sobre el desarrollo de la consulta.

A pesar del amplio mandato constitucional al que se ha hecho mención, el Procurador de los Derechos Humanos no cuenta con iniciativa de ley. Sin embargo, esto no lo ha impedido de participar en al menos 10 procesos de consulta previa comunitaria. Esos procesos se dieron en relación a los sectores de minería e hidroeléctricas:

- Totoncapán
- Momostenango
- San Francisco El Alto
- Santa María Chiquimula
- Santa Lucía La Reforma
- San Andrés Xecul
- San Bartolo Aguas Calientes
- San Cristóbal Totoncapán

- Cantel
- San Miguel Siguilá

### 3.3. Buena práctica identificada por la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala

Cuadro N° 24  
Resumen de la buena práctica de la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala

Institución	Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala (PDH).
Nombre de la auto consulta intervenida	Autorización del pueblo indígena de Momostenango, Totonicapán de actividad minera y el otorgamiento de la licencia de exploración minera ya existente.
Actores involucrados y sus roles	La auto consulta fue efectuada por iniciativa de los pueblos indígenas, a través de las Autoridades Ancestrales del lugar. Se contó con la observación de la Procuraduría de los Derechos Humanos y de las autoridades comunales indígenas de los demás municipios del Departamento de Totonicapán.
Razón de la intervención	El Ministerio de Energía y Minas había otorgado la licencia de exploración minera denominada “Centaurus II” a la Empresa Montana Exploradora de Guatemala, S.A. sin consulta previa al pueblo indígena de Totonicapán. Con ello se afectó al pueblo indígena maya k’iche’ de Totonicapán, específicamente el municipio de Momostenango del departamento de Totonicapán.
Derechos susceptibles a ser vulnerados	Derecho a la salud. Derecho a un ambiente sano y seguro.
Intervención de la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala	La población inició acciones de protesta, por lo que fue necesario que la PDH mediara la situación requiriendo información al Ministerio de Energía y Minas.
Resultado	Mediante votación ganó la postura del “no a la actividad minera”.
Estado actual	En espera del accionar del Ministerio de Energía y Minas, así como de la Empresa Montana Exploradora, S.A., en virtud de la sentencia de la Corte de Constitucionalidad la cual señala que para reactivar la licencia minera “Centaurus II”, el Organismo Ejecutivo debe previamente consultar al pueblo de Momostenango.

#### Elaboración: Defensoría del Pueblo de Perú

En Guatemala, las auto consultas que se han realizado han surgido por petición de los pueblos indígenas y no han sido previas, ya que se ejecutaron cuando las licencias mineras o los proyectos hidroeléctricos ya contaban con una autorización estatal. La práctica que ha identificado la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala se desarrolló en ese contexto.

En el territorio Maya K’iche’ del municipio de Momostenango, del departamento de Totonicapán, el Ministerio de Energía y Minas otorgó licencia de funcionamiento a la Empresa Montana Exploradora de Guatemala, S.A. para que lleve a cabo el

proyecto de exploración minera “Centaurus II”. Este proyecto buscaba la exploración de minerales, tales como oro, plata, níquel, cobalto, cromo, cobre, plomo, zinc, antimonio y tierras raras. El problema era que dicha licencia había sido emitida sin consultar previamente al pueblo indígena de Totonicapán, el cual se encontraba en la zona de impacto del proyecto.

Ante esas circunstancias, la población inició acciones de protesta. Para evitar que escalara la violencia, la Procuraduría de Derechos Humanos de Guatemala empezó a mediar en la situación. La Procuraduría requirió información al Ministerio de Energía y Minas, el cual respondió que la licencia se encontraba suspendida. Ante ese cambio de escenario, las 31 comunidades indígenas que conforman el municipio de Momostenango, organizaron un proceso de autoconsulta. En ella, la Procuraduría de los Derechos Humanos participó como observador.

El proceso de autoconsulta contó con reuniones de coordinación, organización e información que se llevaron a cabo el 17 de abril de 2013. Posteriormente, el 01 de septiembre de 2013 se desarrolló la autoconsulta, se generó un padrón de los vecinos, se instalaron centros de votación en cada aldea y se repartió una boleta en la que cada votante debía marcar la opción sí o no, dependiendo de si aceptaban o no la actividad minera.

El caso presentado tuvo impactos tanto a nivel regional como nacional. En lo regional, provocó que en los otros siete municipios restantes del Departamento de Totonicapán también se hiciera este tipo de autoconsulta. Asimismo, provocó que se efectuaran consultas comunitarias de buena fe en otros lugares vecinos pertenecientes a otros departamentos como Quetzaltenango, Huehuetenango, Sololá, Quiché y San Marcos, promovidas por las autoridades indígenas.

A nivel nacional, originó acciones legales, dado que el resultado ganador de la consulta fue el “no a la actividad minera en el territorio del pueblo indígena de Momostenango, Totonicapán”. Asimismo, la Corte de Constitucionalidad emitió una sentencia en la que se establece que previo a la aprobación de la prórroga de la licencia minera, el Organismo Ejecutivo, por medio del Ministerio de Energía y Minas debe realizar un procedimiento de consulta. Este procedimiento debe alcanzar consensos con los pueblos que son afectados con la actividad, conforme lo establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, por ser decisiones que les afectan e interesan.

En ese sentido, se debe destacar que la buena práctica en el caso de la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala es que la Corte Constitucional haya establecido la necesidad de realizar una consulta previa antes de la aprobación de una licencia minera. Criterio que debe ser observado en situaciones similares.

## ANEXOS

### Anexo 1: Cuestionario para la identificación de buenas prácticas de las Defensorías del Pueblo relacionadas al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

**Nombre de la Defensoría del Pueblo**

(Indicar la Adjuntía/Programa y/o Área encargada del llenado del cuestionario)

**Nombre del/los funcionario/s que llenan el cuestionario**

Fecha

#### Instrucciones:

Para identificar una buena práctica institucional en consulta previa los/as funcionarios/as analizarán y tomarán en cuenta las diferentes actuaciones defensoriales que han desarrollado en cualquiera de los siguientes supuestos:

- Para impulsar la implementación del derecho a la consulta previa.
- Para supervisar los procesos de consulta previa.
- Para supervisar el cumplimiento de los acuerdos de la consulta previa.
- Para elaborar y monitorear las recomendaciones sobre el tema.
- Para la atención, asesoría y acompañamiento a los pueblos indígena.
- Para las acciones de tutela sobre el derecho a la consulta previa, entre otros.

Asimismo, una buena práctica debe cumplir con los siguientes requisitos:

- La buena práctica debe corresponder a una experiencia exitosa ya realizada por la Defensoría del Pueblo, por ello, ninguna propuesta deberá concernir a un proyecto por emprender o no realizado.
- El ejercicio de la buena práctica debe haberse realizado por uno o varios pueblos indígenas bajo los alcances del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales en países

independientes; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas; los estándares del sistema interamericano; y/o de los mecanismos de protección de los derechos humanos en el sistema universal.

- El desarrollo de la buena práctica debe significar un impacto real/sustantivo en el adecuado ejercicio del derecho a la consulta previa.
- La buena práctica debe ser sostenible institucionalmente, con capacidad de ser replicada en otras situaciones similares.

