

El Derecho a la Consulta de los pueblos indígenas. Naturaleza, elementos y procedimientos para su aplicación en el Estado

Asier Martínez de Bringas

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.93.2012.05>

Sumario: I. Introducción.—II. Fundamentos normativos de la consulta indígena.—III. Componentes básicos de la consulta indígena.—IV. Elementos para la elaboración de un procedimiento de consulta.—V. Conclusiones.—VI. Bibliografía.

Laburpena. Hitz gakoak.—Resumen. Palabras clave.—Abstract. Keywords.

La consulta se ha convertido en un elemento nuclear para el ejercicio y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas. Si en la etapa del Convenio 169 de la OIT sobre derechos de los pueblos indígenas, y la década posterior, el tema central desde el que desplegar un discurso de derechos indígenas fue la territorialidad y los recursos naturales adosados a ésta, la entrada en vigor de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en septiembre de 2007, desplazó el eje de debate a la autonomía y autodeterminación: sin éstas era muy difícil hablar y proponer una articulación de los derechos indígenas en un sentido colectivo y holístico. Los cinco años que han precedido a la entrada en vigor de la Declaración han supuesto una rearticulación de las estrategias jurídicas y políticas en torno a un nuevo elemento: la consulta indígena. La consulta ha pasado de ser un mero recurso administrativo, potestativo para empresas y Estados, a un elemento nuclear para garantizar el reconocimiento y aplicación de muchos derechos indígenas reconocidos en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de Naciones Unidas. Es por ello que se está hablando cada vez más y de forma generalizada de la consulta indígena como derecho, tanto en el ámbito de Naciones Unidas, como en el de los pueblos indígenas y el movimiento de derechos. El discurso de la consulta como derecho está implicando un desplazamiento del lugar de enunciación de la misma: se pugna dialécticamente para que ésta pase a ser una capacidad de los pueblos indígenas, correspondiendo

a ellos fijar el contenido material de la misma, sus condiciones de legitimidad y ejercicio, así como la validación de su efectividad y resultado. Todo ello forma parte de lo que podría llamarse la *consulta como derecho*, que en algunas ocasiones se asimila a un veto por parte de los pueblos indígenas sobre disposiciones, proyectos e intervenciones del Estado y terceras partes que afecten a sus territorios y recursos (1).

Los territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas se han venido haciendo interesantes para el capital trasnacional. Es por ello, en este contexto en el que la territorialidad indígena adquiere un valor específico para el capital, que la consulta indígena adquiere un valor cualificado como garantía para la protección de muchos derechos colectivos indígenas como territorialidad, autonomía y jurisdicción. Es en este contexto —el de la consulta como derecho— en el que se hace necesario fijar los derechos y deberes que corresponden a todas las partes afectadas por la misma: pueblos indígenas, Estados y terceras partes (fundamentalmente empresas).

En el siguiente texto proponemos hacer un acercamiento a la naturaleza normativa de la consulta, teniendo en cuenta las características con la que la misma se expresa, tratando de delimitar su contenido, de dar expresión a algunos de sus elementos problemáticos, conflictivos, cuyos límites y dimensiones no han sido todavía expresados ni atendidos con suficiente rigor normativo. También trataremos de desarrollar un procedimiento para la comprensión, sistematización y aplicación de la consulta en diferentes contextos; de dar medida de cada uno de los elementos que la componen, llamando la atención sobre la complejidad intrínseca que los mismos encierran debido al grado de abstracción con el que han sido recogidos en algunos textos normativos, así como por la multiplicidad y complejidad de los actores en conflicto que implican.

(1) El Convenio 169 de la OIT —en sus artículos 6, 7, 15 y 16— establece que los Estados deben consultar todas las medidas administrativas y legislativas que afecten a los pueblos indígenas y tribales (arts. 6.º y 7.º), así como los proyectos de prospección y explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras (art. 15). Asimismo, el Convenio menciona específicamente que las comunidades indígenas deberán ser tenidas en cuenta en la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo (arts. 6.º y 7.º), y que, cuando por circunstancias excepcionales sea necesario el traslado y la reubicación de pueblos indígenas, éste sólo podrá llevarse a cabo con su consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa (art. 16.2). De la misma manera la Declaración de la ONU establece que los pueblos indígenas deben ser consultados antes de adoptar medidas legislativas y administrativas que los afecten, antes de aprobar cualquier proyecto que impacte a sus tierras o territorios y los recursos existentes en ellas. En el mismo orden de ideas, establece que el consentimiento libre, previo e informado es imprescindible en casos de traslados o reubicaciones de comunidades (arts. 10, 19, 30 y 32). Adicionalmente se incluyen algunas situaciones no contempladas por el Convenio 169 y especifican con mayor precisión el tipo de medidas que deben ser consultadas. Se establece, por ejemplo, el deber de realizar consultas antes de utilizar las tierras o territorios de las comunidades indígenas para actividades militares (art. 30), provisión que no está específicamente contemplada en el Convenio 169.

I. Introducción

La Consulta a los pueblos indígenas tiene que ser entendida no como un acto concreto, un acto administrativo que se agota en sí mismo, en el mismo proceso de realizarla. La Consulta debe ser entendida como un proceso que se despliega evolutivamente en el tiempo; expresión y exigencia necesaria para la aplicación y concreción real de ciertos derechos colectivos de los pueblos indígenas. En este sentido, la Consulta es condición de posibilidad, medio e instrumento necesario para cumplir con exigencias del Estado Democrático y de Derecho en relación a la implementación de derechos indígenas: aquellos que se vinculan directamente a los proceso de consulta y participación. De ahí que la consulta sea un «deber» para el Estado y no una mera prerrogativa o facultad de los pueblos indígenas. El «deber» de la consulta deriva, por tanto, de las características distintivas de los pueblos indígenas, de la necesidad de medidas especiales que permitan corregir sus condiciones de asimetría, discriminación y exclusión. La consulta es, por tanto, un complemento necesario para cumplir con los derechos de participación, autonomía y autodeterminación indígena (2), garantías necesarias para asegurar la dimensión democrática del Estado. Por tanto, el derecho a la consulta, y el deber estatal correlativo a ésta, se vinculan con múltiples derechos humanos (3), y en particular, se conectan con el derecho a la participación consagrado en el artículo 23 de la *Convención Americana*, tal y como fue interpretado por la CIDH en el caso *Yatama vs. Nicaragua* (4).

El derecho a la consulta es fundamental para el ejercicio del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre las tierras que han

(2) El artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas afirma que: «los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural».

(3) El Relator Especial de la ONU ha explicado que «[e]ste deber es un corolario de un gran número de derechos humanos aceptados universalmente, entre ellos el derecho a la integridad cultural, el derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad (...). De manera más fundamental, ese deber deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular. (...) En consonancia con esos principios, el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tienen por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones que los afecten tienen por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que estos puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura, estén arraigados». Cf. *Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 41.

