



## 12 PRINCIPIOS BASICOS SOBRE LA CONSULTA

Este documento<sup>1</sup> describe algunos principios básicos sobre la consulta bajo el Convenio 169 de la OIT, que ha sido ratificado por diversos países. El objetivo es que este documento puede servir como guía a una discusión fructífera-

Para realizar este documento se ha revisado la jurisprudencia relacionada al derecho internacional sobre derechos de los pueblos indígenas y tribales, enfocándonos en el Convenio núm. 169 del OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Nuestro objetivo es identificar principios básicos para asegurar que cualquier legislación o reglamentación o protocolos internos de países signatarios del Convenio sea consistente con las obligaciones que han asumido con su ratificación.

### Países que han ratificado el Convenio

Los países que han ratificado el Convenio están identificados en el sitio web de la Organización Internacional de Trabajo en

[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312314b](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314b)

### El Pacto de San José

La mayoría de estos países también han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José, por lo cual son participantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Los países que han ratificado este convenio están listados en el sitio web de la Organización de los Estados Americanos, en <sup>2</sup>

<http://www.cidh.oas.org/basicos/Spanish/basicos2a.htm>

---

<sup>1</sup> Este documento fue redactado por Luke Danielson y Jose Mozo Hormann de SDSG, con consejos valiosos de colegas dentro y fuera de SDSG.

<sup>2</sup> A este respecto, vale la pena rescatar que la Corte Interamericana ha señalado que el Pacto de San Jose es también fuente de obligaciones a este respecto (*Saramaka vs Surinam* Considerando 93)

## **Declaración de Naciones Unidas Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas**

Y casi todos los países del hemisferio votaron por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007), que recibió el apoyo de más de 140 países.

[https://www.ohchr.org/sites/default/files/UNDRIPManualForNHRIs\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/UNDRIPManualForNHRIs_SP.pdf)

En esta revisión es importante notar que el artículo 34 del Convenio establece una regla o 'principio de flexibilidad' según el cual

“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.”

Cabe notar eso sí que la observación de esta regla o principio en ningún caso puede afectar la esencia de los derechos de los pueblos indígenas y tribales según se consagran en el Convenio.

Destacamos entonces del Convenio y de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que son relevantes para configurar un cuerpo de principios acerca de la consulta previa del C169, aunque no al mismo nivel que el propio C169.

## **PRINCIPIOS**

### **PRINCIPIO 1**

#### **LA CONSULTA APLICA A MEDIDAS LEGISLATIVAS O ADMINISTRATIVAS**

El artículo 6 N°1 (a) del Convenio requiere que el Gobierno consulte a los pueblos interesados (indígenas o tribales), cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.<sup>3</sup>

Por lo cual, un Gobierno no debe adoptar legislación o reglamentación ni adoptar medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas o tribales, sin una consulta previa con las instituciones representativas de los pueblos afectados.

---

<sup>3</sup> Convenio OIT 169 Art 6 (a)

## **PRINCIPIO 2**

### **SUSCEPTIBILIDAD DE AFECTACIÓN DIRECTA**

Hay varias maneras en que medidas legislativas o administrativas pueden afectar directamente a los derechos, prioridades o intereses de los pueblos indígenas o tribales. A modo ejemplar, el deber de consultar puede ser exigible respecto de:<sup>4</sup>

- Decisiones administrativas que recaigan en proyectos que pueden ser desarrollados en tierras o territorios reconocidos como pertenecientes a pueblos indígenas o tribales.
- Decisiones relativas a actividades que afectan a tierras o territorios que, aunque no estén reconocidos oficialmente como pertenecientes a comunidades indígenas o tribales, están en disputa o bajo reivindicación, o tienen vínculos importantes con determinadas comunidades.
- Decisiones que recaen en proyectos que afectan directamente a recursos importantes para las comunidades indígenas o tribales como agua, vida silvestre, vegetación u otros de uso histórico o tradicional.
- Decisiones que recaen en proyectos que afectan directamente a sitios de importancia cultural o histórica o de uso tradicional, tumbas de antepasados, etc.
- Decisiones que recaigan en actividades que puedan afectar al pueblo mismo en, por ejemplo, su salud, su educación, el uso de su idioma, o la mantención de su cultura.<sup>5</sup>

En cualquier caso, debe existir flexibilidad para la aplicación de la consulta según el tipo de afectación que genere la respectiva medida, la que puede ser de mayor o menor entidad.

## **PRINCIPIO 3**

### **DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS O TRIBALES A QUIENES APLICA EL CONVENIO**

Los pueblos tribales son los grupos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, que autoidentifican como indígenas,<sup>6</sup> y

---

<sup>4</sup> “Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) - Manual para los mandantes tripartitos de la OIT” disponible en [https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/indigenous-and-tribal-peoples/WCMS\\_205230/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/indigenous-and-tribal-peoples/WCMS_205230/lang--es/index.htm)

<sup>5</sup> Art. 7(1)

<sup>6</sup> Art 1 (2)

que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; los pueblos indígenas son aquellos considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas, o que tienen la conciencia de su identidad indígena o tribal. Este deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio.<sup>7</sup>

Si un grupo determinado califica como indígena o tribal bajo estos criterios, el Estado no debería adoptar definiciones u otras disposiciones que desconozcan su identidad indígena o tribal y por tanto afecten su derecho a la consulta.