Pueden identificarse hasta dos (02) buenas prácticas. Por cada una de ellas, es indispensable llenar íntegro el cuestionario.

Luego de leer las instrucciones, les agradecemos que identifiquen la buena práctica teniendo en consideración las siguientes preguntas guías:

### A. Información general: Contexto en el que se desarrolla la buena práctica.

1. ¿Qué normas regulan el proceso de consulta previa en su país? (Tratados internacionales, normas constitucionales, leyes, reglamentos, etc).
2. Describa el rol y las competencias de la Defensoría del Pueblo específicamente vinculadas al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.
  - Referirse a las normas/ leyes/ jurisprudencia que habilita a la oficina del Ombudsman/Defensor del Pueblo.
  - Identificar las funciones del Ombudsman/Defensor del Pueblo directamente vinculadas con el derecho a la consulta previa y la buena práctica.
  - Identificar instrumentos internos ¿La Defensoría del Pueblo cuenta con alguna resolución, directiva, protocolo o lineamientos internos para la supervisión de la consulta previa?
3. ¿Cómo estaba su país cuando se desarrolló la buena práctica? ¿Había algún conflicto social relacionado a la buena práctica? ¿Cuál era el contexto social/ político/económico donde se inserta la buena práctica?

### B. Información de la consulta previa relacionada a la buena práctica.

4. Señalar el marco en el que se realizó la recomendación o acción que la Defensoría del Pueblo identifica como buena práctica.
  - **Materia:** ¿Cuál fue el caso supervisado por la Defensoría del Pueblo? (Especificar el nombre del proyecto de inversión, o de la propuesta de medida administrativa o legislativa en el que se solicitó, discutió o se ejerció el derecho a la consulta).
  - **Actores responsables:** ¿A qué instituciones, organismos y/o empresas les correspondía realizar la consulta previa? En caso de haberse implementado

la consulta previa ¿Qué institución, organismo, empresa u otro la implementó? ¿Cuál ha sido el rol de la empresa, de ser el caso?

- **Pueblos indígenas:** ¿Qué organizaciones indígenas y/o comunidades se vieron afectadas con la medida administrativa o legislativa? En caso de haberse realizado la consulta previa ¿Qué organizaciones indígenas y/o comunidades participaron en la consulta previa?
- **Otros actores:** ¿Se contó con la participación de otros actores en el desarrollo de las actividades? (Observadores nacionales o internacionales, instituciones públicas, ONG, etc).
- **Motivo de la consulta:** ¿Por qué se solicita la consulta previa? En caso de haberse realizado la consulta previa: ¿Fue a iniciativa del Estado o por petición de los pueblos indígenas?
- **Derechos colectivos:** Especifique los derechos colectivos involucrados en el caso (Ej. Derecho al territorio, a la salud, a la educación, etc).
- **Alcance de la medida:** ¿Qué alcance tuvo la consulta previa o el caso bajo análisis? (Nacional/regional/local) Indicar el nombre del lugar geográfico exacto en el que se realizó.
- **Desarrollo del proceso o caso:** Señale con detalle ¿Cómo se desarrolló la consulta previa o el caso bajo análisis? Consignar la fecha de inicio y fecha de finalización.
- **Resultado:** ¿Cuál fue su resultado? ¿Se llegaron a acuerdos? ¿Hubo desacuerdos? ¿Cuáles fueron?
- **Seguimiento al día de hoy:** ¿Cuál es el estado actual de la consulta previa o el caso bajo análisis?

### C. Información específica: análisis de la buena práctica

5. Características de la buena práctica: Describa con detalle la recomendación o acción específica realizada y que usted considere que fue una buena práctica ¿cómo se realiza, ejecuta, y desarrolla la buena práctica?
  - ¿Cuáles fueron los antecedentes? ¿Por qué intervino la Defensoría del Pueblo?
  - ¿Cómo intervino la Defensoría del Pueblo? ¿Qué recomendación o acción concreta realizó la Defensoría?
  - ¿Se pueden identificar etapas de desarrollo en su ejecución? Descríbalas ordenadamente.
  - ¿Cuál es el rol o función de los que intervienen?
  - ¿Hubo participación de los pueblos indígenas en la recomendación u acción realizada?
  - ¿Se obtuvieron resultados? ¿Cuáles? ¿En cuánto tiempo?
6. **Impacto:** ¿Cuál fue el impacto concreto de la buena práctica? ¿Cuál fue la opinión de las organizaciones indígenas, las entidades estatales, la sociedad civil respecto a la acción defensorial? ¿Hubo reacciones mediáticas?

7. **Financiamiento:** ¿La acción identificada como buena práctica demandó algún costo económico para la Defensoría del Pueblo? ¿Recibió la Defensoría apoyo económico de otra institución para el desarrollo de la buena práctica?
8. **Evaluación:** ¿Se podría mejorar esta buena práctica? ¿Cómo?
9. **Lecciones aprendidas:** ¿Cuáles serían las recomendaciones para que otras defensorías del pueblo puedan replicar la buena práctica desarrollada por su institución?
10. **Otros asuntos a analizar:** Describa cualquier otra observación, no detallada en los puntos anteriores, y que usted considere importante en el desarrollo de la buena práctica identificada.

## Anexo 2: Relatoría del Taller regional “Buenas prácticas institucionales en procesos de consulta previa Oficinas de ombudsman de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Argentina, Brasil y Guatemala.

### 1. El marco en el que se desarrolla la actividad

Durante el III Taller regional sobre consulta pPrevia, celebrado en setiembre de 2015 en la ciudad de Cartagena, surgió la iniciativa de crear la intervención: «Estándares regionales comunes de actuación defensorial para la supervisión de los procesos de consulta previa en las oficinas defensoriales de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú», en el marco de la Mesa de Pueblos Indígenas y Afrodescendientes del Consejo Andino de Defensores del Pueblo.

El objetivo general de la intervención es contribuir al fortalecimiento de la actuación defensorial de los procesos de consulta previa en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. En esa línea, se planteó dotar a los comisionados y comisionadas, de dichas defensorías, de un instrumento de supervisión que contribuya a garantizar el adecuado ejercicio del derecho a la consulta previa. Para lograr este objetivo se dispuso de un plazo de 12 meses que inició en octubre de 2016.

La Defensoría del Pueblo del Perú, a través del Programa de Pueblos Indígenas de la Adjuntía de Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas, fue elegida como la institución encargada de ejecutar la intervención. Por su parte, las Defensorías del Pueblo de Bolivia, Colombia y Ecuador, participan como instituciones socias del proyecto. Esas defensorías, al igual que la del Perú, son miembros del Consejo Andino de Defensorías del Pueblo (CADP) y de la Federación Iberoamericana del Ombudsman (FIO).

Este proyecto cuenta con el valioso apoyo de la cooperación española (AECID) y la asistencia técnica de los proyectos de la Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ): PRO-FIO y “Promoviendo la Implementación del Derecho a la Consulta Previa”.