(4) Corte IDH, Caso *Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia de 23 de junio de 2005, serie C, n.º 127.

usado y ocupado tradicionalmente (5). También se relaciona con el derecho a la identidad cultural, en la medida que las dimensiones culturales quedan afectadas por tales decisiones. El Estado debe respetar, proteger y promover las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas y tribales, por ser éstas un componente intrínseco de la identidad cultural de las personas que conforman tales pueblos. La obligación estatal de desarrollar procesos de consulta respecto de decisiones que afectan al territorio se vincula, directamente, a la obligación estatal de adoptar medidas especiales para proteger el derecho a la identidad cultural, basado en una forma de vida intrínsecamente vinculada al territorio (6).

Siendo esto así, la Consulta, como veremos, no podrá realizarse nunca a posteriori, de manera unilateral por parte del Estado o las empresas implicadas, y en ausencia de toda la información necesaria para los pueblos indígenas. La dimensión procesual de la consulta, que se confirma como un deber del Estado, implica que en todo momento se debe informar a los pueblos indígenas en este proceso; implica la necesidad de asegurar consultas apropiadas antes de adoptar cualquier medida; implica, también, provisiones legislativas que aseguren la propia consulta —el propio procedimiento de consulta debería ser sometido a consulta previa—. Por ello, como veremos, el principio de representatividad es fundamental para la consulta. En última instancia, entender qué implica la consulta desde el Convenio 169 de la OIT implica interpretar el artículo 6 del Convenio 169 de manera complementaria, simultánea y cruzada con los artículos 2.1 y 2.2 del mismo.

La consulta funciona, por tanto, como deber del Estado siempre que una decisión del mismo pueda afectar a los pueblos indígenas, de manera diferente a cómo pueda afectar a otras personas no indígenas. El deber de la consulta también extiende y proyecta su ámbito de influencia en aquellos supuestos que tengan que ver con los intereses o condiciones específicas de determinados pueblos indígenas, como el hecho de cómo afecta la legislación sobre tierras, territorios y recursos naturales a los intereses de los pueblos indígenas; cómo condiciona y desestructura esta legislación sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra, o sus prácticas y modelos culturales de vida, etc. En definitiva, el deber de la consulta se aplica siempre que estén en juego los intereses particulares, aunque dichos intereses no correspondan directamente con derechos territoriales específicamente reconocidos en el ámbito nacional.

(5) CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belize), 12 de octubre de 2004, párrafo. 155.

(6) CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.LV/II, Doc. 54, de 30 de diciembre de 2009, párrafo 1050.

La consulta a los pueblos indígenas puede versar sobre distintas cuestiones y materias, como veremos posteriormente. La mayoría de las veces, sin embargo, la consulta afecta directa o tangencialmente a cuestiones que tienen que ver con el derecho al territorio de los pueblos indígenas. Este es, por tanto, el principio y fundamento de la consulta: complementar los derechos de participación y autonomía indígena, hacerlos operativos y prácticos cuando decisiones estatales, empresariales, o de cualquier otra índole, afecten directamente a sus capacidades de desarrollo; esto es, afecten a cuestiones territoriales y a recursos naturales donde estos pueblos viven y habitan.

A lo largo de este escrito nos moveremos en un plano abstracto, lo que quiere decir que abordaremos la consulta desde una generalidad que permita entender su contenido e inferir un procedimiento de aplicación para diferentes y divergentes supuestos de consulta. Sin embargo, es necesario tener en cuenta, desde ahora, que la consulta indígena deberá habilitarse con elementos específicos y diferenciados en función de la cuestión y la materia objeto de la misma. Los protocolos de consulta deberán diferenciar y apereibir las razones y las especificidades de la misma; así como los diferentes contextos en que ésta sucede y procede. La finalidad última de la consulta —ya se trate de elementos que afectan a la industria hidrocarburífera, hidroeléctrica, minería, agroquímicas, acceso a recursos genéticos, o afecte a infraestructuras del Estado, por citar algunas— es la que dará sentido a la misma, la otorgará una especificidad concreta, implicará y afectará una institucionalidad específica y no otra; así como la entrada en juego, diálogo y conflicto de diferentes sujetos y partes implicadas en función de los intereses en juego.

Este es el principio y fundamento de la consulta: aclarar y discernir las temáticas en conflicto, las partes interesadas y afectadas, los protocolos de negociación y las condiciones necesarias que permitan alcanzar acuerdos entre todos los afectados, situando como centro y eje de esas negociaciones a los pueblos indígenas. Tener todo esto en cuenta es lo que implican los términos de flexibilidad y contextualidad en relación a la consulta (7): estar perceptivos y sensibles a las especificidades y materias a las que ésta afecta; hacerse cargo de los distintos contextos donde ésta

(7) En este sentido se expresa el artículo 34 del Convenio n.º 169 de la OIT al afirmar que: «la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país». El Relator especial, en sendos informes, se ha referido a cuestiones relacionadas con las consultas principalmente en dos contextos: el de las reformas constitucionales y legislativas relativas a temáticas indígenas y el de las iniciativas de desarrollo y extracción de recursos naturales y, en algunos casos, de esfuerzos de reubicación conexos que afectan a pueblos indígenas. Cf. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, de 15 de julio de 2009.

acaeece, así como de las complejidades que esos contextos encierran para realizarla.

II. Fundamentos normativos de la consulta indígena

El deber de la consulta, tal y como queda recogido en el Convenio n.º 169 de la OIT, exige a los Estados celebrar consultas de buena fe, siempre con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento sobre planes o proyectos de gestión que afecten a pueblos indígenas. Desde ahí insta a los Estados a que celebren consultas con las comunidades indígenas en situaciones o contextos diversos, (tal y como se desprende de los artículos arts. 6, párr. 1 y 2; 15, párr. 2; 17, párr. 2; 22, párr. 3; 27, párr. 3; y 28). El Comité tripartito del Consejo de Administración de la OIT afirmó, a este respecto, que: «el espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio n.º 169 en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo».

Ello también queda recogido, de otra manera, en la *Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, en donde se matizan otras preocupaciones y disposiciones (arts. 10, 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 36 y 38). En el artículo 19 se enuncia con aplomo y firmeza el siguiente principio general: «Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado».

