

Amicus Curiae

"Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada"
30 de septiembre de 2015

RECIBI DE UN ENVIADO
SIN ANEXO SIN FIRMAR
al alac (24) S.L.

**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
SEGUNDA SALA**

OFICINA DE CERTIFICACIÓN
JUDICIAL Y CORRESPONDENCIA

2015 SEP 30 PM 9 07

SUPREMA CORTE DE
JUSTICIA DE LA NACION

053393

**Caso Comunidades Indígenas afectadas por la liberación ambiental
de soya genéticamente modificada**

**Amparos en Revisión: 241/2015, 270/2015, 410/2015
498/2015, 499/2015, 500/2015 y 198/2015**

Amicus Curiae

"Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la
Consulta Previa, Libre e Informada"

INSTITUCIONES QUE PRESENTAN EL AMICUS



Bogotá, Ciudad de México, Lima, Ottawa y Washington, D.C.

30 de septiembre de 2015

Información de las Instituciones firmantes del Amicus

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia.

Dejusticia es una organización no gubernamental con vocación regional e internacional, localizada en Bogotá. Fundada el 2003, nuestra organización produce conocimiento experto en derechos humanos, el cual incide en la opinión pública y en el diseño de políticas públicas y que fortalece y apoya a las organizaciones sociales contribuyendo así con la vigencia del estado democrático de derecho.

Página Web: www.dejusticia.org/

Información de contacto

Carlos Baquero Díaz

Investigador

Dejusticia

Correo electrónico:

cbaquero@dejusticia.org

César Rodríguez Garavito

Director

Dejusticia

Correo electrónico:

cerogara@gmail.com

Clínica de Derechos Humanos- Human Rights Research and Education Centre, Universidad de Ottawa

La Clínica de Derechos Humanos es una iniciativa del Human Rights Research and Education Centre de la Universidad de Ottawa que, mediante una aproximación interdisciplinaria, procura: (i) fortalecer la protección de los derechos humanos a través de la investigación, capacitación y asistencia técnica respecto a la implementación de los estándares de derechos humanos; (ii) fomentar el desarrollo de capacidades y prestar recomendaciones para que las políticas públicas tengan un enfoque de derechos humanos; y (iii) promover el estudio sobre los derechos humanos en Canadá.

Página Web: <http://cdp-hrc.uottawa.ca/>

Información de contacto:

Salvador Herencia Carrasco

Director- Clínica de Derechos Humanos

Human Rights Research and Education Centre, Universidad de Ottawa

Correo electrónico: shere045@uottawa.ca

Fundación para el Debido Proceso/Due Process of Law Foundation (DPLF)

DPLF es una organización no gubernamental con sede en Washington, D.C., dedicada a promover el Estado de Derecho y los derechos humanos en América Latina mediante la investigación aplicada, las alianzas estratégicas con actores de la región y actividades de cabildeo. La finalidad de nuestro trabajo es lograr un pleno respeto del Estado de Derecho y de los derechos humanos, bajo el marco de referencia de las normas y los estándares internacionales

Página Web: www.dplf.org

Información de contacto:

Daniel Cerqueira
Oficial de Programa Sénior
Due Process of Law Foundation
Correo electrónico: dcerqueira@dplf.org

Fundar- Centro de Análisis e Investigación A.C.

Fundar es una organización plural e independiente con sede en México que se rige por los principios de horizontalidad y transparencia. A través de la investigación aplicada, la incidencia basada en evidencia, el litigio estratégico y la creación de alianzas busca avanzar hacia la democracia sustantiva y contribuir a generar cambios estructurales que transformen positivamente las relaciones de poder entre sociedad y gobierno.

Información de contacto:

Edmundo del Pozo
Investigador del Área de Derechos Humanos
Fundar. Centro de Análisis e Investigación
Correo electrónico: edmundo@fundar.org.mx

Instituto de Defensa Legal

El Instituto de Defensa Legal (IDL) es una organización no gubernamental con sede en Lima y cuyo ámbito de trabajo es el Perú y América Latina. Nuestro trabajo se centra en la formulación de propuestas técnicas que aportan al debate y desarrollo de políticas públicas y de incidencia en la opinión pública. Nuestro trabajo está relacionado con el mundo académico, político, de sociedad civil y medios, funcionarios de gobierno y organizaciones sociales.

Página Web: www.idl.org.pe

Información de contacto:

Juan Carlos Ruiz Molleda
Abogado
Instituto de Defensa Legal
Correo electrónico: jruiz@idl.org.pe

CRÉDITOS

El presente *amicus curiae* ha sido elaborado para la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México por el Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) de Colombia, la Clínica de Derechos Humanos del Human Rights Research and Education Centre de la Universidad de Ottawa de Canadá, la Fundación para el Debido Proceso, con sede en Estados Unidos, FUNDAR y el Instituto de Defensa Legal del Perú.