El taller regional: “Buenas prácticas institucionales en procesos de consulta previa, Oficinas de Ombudsman de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Argentina, Brasil y Guatemala”, se llevó a cabo en el marco de la intervención mencionada. Las defensorías de Argentina, Brasil y Guatemala que también son miembros de la FIO, participaron como instituciones invitadas del proyecto.

## 2. Datos sobre la actividad

- Fecha de realización: 3 y 4 de noviembre
- Lugar: Sala Los Olivos del Hotel Plaza del Bosque, ubicado en Av. Paz Soldán 165, San Isidro, Lima, Perú
- Horario: de 9:00 – 18:00 horas
- Participantes invitados:

Rol	Instituciones participantes	Nº Participantes
Defensorías del Pueblo participantes del proyecto	Defensoría del Pueblo Bolivia	2
	Defensoría del Pueblo Colombia	2
	Defensoría del Pueblo Ecuador	2
	Defensoría del Pueblo Perú	5
Defensorías del Pueblo invitadas	Defensoría del Pueblo Argentina	2
	Defensoría del Pueblo Brasil	1
	Defensoría del Pueblo Guatemala	1
Asistencia técnica	Proyecto PROFIO GIZ	2
	Proyecto “Promoviendo el derecho a la consulta previa” GIZ	3
Acompañamiento	AECID	2
<b>Total de asistentes:</b>		<b>22</b>

## 3. Objetivos del evento

1. Compartir y reflexionar sobre las buenas prácticas en consulta previa que las Defensorías del Pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú han identificado, con la finalidad que puedan ser un aporte a otras defensorías de la región.
2. Conocer las experiencias en consulta previa de otras Defensorías del Pueblo integrantes de la FIO (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, Guatemala, Argentina y Brasil).
3. Lograr consensos en relación a líneas orientadoras que puedan servir para la construcción de estándares regionales de supervisión defensorial en consulta a partir de la reflexión y aportes de las buenas prácticas de las Defensorías de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

## 4. Resumen del evento

Jueves 3 de noviembre:

Actividad prevista	Objetivo	Resultado
Consulta previa en Bolivia: Intervención defensorial en el marco de la elaboración del anteproyecto de Ley Marco de Consulta Previa	Que los comisionados de Bolivia presenten un resumen respecto a la consulta previa en su país y su buena práctica.	<p>Nadia Cruz realizó la presentación.</p> <p>-Ella planteó que la DP de Bolivia considera que varios decretos legislativos que norman la CP en su país contravienen la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT debido a que no aseguran que la CP sea concertada ni previa.</p> <p>-Como Defensoría del Pueblo (DP, en adelante) no tienen un rol específico en relación a la CP. Sin embargo, tienen un mandato amplio constitucional respecto a la vigencia, promoción, difusión y cumplimiento de derechos humanos, individuales y colectivos.</p> <p>-Acciones que han realizado como DP en relación a la CP en el anterior quinquenio: a) intervención a través de la creación de una unidad específica para esta área y b) promoción de espacios de análisis, diálogo y entendimiento del derecho de la consulta.</p> <p>-La buena práctica de la DP de Bolivia ha consistido en elaborar lineamientos generales para la Ley Marco de Consulta Previa de su país. Esta parte de un diagnóstico de omisiones y errores, y culmina en propuestas.</p> <p>- Críticas de la DP al anteproyecto de Ley Marco: a) la Constitución plantea que la CP debe ser a toda la población afectada pero el anteproyecto plantea que se debe consultar a las naciones y pueblos indígenas, originarios, campesinos, las comunidades interculturales y los pueblos afrobolivianos. b) En el anteproyecto no se hace referencia a si lo que se va a consultar y la decisión consultada es vinculante o no para el Estado boliviano. La DP plantea que la CP debe ser obligatoria para el Estado, vinculante y previa (previa tanto a la ejecución del proyecto como a los procesos anteriores a la ejecución de un proyecto). c) el anteproyecto señala que se debe consultar a legítimos representantes, la DP dice que no solo debe ser a ellos sino que se debe de ampliar a aquellos que no están representados y a aquellos que, pese a estar representados, también quieran participar del proceso de consulta. d) El anteproyecto señala que se deben hacer reglamentos específicos. La DP sugiere que estos reglamentos se elaboren con la participación de las NyPIOC (Naciones y Pueblos Indígena Originarios Campesinos).</p> <p>-La acción de la DP no ha tenido los impactos esperados: el anteproyecto de Ley sigue en el Tribunal Constitucional y ellos no creen que se hayan incorporado las propuestas realizadas.</p>

Actividad prevista	Objetivo	Resultado
		<p>-Como DP no creen que la Ley Marcova a ser un mecanismo que va a ayudar de fondo a los procesos de consulta.</p> <p>-Actualmente como DP están apostando por a) generar espacios de diálogo donde se pueda informar y conocer la posición de las NyPIOC b) Pasar de un rol de enfrentar el conflicto a un rol de prevenirlo c) creación y fortalecimiento de espacios de trabajo interinstitucional para la resolución de problemas locales, d) generación de protocolos de actuación interinstitucional.</p>
Preguntas	Que los expositores resuelvan las preguntas de los oyentes	<p>-¿La DP tiene un rol de mediador? La Constitución Política del año 2009 abre las posibilidades de la DP indicando que tiene la obligación de promover y vigilar el cumplimiento de los derechos individuales y colectivos. La Ley que reglamenta a la DP es anterior a la nueva Constitución y hace énfasis en defensa de derechos humanos. Sin embargo, tradicionalmente la DP ejerce un rol de mediación. Actualmente se está debatiendo una Ley que adecúe a la DP a la nueva constitución. Ahí se pretende incluir su rol de mediador en conflictos sociales.</p> <p>-¿Cuál es el procedimiento de consulta? Aún no hay un procedimiento claro porque aún no se ha aprobado el anteproyecto. Para hacer los procesos se guían de las normas sectoriales específicas.</p> <p>-¿La DP da seguimiento a los resultados de la consulta? No, a menos que exista una demanda de vulneración de derechos humanos.</p> <p>-¿Cuántos procesos de CP se han desarrollado en Bolivia? Tenemos registrados 49 en hidrocarburos y un número no muy grande en tierras bajas.</p> <p>-¿Ha participado la DP en algún proceso de CP específico? No. Participación de DP ha sido reactiva pero no preventiva. Eso se quiere cambiar ahora.</p> <p>-¿Existe un registro de comunidades? Las Tierras Comunitarias de Origen.</p> <p>-¿La Constitución Política Boliviana reconoce el derecho de la consulta previa a toda la población? Sí, pero la DP considera que no se debe de consultar a toda la población, solo a las NyPIOC.</p> <p>-¿En la opinión de la DP Bolivia la CP debe de ser vinculante en todos los casos? No es la opinión de la DP, eso está indicado en las leyes internacionales.</p> <p>-¿Cuándo se consulta? Después de la evaluación de impacto ambiental y antes de la concesión.</p>