El deber de los Estados de celebrar consultas efectivas con los pueblos indígenas se funda igualmente en los tratados esenciales de derechos humanos de las Naciones Unidas, en particular la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial instó a numerosos gobiernos a que celebraran consultas con los pueblos indígenas sobre cuestiones que afectaban los derechos e intereses de esos pueblos (8). Previamente había fijado que «[e]n cuanto a la explotación de los recursos que yacen en el subsuelo en tierras tradicionales de comunidades indígenas, el Comité observa que la mera consulta con estas comunidades no es suficiente para cumplir con los requisitos establecidos por el Comité en su recomendación general

(8) Concretamente a Canadá, Indonesia, Nueva Zelandia, la República Democrática del Congo, los Estados Unidos de América, el Ecuador, Suecia y Namibia; y también en su examen de situaciones concretas sujetas a sus medidas de alerta temprana y procedimientos de urgencia, entre ellas las relativas a Belice, el Brasil, Chile, Panamá y el Perú.

XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Comité, por lo tanto, recomendando que se obtenga el consentimiento previo e informado de dichas comunidades» (9). También hace una llamada a los Estados a devolver las tierras y territorios que tradicionalmente han sido propiedad, uso y ocupación de los pueblos indígenas cuando han sido privados de ellas sin su consentimiento previo, libre e informado (10). El Comité de Derechos Humanos se ha referido, también, al deber de celebrar consultas en varios de sus informes a los gobiernos (11). El Comité también ha establecido que el goce de los derechos culturales, incluyendo los que se asocian al uso de tierra y recursos naturales, pueden requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección para asegurar la participación eficaz de los miembros de las comunidades indígenas afectadas (12). Además, el deber de celebrar consultas dimana, en el contexto de la OEA, de las obligaciones contraídas por los Estados en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según afirmó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (13).

En este mismo marco, la Corte IDH ha tenido una labor prominente y destacada en relación a la consulta indígena. Resulta paradigmática, en este sentido, la sentencia de pueblo *Saramaka contra Surinam*, en cuanto que en ella se establecen los principales fundamentos jurídicos en relación al sentido, naturaleza y posibilidades de la consulta, (14) lo que es objeto de referencia sistemática y sustento, tanto en este escrito, como por muchos operadores jurídicos encargados de velar por la protección de los derechos indígenas. Allí se establece fundamentalmente:

(...) la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado

(9) Cfr. Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador (sesión sesenta y dos, 2003)*, ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16.

(10) CEDR, Recomendación General n.º 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 51.º período de sesiones, U.N. doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 248 (1997), párrafo 5.

(11) En sus observaciones finales sobre Chile, Costa Rica, Panamá, Bostwana y Nicaragua.

(12) Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 23: los derechos de las minorías (artículo 27 del PIDCP), 04/94, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev. 1/Add.5, párrafo 7.

(13) *Saramaka vs. Surinam*, sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 133 y 134.

(14) Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C, No. 185, párrafo 16. Cf. También CIDH, caso del pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, serie C, No. 172, párrafo 194 c.

tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones. Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones (15).

El Relator Especial de la ONU ha desarrollado, recientemente, sendos, profusos e iluminadores informes en relación a la consulta indígena, cuyo análisis y estudio resultan fundamentales para entender la naturaleza y el procedimiento de la consulta en relación a los pueblos indígenas (16).

(15) Párrafo 133. No queremos extendernos en estas cuestiones de fundamentos normativos. Referiremos, por ello, en forma de cita nota, otros documentos, informes o sentencias de la CIDH en relación de la consulta, con posterioridad a la sentencia de Saramaka, que pueden ser útiles para complementar la información sobre la consulta y que han sido utilizados como trasfondo de este documento. Entre ellas estarían: CIDH, *Democracia y derechos humanos en Venezuela*, Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009; CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 34, de 28 de junio de 2007; CIDH, *Informe de Seguimiento. Acceso a la Justicia e Inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II. 135, Doc.40, de 7 de agosto de 2009. Recientemente se ha publicado, en relación a la totalidad de derechos indígenas, con referencias muy explícitas, sistemáticas y clarificadoras en relación a la Consulta indígena, un exhaustivo documento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con título *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser. L/V/II.Doc.56/2009, especialmente pp. 108-128.

(16) Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, de 15 de julio de 2009; Principios internacionales aplicables a la Consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile, de 24 de abril de 2009; Observaciones preliminares del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya, sobre su visita a Guatemala, A/HRC/15/37/Add. 8, de 8 de julio de 2010.

Recientemente, el Comité de Expertos de la OIT, encargado de la aplicación del Convenio 169 de la OIT, ha emitido su última Recomendación general en el 2011, en relación a la obligación de la consulta. De manera sumaria y sintética establece que el deber de consultar implica que: i) las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe, produciéndose un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales a través de la mutua comunicación y el entendimiento, el respeto, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo; ii) tienen que establecerse mecanismos apropiados a escala nacional y ello debe realizarse de una forma adaptada a las circunstancias; iii) tienen que llevarse a cabo consultas a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales en relación con las medidas legislativas y administrativas; iv) deben llevarse a cabo consultas con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas.

III. Componentes básicos de la consulta indígena

No vamos a proceder a partir de una definición concreta y cerrada de lo que es la consulta. Partiremos de nuestra propuesta inicial por la que la consulta tiene una naturaleza procesual y dinámica, frene a una consideración de la misma como un acto concreto, o un hecho certero y mensurable. En consonancia con la dimensión evolutiva y dilatada en el tiempo con la que la misma se expresa, vamos a proceder sugiriendo lo que consideramos componentes nucleares e indispensables de la misma, que exigirán especificaciones, matizaciones y complementos en función de los contextos, los objetivos y las razones concretas de la consulta a realizar (17). Avanzaremos, por tanto, de lo más abstracto, a lo más concreto; de líneas generales, a especificaciones que otorguen pistas para la construcción de un procedimiento de consulta.

(17) Los elementos básicos de la consulta fueron fijados en el Taller del Foro Permanente sobre Metodología de Consentimiento Previo, Libre e Informado y Pueblos Indígenas celebrado en Nueva York en 2005. (Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/ourwork.html>). Nos vamos a apoyar inicialmente en ellos, dándolos por válidos y adecuados, interpretando, sin embargo, de manera *creativa y extensa* sus contenidos, ya que no se ha producido, todavía, un desarrollo material de los mismos que permitan aproximarnos a una consideración amplia e iluminadora como para poder fundamentar la consulta como derecho. Las ideas que desde aquí se enuncian funcionarán como hipótesis de fondo de este trabajo que exigen validación futura a partir de las prácticas que se vayan dando en los diferentes países, así como de la evolución propia del discurso de los derechos indígenas. Algunos de los materiales bibliográficos más interesantes en materia de consulta son: desde la perspectiva del Derecho Internacional, RODRÍGUEZ GARAVITO y MORRIS (2010); desde la perspectiva específica de Bolivia, dada su especial predisposición constitucional y legal, BASCOPE SANJINÉS (2010); el monográfico sobre la consulta de la REVISTA DE LA FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL (DPLF) (2010); o el monográfico sobre países andinos de OXFAM (2011).