Carlos Baquero Díaz, del Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), estuvo a cargo de la sección sobre los estándares de la consulta previa en Colombia. El Prof. César Rodríguez Garavito, Director y Socio Fundador de Dejusticia prestó asistencia y consejería al informe.

Salvador Herencia Carrasco, de la Clínica de Derechos Humanos del Human Rights Research and Education Centre de la Universidad de Ottawa, estuvo a cargo de las secciones sobre estándares de la consulta previa en las Naciones Unidas y experiencias nacionales en África, Australia, Canadá y Nueva Zelanda. Las estudiantes Stephany Caro Mejia, Olivia Howard, Mary Amanda Kapron, Brittany Main, Emely Beatriz Meléndez Rodríguez, Laura Caitlin O'Brien y Ugarit Sbeiti participaron como asistentes de investigación para este amicus. La Profesora Penelope Simons y el Prof. John Packer prestaron asistencia y consejería al informe.

Daniel Cerqueira, oficial sénior de programa, y Cristina Blanco, consultora de DPLF, estuvieron a cargo de la sección sobre los estándares de la consulta previa en el Sistema Interamericano.

Edmundo del Pozo, Investigador de Fundar. Centro de Análisis e Investigación y responsable de la agenda sobre derecho a la consulta, prestó a asistencia y consejería al informe.

Juan Carlos Ruiz Molleda, del Instituto de Defensa Legal, estuvo a cargo de la sección sobre los estándares de la consulta previa en el Perú.

Tabla de Contenidos

Sección	Página
Resumen Ejecutivo	7
Resumen de los Hechos del Caso	9
Primera Parte: Los Estándares Internacionales de la Consulta Previa en el Sistema de Naciones Unidas y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	13
1 Introducción	13
2 Los Estados Unidos Mexicanos y el Derecho Internacional de los Derechos de los Pueblos Indígenas	14
3 La Consulta Previa en el Sistema de las Naciones Unidas	15
3.1 Algunas referencias a la Consulta Previa por Comités de Derechos Humanos de la ONU	19
4 La Consulta Previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	20
4.1 La identificación de los pueblos indígenas y su condición de sujeto colectivo de derechos	20
4.2 Derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales	23
4.3 Garantías específicas establecidas en el Sistema Interamericano frente a decisiones que afecten a los pueblos indígenas o sus territorios ancestrales	25
4.4 El derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas	27

Sección	Página
Segunda Parte: Experiencias Nacionales en el Reconocimiento y Aplicación del Derecho a la Consulta Previa	31
5 Colombia y la Consulta Previa: desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional	31
5.1 El derecho a la CPLI en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	33
5.2 Los estándares del derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	34
6 El Perú y la Consulta Previa: Desarrollo legislativo y jurisprudencial	36
6.1 Reconocimiento de las comunidades campesinas y nativas como pueblos indígenas	37
6.2 El desarrollo normativo del derecho a la Consulta Previa en el Perú	39
6.3 desarrollo jurisprudencial del derecho a la Consulta Previa en el Perú	41
6.4 El desarrollo normativo de la obligación del Estado de obtener el consentimiento en determinados casos	43
7 La Consulta Previa en Canadá: el deber de consulta y la negociación entre el Gobierno con los pueblos Aborígenes de Canadá	46
8 El caso africano: una mirada a las experiencias de consulta previa	47
9 Australia y Nueva Zelanda: Legislación sobre consulta y reconocimiento del derecho al veto para casos excepcionales	48
Tercera parte: Estándares Internacionales en Transgénicos, Pueblos Indígenas y Consulta Previa	51
10 Las Naciones Unidas, los Pueblos Indígenas y Transgénicos	51
Conclusiones	55

Resumen Ejecutivo

El *amicus curiae* que se presenta a la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México tiene como propósito contribuir a la decisión de los distintos amparos en revisión (AR) que serán resueltos por esta Segunda Sala: los AR 241/2015, 270/2015 y 410/2015 derivados del Juicio de Amparo 753/2012, presentado por las comunidades mayas de Pac-Chen y Cancabchen y radicados en la ponencia del Ministro Fernando Franco González; los AR 498/2015, 499/2015 y 500/2015, derivados del juicio de amparo 762/2012 presentado por cinco asociaciones de apicultores mayas del estado de Campeche, mismos que se encuentran radicados en la ponencia del Ministro Eduardo Medina Mora, y el AR 198/2015, derivado del Juicio de Amparo 286/2012 presentado por asociaciones de apicultores mayas del estado de Yucatán y radicado en la ponencia de la Ministra Margarita Luna Ramos.