Actividad prevista	Objetivo	Resultado
<p>Consulta previa en Ecuador: Estrategia defensorial en el caso minero Río Blanco</p>	<p>Que los comisionados de Ecuador presenten un resumen respecto a la consulta previa en su país y presenten su buena práctica.</p>	<p>Marcia Cárdenas realizó la presentación.</p> <p>-Los roles de la DP son: a) promover, divulgar y proteger los derechos individuales y colectivos, b) proteger y tutelar los derechos y c) pueden intervenir en asuntos relacionados a la protección del medio ambiente y del patrimonio.</p> <p>-Caso emblemático en el que ha participado la DP: emitió una resolución criticando que no se haya hecho CP para sacar muestras de sangre a población guaraní.</p> <p>-Buena práctica: resolución relacionada al proyecto minero Río Blanco en la que se señalaba que la población afectada no había sido informada ni consultada. Asimismo, la DP exhortó a la Asamblea Nacional, a la Presidencia de la República y a los Ministerios involucrados en la explotación de recursos naturales a realizar esfuerzos para construir colectivamente un proyecto de ley sobre consulta previa.</p> <p>-La CP no es igual a la participación social. La participación social no cuida las formas que se cuidan en una CP. Ejemplo: no necesariamente debe de usar idioma indígena.</p> <p>-La constitución ecuatoriana señala que debe haber CP solo para actividades extractivas de recursos naturales no renovables.</p> <p>-La CP tal y como se está aplicando en Ecuador está lejos de ser libre, previa e informada. La DP tiene reparos y observaciones al respecto.</p> <p>-Marcia Cárdenas comenta que le sorprende que la expositora de Bolivia haya dicho que la Ley no era la respuesta para mejorar los procesos de CP porque ellos estaban apostando precisamente por una Ley de Consulta para mejorar los procesos. Ante esta situación pregunta: ¿Si no es por medio de una ley, cómo?</p> <p>-Actualmente no existe acuerdo de la Asamblea Nacional para la emisión de la ley sobre consulta previa.</p> <p>-Se han realizado gestiones defensoriales en todos los niveles a fin de que se puedan concretar las recomendaciones constantes en la Resolución Defensorial, para lo cual se está llevando a cabo el seguimiento a la resolución.</p> <p>-En Ecuador se han hecho cuatro procesos de CP.</p> <p>-Autoridades ecuatorianas ven muy a la ligera los procesos de CP.</p>

Actividad prevista	Objetivo	Resultado
Preguntas	Que los expositores resuelvan las preguntas de los oyentes	<p>-¿Qué acciones a nivel interinstitucional realizó la DP en este caso? ¿Cuál fue la acción de la DP en el caso Río Blanco? La DP realizó una investigación para determinar si había habido vulneración de derechos y comprobó que sí. Luego exhortó a varias instituciones públicas para que tomen cartas en el asunto.</p> <p>-¿Qué procedimientos de CP se desarrolló en el caso planteado? No se realizó el proceso de CP porque el Decreto Ejecutivo 1247, que es la norma sobre CP en hidrocarburos, salió luego del caso.</p> <p>-¿La DP tiene iniciativa legislativa? Sí. Se ha elaborado un borrador de Ley de CP pero no tenemos el apoyo que se necesita para que la Ley se mueva y sea aprobada.</p> <p>-¿Cuál es el procedimiento de CP? El procedimiento se puede resumir en cuatro puntos: a) contar con puntos de información. Muchas veces la información se otorga por vías inadecuadas. Por ejemplo: por medio de plataformas de internet o usando un idioma o un lenguaje que no maneja la población b) tiempo para que gente vaya a informarse, c) Audiencia, d) Sistematización. El problema con la sistematización es que lo hacen los técnicos, los pobladores no pueden participar en la validación de esa sistematización.</p> <p>-¿Tiene reclamos de organizaciones indígenas sobre la creación de una Ley de CP? No. La Ley ha sido una iniciativa de la DP. Además no hay entes fuertes por parte de las comunidades para que nos puedan apoyar. Ha habido diferentes organizaciones que han presentado proyectos de Ley relacionados a la CP pero todos lo han hecho de manera desarticulada.</p> <p>-Aclaración de Nadia Cruz de Bolivia: En el caso boliviano ningún cambio en la realidad se ha logrado por medio de una reforma normativa. Me parece más importante incidir en la práctica que incidir en la norma.</p> <p>-¿En Ecuador hay un debate para ampliar el derecho de CP a medidas que no solo tienen que ver con proyectos de extracción? La CP está prevista solo para proyectos de exploración y explotación tal cual lo manda la constitución.</p>
Consulta previa en Colombia: Intervención Defensorial en la consulta de los Decretos de la Ley de Víctimas	Que los comisionados de Colombia presenten un resumen respecto a la consulta previa en su país y presenten su buena práctica.	<p>Mateo Gómez realizó la presentación.</p> <p>-Antes la CP en Colombia solo estaba prevista para temas de hidrocarburos, ahora también para medidas legislativas.</p> <p>-La CP en Bolivia está normada principalmente por un vasto contenido judicial.</p>

Actividad prevista	Objetivo	Resultado
		<p>-Rol de la DP: a) control y vigilancia de los procesos de CP, b) asesoría, orientación, divulgación y acompañamiento a los sujetos de derecho de la CP, c) evaluación de la política pública en temas relacionados o que requieran de CP.</p> <p>-La DP tiene dificultad para procesar la información sobre CP. En Colombia hay 32 departamentos. De ellos solo en el departamento de Bolívar, tienen 92 procesos activos de CP que vienen acompañando.</p> <p>-Debido a que tenían una demanda muy alta con respecto a la CP, la DP decidió realizar un protocolo.</p> <p>-La alta demanda por la CP tiene que ver con que las comunidades cada vez conocen más sus derechos y ven en la CP una oportunidad.</p> <p>-La buena práctica de la DP consistió en motivar y mediar diálogos con respecto a si los grupos étnicos víctimas del conflicto armado en Colombia debían ser compensados. Esos diálogos culminaron en la presentación de un proyecto de Ley de Víctimas que fracasó previo a su aprobación, pero que fue retomado con la llegada de Juan Manuel Santos a la presidencia.</p>
Preguntas	Que los expositores resuelvan las preguntas de los oyentes	<p>-¿Qué tipo de norma establece la regularización de la CP al interior de las instituciones? ¿Define el proceso de CP? Una directiva del presidente de la República cuyo alcance son las entidades de gobierno, no es una norma de carácter general abstracto.</p> <p>-¿Quién hace la CP? Si no existe una norma, ¿No es subjetivo quién hace la CP? El Ministerio del Interior tiene una directiva de CP que es el ente que se encarga de realizar la coordinación con las entidades del Estado o las empresas que hacen la CP. Ellos trabajan como coordinadores o acompañantes.</p> <p>-¿Realizan algún control específico a la dirección de CP del Ministerio del Interior? Sí, hacemos control. Alguna vez hemos demandado, presentado acciones de tutela, entre otros.</p> <p>-¿Cuál es el resultado del acompañamiento de la DP? ¿Legítima el proceso de CP a pesar de que no fuera consulta? No legitimamos el proceso de consulta, solo lo acompañamos.</p> <p>-¿Cómo se identificó a los representantes legítimos para la CP expuesta? Fue un tema muy complicado. Hay una mesa de concertación de pueblos indígenas y hay una organización que representa a todas las organizaciones pero no a todos los pueblos. Sobre todo se logró interpretando el panorama político.</p>