En este sentido, se consideran elementos indispensables de la consulta indígena los siguientes:

El carácter *previo* de la misma. Ello implica que la consulta deberá realizarse, siempre, con anterioridad a la medida a ser consultada. Por tanto, toda reunión ulterior, toda consulta realizada con posterioridad a medidas o disposiciones ejecutivas que afecten los intereses de los pueblos indígenas, serán nulas de pleno derecho. El carácter previo tiene también una dimensión evolutiva: el deber de consulta no sólo hace referencia a los momentos iniciales de afectación a los intereses indígenas, sino, también, a todas las fases del proceso: inicio, proceso y resultado final. El carácter previo también alude a que el propio procedimiento específico de la consulta debería ser objeto de debate: éste debe someterse, también, a consulta previa. Por tanto, la metodología y el procedimiento de la consulta se establecerán concertadamente entre las partes interesadas, guardando una situación fundamental en tal posición las comunidades indígenas afectadas. Ello implica que debe haber una coordinación anticipada y previa entre las partes, como veremos más tarde; que deben fijarse de manera clara y nítida los mecanismos de comunicación entre las partes, y que debe hacerse una asignación estricta de recursos materiales y humanos para hacer sostenible la consulta como proceso.

La consulta debe ser *informada*, lo que dista mucho de poner a disposición de los pueblos indígenas «mera información» sobre la cuestión a consultar. Se trata de una información orientada a generar un «diálogo genuino entre ambas partes singadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común». La celebración de audiencias con representantes indígenas no se ajuste en nada a la idea de consulta informada, puesto que escapa a la idea de intercambios genuinos con la finalidad de llegar a acuerdos. Además, la difusión de dicha información deberá hacerse en un lenguaje asequible, lo que implica hacerse cargo del plurilingüismo indígena. Ello exige la traducción de la consulta y su procedimiento a lengua(s) indígena(s), en aquellas zonas donde ésta se habla y sea condición de posibilidad para llegar a un acuerdo razonable en materia de consulta. Implica, por tanto, dos exigencias: la utilización de un lenguaje asequible, no tecnicado, que permita que una persona no experta en los contenidos técnico-jurídicos que se estén abordando, sea capaz de comprenderlo; exige además, que el procedimiento de consulta se haga con y desde las lenguas de la comunidad, lo que exige habilitación específica de presupuesto para la facilitación de traductores desde la lengua de los pueblos indígenas, hacia la lengua del Estado implicado, o de cualquier tercero con intereses legítimos en la consulta; y de estos hacia los pueblos indígenas. Consulta informada también implica que los sistemas o mecanismos jurídicos previstos para obtener el consentimiento, cuando

este fuese necesario, deberán garantizar certidumbre y claridad jurídicas, frente a la opacidad tan frecuente en el discurso jurídico; no deberán suponer, en ningún caso, una carga para los titulares tradicionales y los usuarios legítimos del territorio; deberán garantizar que cualquier restricción en el acceso al territorio, a los recursos o a los conocimientos tradicionales, por parte de los pueblos indígenas, sean transparentes y estén basadas en fundamentos jurídicos, por tanto, sean parte de la consulta; y deberán permitir que se establezcan condiciones consensuadas para la participación equitativa en los beneficios derivados de la intervención en territorialidad indígena.

El carácter informado de la consulta debe responder a una serie de criterios que, de manera transversal y no directa, han sido establecidos por la Corte Interamericana en relación a aquellos supuestos en los que es posible, por parte del Estado, limitar el derecho al territorio de los pueblos indígenas siempre que dichas limitaciones respondan a «intereses de la sociedad» (18). Como se puede interpretar, este es un argumento, que utilizado con laxitud y sin rigor, pueda llevar a un uso restrictivo y muy limitante de la consulta para pueblos indígenas. Puede implicar una interpretación maximalista del bien común y de los intereses de la sociedad, que se traduzca, por sistema, en una restricción agresiva de los derechos territoriales indígenas en las formas y maneras de utilización y aplicación de la consulta, aunque ésta no sea aludida directamente en dichos criterios. Esto implica un enfrentamiento dialéctico entre el bien común de la mayoría y el bien privado de los pueblos indígenas. Por tanto, para un fortalecimiento del concepto de consulta informada es necesario dar un contenido material a esos criterios desde la perspectiva de los derechos indígenas. Esos criterios o principios, para interpretar el bien común, son: i) el principio de legalidad; ii) el principio de necesidad; iii) el de proporcionalidad; iv) y el de legitimidad. Supone ello que la consulta interiorice y haga suyo esos principios, abriendo y haciendo más riguroso el concepto de consulta informada que venimos manejando. Por tanto, la información ha de adecuarse al principio de legalidad, si, por ejemplo, mediante ley se propone la restricción de derechos territoriales como exigencia del bien común. Ello, lógicamente, debería recogerse de manera exhaustivamente tasada, en la consulta. La información debe responder a las demandas, exigencias y necesidades de los pueblos indígenas, puesto que para ellos se hace la consulta. La información de la consulta tam-

(18) Corte I.D.H., *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 127; Corte I.D.H., *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 144-145; Corte I.D.H., *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 137.

bién debe ajustarse al principio de proporcionalidad, lo que conecta con la idea de flexibilidad, de que la consulta tenga en cuenta los contextos, circunstancias y coyunturas en que viven y están los pueblos indígenas. Es decir, se trata de convertir estos principios en núcleo constitutivo de la consulta, en garantías para ofertar una consulta informada.

La consulta debe ser de *buena fe*, con procedimientos que generen confianza y procesos en red entre interesados/as; entre todas las partes afectadas. Es el momento de intercalar uno de los criterios normativos que orienta el sentido de la consulta: consulta organizada de buena fe de cara a alcanzar el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas. El consentimiento es la finalidad de la consulta; el resultado lógico que cabe esperar si media la buena fe. Como ha dejado sentido el Relator Especial (19) esto no implica un derecho de veto por parte de los pueblos indígenas; pero tampoco supone un aderezo estético. La consulta no es, por tanto, un mecanismo de simple información, sino que está orientado a generar negociación sobre intereses legítimos y contrapuestos, materia sobre las que sería deseable alcanzar un consenso. La *Declaración* habla de dos supuestos en donde la consulta exige el consentimiento: aquellos en los que los proyectos se ejecuten sobre territorio indígena, dando lugar a traslados del grupo fuera de sus tierras tradicionales; aquellos que tengan que ver con el almacenamiento y/o vertido de desechos tóxicos en tierras indígenas. (arts. 10 y 29.2). La Corte Interamericana establece que si los proyectos implican planes de desarrollo específico, o inversión a gran escala en territorio indígena, la consulta exigirá el consentimiento de acuerdo con sus costumbres y tradiciones (20). Por eso, más allá de la limitada casuística de la *Declaración*, la Corte abre nuevas oportunidades de interpretación, deducidas todas de la exigibilidad de la buena fe. De manera sumaria se podría decir que siempre que las medidas propuestas, los proyectos y las intervenciones, afecten a intereses de los pueblos indígenas, la obtención del consentimiento debería ser una finalidad de la consulta, con la pretensión de evitar la imposición de una voluntad —la más fuerte y poderosa— sobre la otra siempre más frágil y expuesta —pueblos indígenas—.