#### **PRINCIPIO 4**

##### **FINALIDAD DE LA CONSULTA**

Las consultas deben realizarse de buena fe y deben tener como finalidad llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de los pueblos interesados<sup>8</sup>.

El cumplimiento de esta finalidad requiere un proceso que consiste en varias etapas, entre las cuales no pueden faltar las siguientes: la planificación de los elementos o metodología del proceso de la consulta y su socialización dentro de la comunidad; la entrega de información suficiente sobre el proyecto y sus impactos; tiempo para discusión interna de la respectiva comunidad, incluyendo el apoyo de expertos, pedir y recibir información adicional, etc.; una etapa de diálogos o encuentros en que se busque genuinamente llegar a acuerdos; y otras.<sup>9</sup> Un sistema que no da espacio para estas actividades no está diseñado para llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento.

---

<sup>7</sup> Convenio OIT 169 Art. 1

<sup>8</sup> Sarayaku ¶177, 185-187

<sup>9</sup> Artículos 8 a 16 Ley de Consulta Previa del Perú y 14 a 26 del Reglamento de Consulta Previa definen siete etapas de la consulta.

## **PRINCIPIO 5**

### **CONSULTA INFORMADA**

Si el proceso tiene como finalidad llegar a un acuerdo, hay que aportar la información necesaria para que todos los aspectos del proyecto sean entendidos por el pueblo.<sup>10</sup> La definición sobre qué constituye información necesaria es conveniente que se determine escuchando a las voces de los pueblos afectados.

## **PRINCIPIO 6**

### **PROCESO CULTURALMENTE ADECUADO**

Las consultas deben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados<sup>11</sup>. La comunidad tiene derecho a que defina qué información necesita y en qué forma debe ser presentada para que sea pertinente culturalmente. En ciertos casos, puede necesitar acceso a los recursos necesarios para consultar con expertos en materias relevantes.

## **PRINCIPIO 7**

### **CONSULTA PREVIA**

La consulta tiene que ser previa. Se debe privilegiar la realización de la consulta 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, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado.<sup>12</sup>

## **PRINCIPIO 8**

### **ESTADO RESPONSABLE DE LA CONSULTA**

El Gobierno tiene el deber de hacer la consulta, y no puede delegar esta responsabilidad a terceros. La obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda delegarse en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la obtención de un

---

<sup>10</sup> Sarayaku ¶ 208

<sup>11</sup> Sarayaku ¶ 177

<sup>12</sup> Sarayaku ¶ 180

permiso o en la explotación de los respectivos recursos si ésta es susceptible de afectar a pueblos indígenas o tribales.<sup>13</sup>

## **PRINCIPIO 9**

### **EL ROL DEL SECTOR PRIVADO**

Porque el pueblo tiene derecho a su desarrollo social y cultural,<sup>14</sup> y las actividades del sector privado pueden apoyar este desarrollo, la consulta tiene que definir un rol para la empresa que pretende desarrollar el proyecto para que las comunidades afectadas tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos y puedan establecer un diálogo genuino con aquélla.

Adicionalmente, en ciertos casos es recomendable que la empresa solicitante de un permiso o autorización tenga un rol en algunas de las etapas del proceso de consulta, si así lo deciden el órgano responsable de la consulta y las comunidades afectadas.<sup>15</sup>

## **PRINCIPIO 10**

### **SALVAGUARDIAS DEL ESTADO**

Para que las decisiones que recaigan en solicitudes de exploración o extracción de recursos naturales en tierras o territorios de propiedad o utilización por comunidades indígenas o tribales no impliquen una denegación de la subsistencia de los pueblos interesados como tales, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias:

- i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala;
- ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y
- iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (art. 15 del Convenio), teniendo en consideración lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal participación en los beneficios según sus costumbres y tradiciones.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Sarayaku ¶ 187

<sup>14</sup> Sarayakuc ¶ 129

<sup>15</sup> Sarayaku ¶ 177

<sup>16</sup> Sarayaku ¶ 157

## **PRINCIPIO 11**

### **RESPETANDO LAS AUTORIDADES DE CADA PUEBLO/COMUNIDAD**

Es la obligación del Estado realizar procesos de consulta que deben respetar el sistema particular de adopción de decisiones de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados.<sup>17</sup> Hay que respetar las estructuras propias de autoridad y representatividad tanto con actores internos como externos de las comunidades.<sup>18</sup> [E]l Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones.<sup>19</sup>

## **PRINCIPIO 12**

### **PROTECCIÓN DE LA COMUNIDAD**

El Estado tiene el deber de proteger a la comunidad de actividades de terceros que tienen el efecto de dividir a la comunidad o interferir con su proceso de toma de decisiones, como ofrecer dinero u otros beneficios económicos al respectivo pueblo con la finalidad de obtener su consentimiento para realizar actividades de exploración y explotación de los recursos naturales, de un modo que afecta su derecho a la consulta u otros derechos.<sup>20</sup>

Expresamos nuestro agradecimiento a los colegas y expertos que han revisado este documento y que han ofrecido sus comentarios.

---

<sup>17</sup> Sarayaku ¶ 165

<sup>18</sup> Sarayaku ¶ 194

<sup>19</sup> Saramaka ¶ 133

<sup>20</sup> Sarakaku ¶ 261