Actividad prevista	Objetivo	Resultado
<p>Consulta previa en el Perú: Demanda de amparo para el cumplimiento de acuerdos del Proceso de Consulta- Sierra del Divisor</p>	<p>Que los comisionados de Perú presenten un resumen respecto a la consulta previa en su país y presenten su buena práctica.</p>	<p>-¿Cómo hace la DP para priorizar los procesos de CP que va a supervisar? a) valoramos la fortaleza organizativa de la comunidad a la que se va a consultar. La DP prioriza a las más débiles, b) Se prioriza a los proyectos grandes y de alto impacto. En Colombia hay los denominados “Proyectos de Interés Nacional Económico y Social”. A esos proyectos los promotores mandan a gente muy preparada, c) priorizamos aquellos en los que la comunidad lo solicite, aunque esto no siempre es posible porque las comunidades siempre lo solicitan y no tenemos capacidad de respuesta para todos.</p> <p>La Adjunta Alicia Abanto realizó la presentación.</p> <p>-En Perú hemos tenido 21 años de vigencia del derecho a la CP. En ellos hemos tenido tres etapas. En la primera estábamos como Bolivia y Ecuador: habían normas vinculadas a energía y minería vinculadas a la CP, la CP estaba en la constitución y habían debates y polarización sobre la CP. La segunda etapa entramos a un proceso de construcción de una Ley. En esa etapa se especificó cómo la CP debía de ser aplicada en cada sector. En ese escenario de debate hubo un conflicto social muy grande que motivó la consolidación del reglamento que define el procedimiento general de la CP. Esta segunda etapa fue importante porque permitió reducir la polarización con respecto a la CP. La tercera etapa es la de implementación de CP, con este procedimiento que construimos.</p> <p>-El rol de la DP en esos 21 años ha sido muy activa. Ha intervenido en el debate sobre normas vinculadas al derecho de información, participación y CP. En esa línea, en la primera etapa la DP promovió normatividad vinculada al derecho de la participación. Luego la DP propuso el proyecto de Ley de Consulta Previa que hoy es la Ley. Por otro lado, en la tercera etapa la DP ha recibido quejas y ha intervenido en actos de defensa sobre los derechos.</p> <p>-Si hay reglas claras hay un nivel de predictibilidad. Eso es importante para reducir la polarización de los actores y para que ellos sepan cómo actuar y cuándo reclamar. Si no hay reglas claras, el nivel de discrecionalidad tan alto que tenemos genera conflictividad. Como DP hemos apostado por que haya predictibilidad.</p>

Actividad prevista	Objetivo	Resultado
		<p>-Es el Estado el que consulta. Se consulta a los pueblos indígenas. En el Perú aún no se ha establecido la CP a pueblos afro. Se consultan medidas legislativas y medidas administrativas que vayan a tener un impacto hacia los derechos.</p> <p>-Perú tiene un procedimiento general sobre CP que consta de 7 etapas: a) la identificación de la medida a consultar, b) la identificación de los pueblos a consultar, c) publicidad de la medida, d) información, e) evaluación interna, f) diálogo, g) decisión. Si en la etapa de decisión se llega a un acuerdo, el Estado está obligado a cumplirlo. Si no se llega a un acuerdo el Estado debe tomar la decisión de qué hacer tomando en cuenta el marco de los derechos que debe respetar.</p> <p>-En el Perú desde el 2010 tenemos 30 procesos de CP realizados.</p> <p>-En lo que es consultas de normas y políticas hemos tenido buenas experiencias, porque las intervenciones de los pueblos consultados se han recogido en los acuerdos y se ha llegado a acuerdos de calidad. Sin embargo, en las CP de hidrocarburos y minerías tenemos un sector que pone la CP en momentos inadecuados: se consulta demasiado pronto cuando no hay nada concreto sobre qué dialogar o demasiado tarde cuando todo ya está definido. Si el consultado no puede cambiar nada se trata de una "falsa consulta". Nuestro reto como DP es lograr que la CP se haga antes del EIA, como en Colombia y como se ha avanzado en Chile.</p> <p>-Un esfuerzo de la DP de los últimos dos años es supervisar no solo el proceso de CP sino también que los acuerdos se cumplan.</p> <p>-La buena práctica de la DP Perú consistió en imponer una demanda de Amparo para exhortar a que los entes responsables cumplan con los acuerdos arribados en el acta de consulta, en vista de que habían pasado 21 meses y no los habían cumplido. Esta acción la interpuso la DP de manera coordinada con pueblos indígenas.</p> <p>-La información es un derecho que implica intercambio de información. La participación es un derecho que implica generar un efecto en las decisiones del Estado, implica que las autoridades recojan las propuestas de la población participante. La CP se aplica solo a pueblos indígenas y por tanto exige representatividad de los pueblos indígenas. La CP no es un mecanismo de referéndum.</p>

Actividad prevista	Objetivo	Resultado
Preguntas	Que los expositores resuelvan las preguntas de los oyentes	<p>-¿La Ley prevé financiamiento para que las comunidades contraten asesores técnicos de su confianza? Los costos de la CP se financian con el presupuesto público. Cada entidad que va a consultar debe sacar de su propio presupuesto. Esto implica una fortaleza y una debilidad. Como fortaleza el Estado va a ser más neutral porque va a tener independencia. Como debilidad está que las consultas son caras y a veces la falta de presupuesto disminuye la calidad del proceso. Considera que en el futuro se debería de apostar por promover que en casos de CP a iniciativas privadas, el privado asuma el costo de la CP. Por otro lado, en el Perú no hay una Ley que habilite a los pueblos indígenas a acceder a los fondos públicos. Eso es un problema porque ello lleva a que las organizaciones indígenas sean precarias y con fuertes debilidades institucionales.</p> <p>-En caso de CP de una Ley general, ¿a quién se consulta? Se convoca a las organizaciones representativas. Hasta ahora lo que ha sucedido es que todas las organizaciones que se presentan participan en la CP.</p> <p>-¿Qué sucede cuando no hay acuerdo? El Estado debe tomar una decisión ponderando los derechos.</p> <p>-¿Cuál es el alcance y las características de informar en una CP? ¿Comprende el absoluto conocimiento de las medidas administrativas o legislativas? Necesitas brindarle información a la gente de acuerdo a sus necesidades y sus necesidades están en función a sus derechos. Necesitas especificarles cómo va a cambiar su vida, qué impactos concretos van a tener. Lo que hemos visto es que este derecho generalmente se vulnera porque se otorga información general sobre el proyecto y los impactos positivos y no se otorga información específica sobre los impactos negativos.</p>
Presentación de las experiencias de las Defensorías de Argentina, Brasil y Guatemala	Que los comisionados de Argentina, Brasil y Guatemala presenten un resumen respecto a la consulta previa en su país y presenten su buena práctica.	<p>Argentina: presentación realizada por Antonieta Prates.</p> <p>Al ser un gobierno federal las provincias tiene autonomía, los recursos y territorios les pertenecen por lo que hay tensiones con el gobierno central.</p> <p>Institucionalidad indígena en el Estado: i) Centro de participación indígena, del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas; ii) Consejo de Participación Indígena. Este segundo no funciona ya que tiene competencias muy amplias, debido a lo cual el gobierno no lo reglamenta.</p> <p>Los Mapuches y Koqllas son los grupos indígenas más importantes. Después del censo 2010, un millón de personas se reconocen como indígenas.</p>