La consulta de buena fe también implica que ésta debería basarse y fundamentarse estrictamente en los objetivos y finalidades para los que

(19) Cf. Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya sobre la «Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo» aprobada por el Congreso de la República del Perú, de 7 de julio de 2010. <http://unsr.jamesanaya.org/statements/declaracion-sobre-la-ley-del-derecho-a-la-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas-peru-7-julio-2010>.

(20) Corte I.D.H., *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 28 de noviembre de 2007, serie C No. 172, párrafo 134.

fue formulada y propuesta. Ello implica que cualquier cambio en los contenidos, criterios u orientaciones de fondo de la misma, deberá formar parte de la información que se otorga a los pueblos indígenas. De ahí el carácter procesual y evolutivo de la misma. Este es el sentido real y político de la buena fe. Cualquier cambio en los contenidos puede implicar, por tanto, un nuevo procedimiento de consulta por haberse realizado un cambio en los fundamentos que regulaban y estructuraban la consulta primigenia. El procedimiento de consulta, para ser de buena fe, debe estipular claramente los usos y cambios permitidos y los que no lo están; debe establecer que el consentimiento previo, libre e informado será necesario para aquellas modificaciones o mutaciones que impliquen una transformación estructural de las condiciones en las que se planteó y consensuó la primera consulta. Por tanto, la consulta de buena fe está vinculada al requisito de condiciones mutuamente acordadas.

La consulta debe ser adecuada, realizada a través de *instituciones representativas*. Es este, desde luego, un tema espinoso. La adecuación ya plantea, como punto de partida, un problema de abstracción. La adecuación remite a la idea de accesibilidad, es decir, a la participación del mayor número de comunidades indígenas implicadas; que el principio de pluralidad y diversidad atraviese el concepto de consulta. Adecuación implica tener en cuenta una representación plural como pre-condición para la consulta; es comprender y hacerse comprender por todas las partes implicadas. La adecuación también hace referencia a los tiempos procesales de la consulta; a los tiempos que los pueblos indígenas demandan y necesitan para que se puedan llevar a cabo «sus» procesos de toma de decisiones, lo que permitiría participar efectivamente en las decisiones, de manera que se adapten a sus modelos culturales y sociales. Un elemento más de la consulta es el consenso sobre los tiempos: cómo son estos manejados interculturalmente por las partes afectadas; cómo son entendidos los plazos temporales en la comunidad y fuera de ella; qué valor se da al concepto de plazo y de prescriptibilidad del mismo; cómo se negocia con una categoría compartida de tiempo, cuestión tan crucial para el resultado final de la consulta; qué significa e implica el concepto de validez y legitimidad bajo prismas cosmovisionales diferenciados, etc.

La pregunta sobre qué son «instituciones representativas» constituye el gran reto al tema de la participación indígena en la consulta. La Corte Interamericana ha venido a fijar el deber de consultar con los pueblos indígenas según sus costumbres y tradiciones, teniendo en cuenta, siempre, sus «métodos tradicionales para la toma de decisiones» (21). Con esto se da un paso cualitativo, puesto que en este ámbito, la metodología a construir

(21) Saramaka vs. Surinam, *op. cit.*, párrafo 133.

para sustanciar un procedimiento adecuado de consulta deberá hacerse siempre desde el prisma metodológico y cosmovisional de los pueblos indígenas. Por tanto, la metodología adecuada deberá colegirse a partir de la finalidad de la consulta. La temática, contenidos y materias a tratar determinan, en última instancia, la metodología y sus procedimientos. Éste debe ser adecuado para todas las partes que intervienen en la consulta, lo que implica adoptar una metodología multinivel. Con ello queremos implicar que deberá tenerse en cuenta las diferentes comunidades, etnias y pueblos afectadas, así como su pluralidad interna; sus formas de representación institucional; sus prácticas de negociación y de resolución de conflictos; las diferentes formas y sistemas de autoridad existentes, así como los diferentes niveles y jerarquías con intereses legítimos en la consulta. Si puede discernirse la existencia de varios sistemas de autoridad, nítidamente diferenciados, dentro de una misma comunidad, todos ellos deberían quedar específicamente representados y acogidos en el proceso de consulta, estableciendo, a su vez, procedimientos de comunicación y consenso intracomunitarios; así como criterios de comunicación y mediación de cada una de esas representaciones y sistemas de autoridad comunal unificados, con el Estado y con cualquier tercero implicado (empresas, etc.).

La representatividad deberá ser flexible. Como ha establecido el Relator, no podrá confundirse «las instituciones representativas de los pueblos indígenas» con las «organizaciones más representativas» de estos pueblos. Siempre que se pueda con claridad y nitidez discernir qué instituciones sean las más representativas, deberán ser éstas elegidas como interlocutores válidas de la comunidad. Sin embargo, este discernimiento suele darse en un contexto de penumbra e indistinción, con lo que la dimensión representativa de la comunidad ya sería un *criterio suficiente* con el que poder funcionar. Complementando lo anterior, algunos criterios mínimos para poder analizar y baremar la representatividad indígena, podrían ser:

- i) el hecho de que la misma viene medida y está condicionada por los contextos donde la consulta debe ser realizada. La posibilidad de accesos a la comunidad; la mayor o menor facilidad de los mismos; la existencia de conflictos larvados y de largo aliento en una determinada zona o contexto; la existencia de medios de transporte que faciliten el acceso; de medios de comunicación locales que aclaren y otorguen luz sobre los mecanismos institucionales y representativos con los que funciona internamente la comunidad, constituyen, todos ellos, elementos que facilitan o dificultan la realización de la consulta. La dialéctica ciudad-comunidad, mundo rural-urbano, es un elemento fundamental para entender el concepto de «representatividad» en los contextos en que la consulta proceda. Por tanto, la representatividad está mediada por los contextos;

- ii) debe darse, pese al posible caos contextual, un mínimo de sistematicidad común y universal para todos los procedimientos de consulta, mecanismos que ayuden, por ejemplo, a discernir una autoridad representativa de la que no lo es;
- iii) deben considerarse diversas formas de organización indígena, en consonancia y co-existencia con contextos de pluralismo y de múltiples formas de representatividad comunitarias. Ello exigirá, como se ha dicho, considerar a todas ellas igual de válidas y ser sensibles para establecer diferentes y variadas formas de comunicación y diálogo: hacia fuera y hacia dentro, entre las distintas formas de representación comunitaria, cuyos consensos y acuerdos deberán ser traducidos y expresados hacia el exterior como acuerdos multi-nivel entre diferentes formas de organización comunitaria;
- iv) la multiplicidad de perspectivas identitarias —de expresión, de género, de poder, de autoridad, o de cualquier otra índole— es algo que tendrá que tenerse bien en cuenta en el proceso de la consulta, asistiendo a una consideración de lo comunitario como expresión de una pluralidad difícilmente reducible a un solo mecanismo de representación o de identificación. Concertar mecanismos plurales de representación, en donde la división sexo-género, lingüística, o cualquier otra expresión de diferencia comunitaria, esté representada y presente en el proceso (ancianos, infancia, juventud, otros pueblos), son condiciones para la creación de mecanismos adecuados de representación y de los que tendrá que hacerse cargo la consulta.

La consulta debe ser sistemática y transparente, lo que implica la existencia de procedimientos más o menos formalizados, en el marco del Estado, que sistematicen la manera de hacer y entender la consulta; así como los contenidos mínimos que se deben respetar en el proceso. La manera de transitar hacia la consolidación de una legislación sólida sobre consulta es la existencia previa de procedimientos sistemáticos que orienten sobre el mínimo necesario que debe incluir y respetar la misma; que orienten sobre los formatos y las maneras de considerarla, a pesar de que se trate de temáticas diversas y diferenciadas. La importancia de la existencia de procedimientos sistemáticos para la elaboración de la consulta responde a la necesidad de que la misma se realice al amparo de principios como los de: seguridad jurídica, adecuación y representatividad. Si la consulta es un derecho de los pueblos indígenas es necesario que se derive y fundamente en una serie de principios jurídicos, entre ellos y de manera primordial, el de seguridad jurídica, lo que implica que el propio Estado de derecho asume en su seno la consulta como un deber propio, implicando el diseño de una serie de garantías jurídicas ne-

cesarias para avalar y proteger la misma. Por tanto, la sistematicidad y transparencia de la consulta indígena apuntan a la necesidad de asumirla como un derecho indígena y como un deber del Estado, en el marco de derechos y obligaciones recíprocas. Ello demanda, amparados por el principio de seguridad jurídica, la creación de un sistema de garantías jurisdiccionales para hacer cumplir la consulta; la formalización de instrumentos jurídicos que permitan establecer una acción de tutela para reclamarla. Como se desprende de esta característica, la consulta reclama una arquitectónica institucional, normativa y humana, así como la regulación de niveles de coordinación entre las partes implicadas y afectadas, cuya mejor expresión sería la regulación legislativa de sus contenidos formales y materiales. De ahí se deriva, como un paso previo, la necesidad de crear un «Órgano Nacional Representativo Indígena» para regular el inicio, aplicación y desarrollo de todos los procesos de consulta en el marco del Estado. Una suerte de organismo asesor, de composición plural estrictamente indígena, que permita la sistematización de prácticas, la coordinación de expectativas, el diseño de los problemas en conflicto en cada proceso, así como la conformación de un núcleo de consensos intra-indígenas —ante situaciones como multiplicidad de conflictos, autoridades, etc.— que serán los que se expondrán y articularán ante el Estado y terceras partes interesadas e implicadas en el proceso de consulta.

IV. Elementos para la elaboración de un procedimiento de consulta

La elaboración de un procedimiento para la consulta refiere, fundamentalmente, a su dimensión procesal. Hasta ahora, a la hora de hablar de elementos de la consulta, se han sugerido muchos componentes de la misma: dimensiones sustantivas y formales que deben caracterizarla. En este momento no pretendemos más que aterrizar y dar concreción a algunos de los elementos sugeridos, a manera de recapitulación de lo expresado.

La dimensión procesal de la consulta hace referencia a un cuerpo normativo en el que se especifique de manera exhaustiva dos dimensiones: la dogmática y la orgánica. La parte dogmática tiene que ver con los elementos sustantivos y materiales de la consulta: aquellos que la definen como derecho, los que establecen una haz de obligaciones y responsabilidades para otros sujetos —el estado, terceras personas, etc.—; así como los principios normativos necesarios para ubicar y sujetar este derecho, y hacerlo obligatorio. La parte orgánica, la procesal, haría referencia a todo el aparataje institucional, procedimientos, órganos vinculados, tiempos y fases, así como disposiciones normativas secundarias necesarias para hacer ejecutiva y efectiva la consulta. Ambas dimensiones han sido sugeridas de ma-

nera expresa. La parte dogmática está contenida en el punto tres, en donde ya referimos los elementos y componentes de la consulta, en cuanto dimensiones sustantivas de este derecho y de sus prolongaciones.

Junto a ello se harán algunas referencias a las dimensiones más procesales. Dividiremos nuestra exposición en tres bloques: ámbitos temáticos que reclaman o en torno a los que se puede formular la consulta; especificaciones en relación a la información necesaria que debe incorporar la consulta; acciones necesarias, por diferentes actores, para llevar a buen término la misma.

Son varias las esferas o ámbitos temáticos que demandarían consulta en la medida en que los proyectos, actividades de exploración arqueológica, de investigación, o cualquier otra propuesta afecte, directa o indirectamente, a derechos indígenas (22). Algunas referencias aclaratorias a ese respecto serían las siguientes:

- Cuando se afecte a tierras y territorios indígenas, incluyendo los lugares sagrados.
- Cuando afecte a tratados o convenios, o cualquier otro acuerdo constructivo entre Estados y pueblos, nacionalidades, comunidades, tribus y naciones indígenas.
- Cuando se trate de industrias extractivas, de conservación, hidroeléctricas, infraestructuras, o cualquier tipo de desarrollo o actividad turística en zonas indígenas que conduzcan o puedan conducir a una posible exploración, desarrollo y/o utilización de territorios y/o recursos indígenas.
- Cuando se trate de acceso a recursos naturales —biológicos, genéticos, conocimientos tradicionales— que implique o pueda implicar exploración, desarrollo o utilización de los mismos.
- Cuando se trate de proyectos de desarrollo, cuestión que habrá que considerar en la totalidad de su ciclo y proceso sin ningún tipo de restricción, en la medida que afecten directa o indirectamente a pueblos indígenas. Nos referimos a: evaluación, planificación, aplicación, vigilancia, evaluación y clausura.
- Cuando se trate de instituciones, organismos, entidades, organizaciones intergubernamentales, Naciones Unidas, o cualquier otra institución que realice estudios e investigaciones específicas con consecuencias de impacto en territorialidad indígena.