Actividad prevista	Objetivo	Resultado
		<p>No hay una ley específica de CP. Para que una comunidad indígena sea reconocida como tal debe tener personalidad jurídica, lo cual no significa necesariamente que tenga titularidad sobre su tierra.</p> <p>Caso expuesto: Construcción inconsulta de fibra óptica en territorio indígena (etnia Koqlla), en la provincia de Jujuy. Conflicto a gran escala. La DP empezó a realizar pedidos de informes.</p> <p>En argentina normalmente la consulta se da luego del conflicto y cuando la medida ya fue implementada, no es previa. Luego de la consulta se puso en evidencia la falta de conocimiento del derecho a la CP, tanto por parte de los agentes del Estado como de la empresa. Las comunidades solicitaron peritos especializados. El EIA fue realizado por la comunidad en dos días con la asistencia de la empresa.</p> <p>El proceso de CP consta de cuatro etapas: i) informativa, ii) reflexiva, iii) diálogo y iv) decisión.</p> <p>Brasil: expone Eliana Torelly.</p> <p>En la Constitución de Brasil, la función del Defensor del Pueblo es ejercida por el Ministerio Público.</p> <p>La Constitución reconoce una consulta para el aprovechamiento de recursos hidráulicos, energético y recursos naturales solo a través de la aprobación de la Cámara o de las comunidades, esto fue anterior a la ratificación del Convenio 169. El territorio pertenece a la Nación pero el usufructo a las comunidades indígenas.</p> <p>El Convenio 169 de la OIT fue incorporado como ley en Brasil mediante un decreto del año 2004. No hay una ley específica de CP.</p> <p>Hay leyes dispersas y específicas que se aplican para las comunidades que tienen una forma particular de vida distinta al resto de la población. También la Constitución de Brasil prevé que el Ministerio Público Federal atienda todos los procesos judiciales que involucren a los pueblos indígenas.</p> <p>Caso presentado: Central hidroeléctrica Teles Pires, en el marco de los Proyectos de Aceleración del Crecimiento (PAC).</p> <p>Afecta a los pueblos mediante i) la inundación de Los rápidos 7 caías (fuente de alimentación y de importancia cultural), ii) presión migratoria.</p>

Actividad prevista	Objetivo	Resultado
		<p>Se judicializó el caso en tanto que no se realizaba la consulta. El proceso está en fase de recurso. Al ser un PAC, el gobierno ha presionado y mediante un procedimiento judicial ha paralizado la ejecución de la sentencia. Solo hay una decisión judicial que asegura el derecho a la consulta, pero esta no se ha realizado.</p> <p>Guatemala: Presenta Karin Linares</p> <p>Las consultas son llamadas Consulta Comunitarias de Buena Fe. La procuraduría hace mediación cuando estalla el conflicto social. Si es posible realizan prevención en coordinación con otras instituciones, observa e informa. Primera acción contenida en los amicuscurie: pronunciamiento de la postura de la PDH.</p> <p>La PDH no tiene la facultad de presentar iniciativa de ley.</p> <p>Son los pueblos indígenas quienes consultan sin ningún tipo de financiamiento. Se consulta a toda la comunidad mediante dos modalidades: i) votación (también niños de 7 años en adelante) y ii) asamblea.</p> <p>La desconfianza en las autoridades y la falta de voluntad política, trajo consigo que las propias comunidades realicen las consultas y notifiquen luego a los funcionarios correspondientes.</p> <p>La Corte Constitucional no reconoce las Consultas Comunitarias de Buena fe ya que señalan que no cumplen con los estándares en tanto que es el Estado quien debe garantizar el derecho y aplicar la consulta.</p> <p>La intervención de la PDH permitió restablecer la armonía y posibilitó la mesa de diálogo. Asimismo, la PDH cobró mayor legitimidad en tanto que las comunidades reconocen su labor de protección de los derechos fundamentales. Retos: no hay ley que regula la consulta, incentivar voluntad política para respetar el derecho.</p>
Preguntas	Que los expositores resuelvan las preguntas de los oyentes	<p>Brasil: ¿cuántos procesos de CP se adelantan en Brasil? No hay base de datos. ¿Cuál es el proceso de demarcación? I) Establecer ancestralidad mediante peritos, ii) Ministro de Justicia hace decreto previa demarcación, iii) el Presidente ratifica. Complejo y demora, muy pocas comunidades lo logran.</p> <p>¿Forma de consultar? Es discrecional, depende del ente que lo aplica.</p> <p>¿Hay representación indígena en el Congreso? No hay.</p> <p>Guatemala: ¿Con qué información cuentan las comunidades? El apoyo técnico de la cooperación internacional y la PDH sin las principales fuentes.</p>

Actividad prevista	Objetivo	Resultado
<p>Trabajo de grupos sobre experiencias presentadas: ¿qué aspectos de las buenas prácticas pueden servir de líneas orientadoras para los estándares regionales de intervención defensorial en consulta previa?</p>	<p>-Que el moderador divida a los participantes en dos grupos</p> <p>-Que cada grupo llene un cuadro según el modelo preestablecido. Cada grupo debe identificar: a) los roles que ocupa la DP en función a la CP y b) cómo se ejercitan esos roles en los 5 ejes temáticos preestablecidos. Luego un representante por grupo expondrá el cuadro elaborado.</p>	<p>¿Recursos económicos de las comunidades para la consulta? Con recursos propios, no hay presupuesto asignado ya que el Estado ni siquiera reconoce el derecho.</p> <p>¿Qué papel juega el Estado en la consulta? Ninguno</p> <p>Argentina: ¿El caso presentado es la única que la DP ha acompañado? No. Han acompañado cuatro.</p> <p>-El moderador dividió a los participantes en dos grupos de seis personas.</p> <p>-El grupo 1 identificó que el rol de la DP varía entre un rol de acompañamiento a la comunidad en el que cuida sus intereses más que los de las empresas o el Estado, y uno en el que la DP debe cumplir un rol más neutral. En ese continuo identificó los siguientes roles: a) de intermediador, en el que debe servir como puente entre las partes, b) de observador, c) de promotor y divulgador del derecho a la CP (tanto ante las comunidades como ante otros actores), d) de supervisor, y e) de tutor, en el que busca equilibrar la balanza de poder entre los sujetos consultados y los sujetos consultores.</p> <p>-El grupo 1 identificó muchas actividades que se ejercitaban de manera transversal a los diferentes ejes temáticos. Los puntos que identificaron fueron: a) el reconocimiento subjetivo de liderazgos. Este hace referencia a la necesidad de elegir líderes representativos y pertinentes. b) el requerimiento de información para llevar a la comunidad para que el proceso de CP sea legítimamente informado, c) traer asesores externos al proceso para que apoyaran a comunidad ante complejidad del contenido técnico de los proyectos, d) exigir que participen en la CP funcionarios que tengan capacidad de decisión, y e) llevar a cabo la CP en un momento adecuado. Por otro lado, con respecto a cómo aplicar el enfoque intercultural acordaron que sería bueno contar con criterios de interculturalidad. Por ejemplo: respetar los tiempos de los pueblos consultados, usar el idioma de los pueblos consultados, cuidar el lugar donde se realiza la CP, la comida que se les da, entre otros.</p>