(22) Por afectación a derechos indígenas entendemos las actividades que tengan una incidencia directa o indirecta en los siguientes derechos: el derecho a la existencia; el derecho a la vida —individual y colectiva—; el derecho a la integridad física; el derecho a la integridad cultural y a sus propias prioridades de desarrollo, así como el control de las mismas; la mejora estructural de las condiciones de vida, entre otros.

- Cuando se trate de legislación, normativa, políticas que traten, hagan referencia y afecten a pueblos indígenas.
- Cuando se trate de cualquier política o programa que haga referencia a retirada, desplazamiento, reubicación de población en territorios tradicionales.

De manera complementaria a lo afirmado, en el caso Saramaka, la CIDH dio ejemplo de la gama de medidas estatales que requerirían consulta previa. Se hacía referencia, en concreto, a seis supuestos: i) delimitación, demarcación y otorgación de título colectivo sobre el territorio; ii) reconocimiento legal de su capacidad jurídica colectiva, correspondiente a la comunidad que integran; iii) adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo (o comunidad) al territorio que tradicionalmente han utilizado y ocupado; iv) adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para garantizar el derecho del pueblo indígena a ser efectivamente consultado, de acuerdo a sus tradiciones y costumbres; v) realización de estudios previos de impacto social y ambiental; y como cláusula de cierre, vi) cualquier restricción que afecte a los derechos de propiedad del pueblo indígena, especialmente en relación a planes de desarrollo o inversión (23).

En relación a la *información* que es necesario proporcionar habría que hacer especificaciones concretas, por cada proyecto que es objeto de consulta, en relación a las siguientes cuestiones:

- Naturaleza, envergadura, ritmo, alcance, reversibilidad, o no de la actividad o proyecto propuesto.
- Afiliación y entidad jurídica de las personas implicadas y que participarán en el proceso. Se trataría de establecer un mapa claro sobre todas las responsables con las que se sustanciará, en todo momento, la negociación (ya se trate de empresas, instituciones u otras entidades jurídicas).
- Razones del proyecto, objetivos y finalidades últimas del mismo. Habría que especificar de manera clara y directa el tipo y la cantidad de recursos que se verán afectados; y en concreto, cómo afecta esto a los pueblos indígenas. Tasar la afectación siempre con dos finalidades: una preventiva, en el supuesto de perjuicios causados que

(23) Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C, No. 185, párrafo 16. Cf. También CIDH, caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, serie C, No. 172, párrafo 194 c.

- sería necesario indemnizar; otra con carácter distributivo, que haría relación al reparto de beneficios. Mediará consentimiento siempre que los pueblos indígenas resulten beneficiados como consecuencia del proyecto.
- Fecha de inicio y duración del proyecto y/o actividad, evitando, de esta manera, cambios de lugares sobrevenidos. A este respecto será necesario fijar todo un calendario paralelo para fijar una coordinación *anticipada y eficiente* para sustanciar las cuestiones de fondo de la consulta.
 - Los lugares que se verán afectados de manera directa e indirecta. El criterio será, por tano, que el portador y el sujeto del derecho a la consulta fije las condiciones de la negociación —lugares y tiempos, entre otros—.
 - Evaluación preliminar del posible impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos, así como la distribución de beneficios justa y equitativa, amparándose, todo ello, en el principio de precaución.
 - Establecimiento sistemático y preciso de todas las personas y organizaciones que intervendrán en la ejecución del proyecto propuesto —pueblos indígenas, sector privado, sector público, instituciones de investigación y académicas, empleados gubernamentales, terceras partes con influencia en el proyecto (24)—.
 - Identificación de todas las personas que serán las que tomen y sostengan las decisiones adoptadas en el proceso de consulta, para poder asegurar, de alguna manera, su presencia en todas las negociaciones. Este es un punto crucial para conocer y reconocer la pluralidad interna existente en toda comunidad; así como la existencia de un régimen de autoridades múltiple, en distintos niveles, de difícil centralización y unificación.
 - Paralelamente habrá que fijar en qué medida estarán representadas las distintas partes y por quiénes, con la finalidad de facilitar al sujeto del derecho a la consulta —los pueblos indígenas— los interlocutores con los que mediar y tratar en todo el proceso antecedente a la consulta; para aclarar y evidenciar al sujeto de la consulta con quién tratar y a quién referirse. Será necesario, en función de la ma-

(24) Es muy importante ser consciente y dar medida de que procesos anteriores, se sustanciaron, por ejemplo, a través de negociaciones apuradas; de que en las mismas se exhibieron criterios, objetivos y promesas falsas; de que hubo una tendente sistematicidad, por alguna de las partes implicadas, a generar división y fractura; de la creación y presentación de organizaciones y representaciones indígenas falsas, o que carecían de la suficiente legitimidad para representar colectivamente a la comunidad; de que los procesos de consulta anteriores operaron mediante coacción o soborno del liderazgo indígena; o de que el contexto de creciente violencia y densa militarización impedía unas condiciones normales para la realización de la consulta a los pueblos indígenas, entre otras.

teria y especialidad, movilizar la capacidad técnica de la comunidad —conocimiento ecológico tradicional, entre otros— y asegurar que los expertos indígenas participen directamente en la planeación, planificación y evaluación de cada paso de las negociaciones.

- Fijar mecanismos para el tratamiento de información confidencial y delicada.
- Adecuar la normativa interna del Estado para poder clarificar el procedimiento.

Forma parte de la dimensión procesal de la consulta, sugerir, como una precondition para la validez y eficacia de la misma, la adopción de una serie acciones a algunos de los actores principales en la consulta. Hablaremos, por tanto de:

— Acciones recomendadas a los pueblos indígenas:

- a) Movilización de la capacidad técnica indígena.
- b) Identificación y localización de todo el apoyo que se vaya a necesitar.
- c) Previsión de reuniones locales preparatorias que faciliten el consenso en el proceso de negociación, el diseño de criterios y objetivos, la planificación de tácticas y estrategias a seguir.
- d) Identificación y estudio de las contrapartes.
- e) Estudio de procesos y negociaciones similares realizadas con carácter previo.
- f) Selección pública y acordada de los negociadores indígenas.
- g) Fijación y delimitación de los límites de la negociación.