Actividad prevista	Objetivo	Resultado
		<p>-El grupo 2 identificó que las DP cumplen los siguientes roles en función de la CP: a) el de difusor. En este la DP informa sobre el derecho de CP a los diferentes actores participantes, b) de facilitador. Esto hace referencia a cuando la DP es parte de un proceso de CP, c) de garante y d) de articulador y promotor. Este hace referencia a cuando no hay Ley de CP y la DP desempeña una función en la que busca promover el proceso de CP en sí o busca promover que se haga la legislación necesaria para viabilizar la CP.</p> <p>-En función al eje temático “los derechos colectivos afectados”, el grupo 2 planteó a) tener una lista de ítems a supervisar de los derechos que puedan ser afectados, y b) tener equipos interdisciplinarios con expertos en temas especializados, preferentemente compuestos por personas de la DP.</p> <p>-En función al ítem “identificación de los pueblos indígenas”, el grupo 2 planteó: a) realizar un trabajo de difusión para que los pueblos puedan conocer y exigir sus derechos, b) conocer las características de los pueblos indígenas para prevenir posibles afectaciones, c) solicitar a la entidad responsable de la base de datos de las comunidades a ser consultadas que tenga la lista actualizada y que nos la suministre, d) tomar como prioritario los casos de las comunidades que no están registradas y por ello son más vulnerables, y e) apoyarse en formas de registro alternativa. Por ejemplo: antropólogos, organizaciones de la sociedad civil, entre otros.</p> <p>-En función al ítem “información adecuada”, el grupo 2 planteó: a) solicitar presencia de asesores en el proceso. En esa línea comentaron que les pareció importante que las comunidades puedan elegir a sus asesores y que esa contratación no les implique un gasto.</p> <p>-En función al ítem “promover el enfoque intercultural”, el grupo 2 planteó: a) que la comunidad participe de la elección de la metodología a aplicarse en el proceso de CP, b) promover que autoridades validen y tomen en cuenta conocimientos locales, y c) supervisar que se otorguen tiempos adecuados para garantizar el cumplimiento del derecho a la CP.</p>

Actividad prevista	Objetivo	Resultado
Trabajo de sistematización	Que el comité encargado unifique los dos cuadros producto de los trabajos en grupo en uno solo	<p>-En función al ítem “supervisión de la implementación de los acuerdos de CP”, el grupo 2 planteó: a) difundir resultados del proceso. Ello tomando en cuenta que los procesos exitosos tienen efecto multiplicador, b) informar a los pueblos consultados sobre sus derechos posteriores al proceso de CP, c) tener matriz de seguimiento actualizada en la que se identifiquen acuerdos, responsables y plazos, y d) en caso no se cumplan los acuerdos, elaborar estrategias para promover su cumplimiento.</p> <p>-Se unificó los dos cuadros producto de los trabajos en grupo en uno solo.</p> <p>- Se consensó en que había cuatro roles que cumplían las DP con relación a la CP: a) promover y difundir conocimientos sobre CP, b) impulsar que se viabilicen los procesos de CP, c) Contribuir a reducir las brechas que limitan la participación de las comunidades y d) Participar en el proceso de CP. Con respecto al último rol se dijo que diferentes defensorías pueden ejercer ese rol de diferentes maneras. La de Guatemala, por ejemplo, solo participa como observador mientras que otras participan como facilitadores o supervisores. Se decidió incluir todas esas posibilidades en el cuadro. Estos roles se pusieron encabezando las columnas del cuadro.</p> <p>-Se decidió mantener los cinco lineamientos preestablecidos como las filas del cuadro comparativo. Sin embargo, se decidió incluir una fila extra debido a que había aspectos que correspondían a los cinco lineamientos anteriores a la vez. Se nombró esta fila extra como: “transversales”.</p> <p>-Se debatió respecto al contenido del cuadro. Se descubrió que no todo el cuadro estaba llenado siguiendo la misma lógica: había algunos recuadros que indicaban estándares que la defensoría debía cumplir y otros que el gobierno debía cumplir. Se decidió no alterar el cuadro y plantear el problema en el debate del día siguiente.</p>

Viernes 4 de noviembre:

Actividad prevista	Objetivo	Resultado
<p>Consolidando líneas orientadoras para la construcción de estándares regionales de actuación defensorial en consulta previa.</p>	<p>-Que el moderador presente el cuadro elaborado por el comité encargado y guíe el debate sobre el contenido del mismo hasta que se alcancen consensos.</p>	<p>-El moderador presentó el cuadro elaborado por el comité encargado. Planteó que a) las columnas están definidas por los roles que cumple la DP en función a la CP, b) las filas por estándares mínimos que deben de ser cumplidos en un proceso de CP para que este sea exitoso y que c) el contenido de la tabla está compuesto por los medios que permiten verificar el cumplimiento de ese estándar desde ese rol.</p> <p>-Hubo consenso respecto a que el tipo de información que se había incluido en cada parte del cuadro, según lo había señalado el moderador, debía mantenerse.</p> <p>- Se comentó que si las filas hacen referencia a estándares que debe cumplir el Estado, el quinto está mal redactado porque hace referencia a una obligación de la DP. Al respecto, propuso quitar del texto "Supervisión de la" y dejarlo en "Implementación de los resultados de los procesos de consulta". Hubo consenso y se modificó el texto.</p> <p>- Se señaló que los estándares son en su mayoría del momento previo a la CP, que faltan estándares del mismo proceso de CP. El moderador sugirió diferenciar el cuadro según etapas del proceso. Propuso distinguir tres fases: fase preparatoria, fase de desarrollo de la CP y fase posterior a la CP. Asimismo propuso mantener la fila de "Transversales". Hubo consenso y se adecuó el cuadro.</p> <p>- Se rescató el debate respecto a que había medios de verificación que eran responsabilidad del Estado y otros que eran responsabilidad de la DP. También se comentó que la palabra "Estado" no era el mejor término porque la DP también es parte del Estado. Por ello, se sugirió usar el término "Gobierno". El moderador propuso poner al costado de las tarjetas (G) para aquellas que son responsabilidad del gobierno, (DP) para aquellas que son responsabilidad de la Defensoría y (G y DP) para aquellas que son de responsabilidad compartida. Hubo consenso y se modificó el texto.</p> <p>- Se criticó la tarjeta que indicaba que la DP era "garante del derecho de consulta". Se dijo que era más preciso señalar que las Defensorías son "garantes del proceso de consulta". Hubo consenso y se cambió el texto.</p> <p>- Se pone énfasis a asegurar que los representantes son legítimos, así como que la información sea adecuada culturalmente y se agrega una tarjeta en ese sentido.</p>