— Acciones recomendadas a los Estados:

- h) Delimitación de los ámbitos territoriales en conflicto en el que se ofrezca toda la información sobre titulaciones, demarcaciones y delimitaciones que, sobre el territorio en conflicto, se hayan realizado en el pasado.
- i) Apercibir y dar a conocer sobre la existencia, vigencia, validez y eficacia de las leyes y otras prácticas consuetudinarias existentes en la comunidad y que resultan fundamentales para el buen curso de la consulta.
- j) Acreditar la personalidad jurídica con la que el Estado y otras partes interesadas se presentarán.
- k) Creación de instancias independientes para la regulación, evaluación y control del procedimiento de consulta.
- l) Facilitar el acceso a los procesos de la consulta a los pueblos indígenas y garantizar los recursos necesarios para que ésta pueda realizarse.

- Acciones recomendadas a las agencias de cooperación:
- m) Situar en el eje de la consulta cuestiones tan importantes como la interculturalidad y la plurinacionalidad, lo que implica, entre otras cosas, ofrecer toda la información necesaria, de los términos en que tendrá lugar la consulta, en todas las lenguas indígenas implicadas.
 - n) Una consideración flexible y abierta de las opciones de desarrollo en conflicto, como condición para definir y sostener proyectos.
 - o) Diseñar proyectos que sirvan para otorgar asesoría técnica y capacitación específica a los pueblos indígenas para la realización de la consulta.
 - p) Asumir y asegurar el carácter procesual de la consulta —la consulta como proceso—, más allá de una consideración causa-efecto y finalista, tan propia de los proyectos de desarrollo. La repetición y reiteración sistemática de las negociaciones, de diferentes encuentros entre las partes, resultarán fundamentales para el buen curso de la consulta. Ello implica que la interculturalidad deberá ser transversal a las dimensiones tempo-espaciales del proceso, de tal manera que los tiempos de los proyectos y de la cooperación se ajusten a los tiempos indígenas; y de manera específica, en el diseño y regulación de los procesos de consulta indígena.
 - q) Incluir como un objetivo fundamental de los proyectos la generación de consensos vinculantes y válidos.
 - r) Asegurar, como parte del proyecto, la dimensión participativa en el control y evaluación de la consulta y su procedimiento, por parte de los pueblos indígenas implicados.

V. Conclusiones

El objetivo de este trabajo ha sido establecer como centro del debate el derecho a la consulta. Los tiempos han permitido una evolución en la propia dinámica de los derechos indígenas, en donde la consulta ha pasado de ser una cuestión administrativa y casi irrelevante para los pueblos indígenas, al eje central de sus estrategias políticas y normativas. Ello ha sido favorecido, sin ninguna duda, por la entrada en vigor de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Otros elementos que han favorecido esa cuestión han sido la necesidad de dar una visión práctica a los derechos de los pueblos indígenas, evitando, de esta manera, el «gap de implementación» del que hablaba el primer relator especial de pueblos indígenas; esto es, ese des-

fase violento entre el reconocimiento jurídico de los derechos indígenas, su aplicación práctica y cumplimiento real.

Por ello, con la intención de dar salida a este dramático diagnóstico, se ha empezado a considerar que una interpretación de la consulta como meta-derecho indígena, como condición de posibilidad para la aplicación de otros derechos fundamentales para la cosmovisión indígena —como la territorialidad, la autonomía y la jurisdicción—, constituye una estrategia importante para garantizar los derechos reconocidos en la Declaración, hasta ahora, derechos incumplidos.

El propósito de este escrito ha sido la de establecer los lineamientos generales de la consulta indígena, sus condiciones de aplicación, los componentes y elementos estructurales que debe contener la misma para ser considerada derecho. Para ello hemos tratado de desgranar presupuestos, todavía tímidamente desarrollados, o en un estado latente de consideración, para aproximarnos y otorgar una hipotética radiografía para un debate todavía incipiente en el discurso de los derechos indígenas que exige validación a partir de conflictivos debates en el futuro.

En definitiva, el análisis de la consulta como derecho indígena sigue teniendo una funcionalidad eminentemente táctica: la de buscar una salida más efectiva para garantizar y proteger el cumplimiento del grueso de derechos indígenas: civiles y políticos, sociales, culturales y colectivos.

VI. Bibliografía

BASCOPE SANJINÉS, I. (2010): *Lecciones aprendidas sobre la consulta previa*, Cejis, La Paz.

OXFAM (2011): *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, Oxfam, Perú.

REVISTA DPLF (2010): *Derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas*, La Paz, Bolivia.

RODRÍGUEZ GARAVITO, C. y MORRIS, M. (dirs.) (2010): *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del Derecho Internacional*, Universidad de los Andes, Bogotá.

Trabajo recibido el 20 de marzo de 2012.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 4 de mayo de 2012

LABURPENA: Testu honen asmoa kontsultaren arau-izaerara hurbilketa bat egitea da, eta, horretarako, kontsultaren ezaugarriak hartzen ditu kontuan, kontsultaren edukia zedarritzen saiatzen da, eta alderdi arazotsu eta gatazkatsuenak azaltzen, kontsultaren mugak eta dimentsioak ez baitira oraindik arauetan behar besteko zehaztasunez azaldu eta aztertu. Halaber, kontsulta testuinguru desberdinetan ulertzeko, sistematizatzeko eta aplikatzeko prozedura bat lantzen eta kontsultaren elementu bakoitza azaltzen saiatuko gara. Elementu horien berezko konplexutasuna nabarmenduko dugu, kontuan izanik arau-testu batzuetan duten abstrakzio-maila eta gatazkan dauden aktoreen aniztasuna eta konplexutasuna.

HITZ GAKOAK: Kontsulta. Indigenen eskubideak. Estatua.

RESUMEN: El siguiente texto propone hacer un acercamiento a la naturaleza normativa de la consulta, teniendo en cuenta las características con la que la misma se expresa, tratando de delimitar su contenido, de dar expresión a algunos de sus elementos problemáticos, conflictivos, cuyos límites y dimensiones no han sido todavía expresados ni atendidos con suficiente rigor normativo. También trataremos de desarrollar un procedimiento para la comprensión, sistematización y aplicación de la Consulta en diferentes contextos; de dar medida de cada uno de los elementos que la componen, llamando la atención sobre la complejidad intrínseca que los mismos encierran debido al grado de abstracción con el que han sido recogidos en algunos textos normativos, así como por la multiplicidad y complejidad de los actores en conflicto que implican.

PALABRAS CLAVE: Consulta. Derechos indígenas. Estado.

ABSTRACT: The following text proposes to make an approach to the normative nature of the consultation, taking into account the characteristics with which it is expressed, trying to define its content, to give expression to some of the problematic elements, conflicting, the boundaries and dimensions have not yet been addressed with sufficiently rigor. Also try to develop a process for understanding, systematization and application of the Consultation in different contexts as to give each of the elements that compose it, drawing attention to the inherent complexity that they contain because of the degree of abstraction which have been collected in some legal texts well as the multiplicity and complexity of actors involved in conflict.

KEYWORDS: Consultation. Rights of the indigenous people. State.