Actividad prevista	Objetivo	Resultado
		<p>En el debate se acuerda que las DP deben poner énfasis en las metodologías adecuadas con la finalidad de que el ente que realiza la consulta las aplique.</p> <p>En tanto que el término “pueblos indígenas” puede dejar fuera a algunos colectivos, determinaron cambiarlo por “sujetos de derecho” y que pueda ser leído a la luz del Convenio 169 de la OIT y las normas particulares de cada país.</p> <p>Se definió, como un criterio de verificación en los procesos de consulta sobre proyectos de inversión, que la consulta se realice en un momento adecuado de forma que puedan arribarse a acuerdos sobre los derechos colectivos de los sujetos consultados.</p> <p>Se acordó que el enfoque intercultural debía ser transversal, al igual que el principio de buena fe. Del mismo modo, se debatió sobre el enfoque de género y la forma en la que debe ser entendida dentro de la supervisión de los procesos de consulta previa.</p> <p>Producto de la discusión sobre si la buena fe debe ser un lineamiento o es un principio, se determinó establecer principios rectores.</p> <p>Los participantes acuerdan separar los lineamientos por etapas i) preparatoria, ii) desarrollo y iii) posterior. Se acordó elaborar una ficha de supervisión para cada una de estas etapas.</p> <p>Nota: Para la elaboración del documento a presentar en diciembre 2016, se realizará la transcripción del debate. Lo presentado en esta sección es un resumen de los aspectos centrales discutidos.</p>
<p>La experiencia en la construcción de lineamientos/ protocolos de Consulta Previa, en la intervención Defensorial en Argentina, Colombia y Perú.</p>		<p><b>Argentina.</b> Exposición de Antonieta Prates y Juan Ignacio Giacosa. En base al Convenio 169 han sacado 18 lineamientos de actuación de la DP en los procesos de consulta previa. La experiencia de la DP de Perú sobre la construcción de lineamientos también les sirvió de insumo. Las etapas en las que intervienen se dividen en tres grandes secciones: i) etapa preliminar, ii) proceso de consulta y iii) seguimiento de acuerdos. A su vez, cada sección o etapa se divide en sub fases, así, en la etapa del proceso de consulta se tiene: i) fase informativa, ii) reflexiva, iii) de diálogo y iv) acuerdo.</p> <p><b>Colombia:</b> Exposición de Yina Mármol. En reiteradas sentencias la Corte Constitucional ha ordenado a la DP acompañar procesos de CP. El Protocolo tiene dos objetivos: i) brindar elementos conceptuales y prácticos para ser utilizados por los funcionarios de la DP y ii) contribuir a la salvaguarda de los derechos colectivos.</p>

Actividad prevista	Objetivo	Resultado
		<p>Además de las medidas administrativas y legislativas y planes de desarrollo, en Colombia también se consulta la adopción de menores (no se dieron mayores alcances al respecto). El protocolo de CP prevé i) certificación de presencia de comunidades, ii) coordinación y preparación, iii) preconsulta, iv) consulta previa, v) seguimiento de acuerdos y vi) cierre.</p> <p><b>Perú:</b> Exposición de Nelly Aedo, Jefa del Programa de Pueblos Indígenas. La DP supervisa la adecuada implementación del proceso de consulta previa. Los lineamientos brindan a los comisionados herramientas que permiten proteger con mayor eficacia el derecho a la CP. Los objetivos son: i) fortalecer el enfoque intercultural e institucionalidad del diálogo, ii) aplicación homogénea y adecuada del derecho y iii) fortalecimiento de canales de coordinación. Además, tiene un enfoque intercultural y de género.</p> <p>La DP puede intervenir antes, durante y después del proceso de CP, ya sea a solicitud de parte o de oficio.</p> <p>Se cuenta con siete fichas de supervisión defensorial con pautas de actuación y objetivos, que corresponden a cada una de las etapas de la consulta de acuerdo a lo estipulado en el Reglamento de la Ley de Consulta. Cada una de estas fichas cuenta con criterios de verificación de acuerdo al objetivo de la etapa supervisada.</p>

## 5. Asistentes

Institución	Participante	Cargo
Defensoría del Pueblo de Bolivia	Nadia Alejandra Cruz Tarifa	Adjunta para la defensa y cumplimiento de los derechos humanos
Defensoría del Pueblo de Bolivia	Roland Ramiro Porcel Sanchez	Profesional en prevención y gestión pacífica de la conflictividad
Defensoría del Pueblo de Colombia	Yina Lorena Mármol Navarro	Profesional Especializado de la Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas
Defensoría del Pueblo de Colombia	Mateo Gómez Vásquez	Asesor del Despacho del Defensor del Pueblo de Colombia
Defensoría del Pueblo de Ecuador	Roberto Sebastián Insuasti Moreta	Director Nacional de Incidencia en Política Pública
Defensoría del Pueblo de Ecuador	Marcia Alexandra Cárdenas Valladares	Directora Nacional de los Derechos de la Naturaleza
Defensoría del Pueblo de Perú	Alicia Maribel Abanto Cabanillas	Defensora Adjunta para el Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas

Institución	Participante	Cargo
Defensoría del Pueblo de Perú	Nelly Herminia Aedo Rueda	Jefa del Programa de Pueblos Indígenas
Defensoría del Pueblo de Perú	Maite Bustamante de Almenara	Consultora del Programa de Pueblos Indígenas
Defensoría del Pueblo de Perú	Carla Elizabeth Cabanillas Linares	Consultora del Programa de Pueblos Indígenas
Defensoría del Pueblo de Perú	Jorge Antonio Abrego Hinostraza	Comisionado del Programa de Pueblos Indígenas
Defensoría del Pueblo de Argentina	Antonieta Prates	Coordinadora Oficina Derechos de los Pueblos Indígenas del Defensor del Pueblo de la Nación
Defensoría del Pueblo de Argentina	Juan Ignacio Giacosa	Abogado Oficina Derechos de los Pueblos Indígenas del Defensor del Pueblo de la Nación
Ministerio Público Federal de Brasil	Eliana Peres Torelly de Carvalho	Procuradora Regional de la República
Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala	Karin Linares	Auxiliar del Departamento de Totonicapán
GIZ	Merly Karina Vargas Hernandez	Coordinadora del proyecto “Promoviendo la Implementación del Derecho a la Consulta Previa”
GIZ	Diego Ocampo	Asistente del proyecto “Promoviendo la Implementación del Derecho a la Consulta Previa”
GIZ	Isabel Urrutia	Asistente del proyecto “Promoviendo la Implementación del Derecho a la Consulta Previa”
GIZ	Cecilia Leonor Bernuy Oviedo	Asesora de PROFIO - GIZ
GIZ	Nadezhda Vásquez	Asesora de PROFIO – GIZ
GIZ	Fernando Aramayo	Facilitador metodológico
AECID	Francisco Javier Ausin Cantero	Responsable de Programa Modernización del Estado y Descentralización
AECID	Ángel Pacheco Latorre	Responsable de Programa Agua y Saneamiento

### Equipo de elaboración de la relatoría:

Nelly Aedo, Jefa del Programa de Pueblos Indígenas

Maite Bustamante y Carla Cabanillas, consultoras para Defensoría del Pueblo.

Defensoría del Pueblo de Perú

Lima, 11 de noviembre de 2016.





Implementada por  
**giz** Deutsche Gesellschaft  
für Internationale  
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