Todos estos recursos se refieren a la expedición de un permiso a favor de la empresa Monsanto Comercial S. A. de C. V., para la liberación al ambiente en fase comercial de soya genéticamente modificada. Esta medida afecta a las comunidades y asociaciones de apicultores mayas de los estados de Campeche y Yucatán, sin que las autoridades responsables hayan realizado un proceso de consulta previa, libre e informada.

El contenido del informe identifica los estándares internacionales y comparados sobre la consulta previa. En este sentido, la primera parte del informe se centra en el desarrollo de este derecho por parte de las Naciones Unidas para luego analizar el desarrollo que este derecho ha tenido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, especialmente por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La segunda parte del informe analiza las prácticas más relevantes de aplicación y protección del derecho a la consulta previa en África, Australia, Canadá, Colombia, Nueva Zelanda y el Perú. En estos casos, se puede identificar que el desarrollo del derecho a la consulta previa puede ser tanto por vía legislativa como por vía jurisprudencial pero que de ninguna manera la existencia de una norma interna específica es una precondition para que un Estado cumpla con sus obligaciones internacionales para satisfacer el ejercicio de este derecho.

Tanto el Convenio No. 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas como la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen el marco necesario para su protección, goce y ejercicio. La tercera parte del informe analiza la implicancia del uso de los transgénicos en territorios indígenas sin contar con procesos de consulta previa.

El estudio de las distintas instancias nos lleva a las siguientes conclusiones. En primer lugar, el derecho a la consulta es un derecho humano internacionalmente reconocido con rango y protección constitucional. Por lo tanto, su ejercicio no puede estar limitado o circunscrito a normas procedimentales o administrativas, pues esto atentaría contra el principio de legalidad.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
30 de septiembre de 2015

En segundo lugar, la doctrina y jurisprudencia ha reconocido que cualquier consulta deber ser realizada de forma previa, libre e informada. Estos tres elementos forman hoy el núcleo esencial del derecho a la consulta, cada una con características y requisitos propios que el Estado debe asegurar.

En tercer lugar, que si bien el Estado puede adoptar los medios necesarios para la realización de un proceso de consulta, esta debe ser realizada de tal forma que permita a que los pueblos indígenas comprender las implicancias que una medida administrativa o legislativa pueda tener sobre su comunidad, territorio o cultura.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene una oportunidad para desarrollar un marco jurisprudencial que integre el derecho a la consulta en el ordenamiento interno, tomando en cuenta las obligaciones internacionales asumidas por el Estado de México. Dado que el presente caso trata de la adopción de medidas administrativas a favor de empresas privadas que afectan a comunidades indígenas y su forma de vida tradicional, la protección del derecho a la consulta implica que el Estado debe adoptar mecanismos para que el desarrollo económico no vaya en desmedro del reconocimiento y protección de los derechos humanos.

Resumen de los Hechos del Caso

Los reclamantes en los juicios de amparo que originan los amparos en revisión arriba citados pertenecen al pueblo maya. En el caso de las comunidades de Pac-Chén y Cancabchén (amparo 753/2012) son comunidades indígenas mayas ubicadas en el municipio de Hopelchén, estado de Campeche. Estas comunidades se encuentran legalmente reconocidas en el Art. 8 bis de la *Ley de Derechos, Cultura y Organización de los Pueblos y Comunidades Indígenas* del estado de Campeche, publicada el 14 de junio de 2000¹.

El reconocimiento de su calidad de comunidades indígenas se encuentra también acreditado en el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), según el cual las comisarías de Pac-chén y Cancabchén son consideradas “región indígena (maya)”. De acuerdo a datos de dicha institución, la comunidad Pac-chén cuenta con una población indígena total de 194 (88%); mientras que la población indígena de Cancabchén asciende a 456 (98%) personas.

La principal labor de los miembros de muchas comunidades de la península de Yucatán es la apicultura, actividad ancestral del pueblo maya, que constituye la fuente de ingresos de la mayoría de las familias de la región. La apicultura es una de las principales actividades afectadas por la liberación de semillas genéticamente modificada, tal como se señala en los amparos 762/2012, radicado en el Juzgado Segundo de Distrito de Campeche y presentado por las asociaciones de apicultores mayas Miel y Cera de Campeche SSS de RL”, Koollel Kab, S. de RL. MI, Productores Unidos Lol K’ax SSS, Productos de Miel Real el Panal de Suc-Tuc SC de RL de CV”y la “Unión de apicultores indígenas cheneros SSS en el estado de Campeche, así como por diversas organizaciones de apicultores del estado de Yucatán (amparo 268/2012 radicado en el Juzgado Segundo de Distrito en el estado de Yucatán).

Desde el 2005, el Gobierno Federal, a través de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (SAGARPA), ha venido autorizando la liberación al ambiente de soya genéticamente modificada, en etapas previas a la comercial. En el año 2012, dicha Secretaría concedió permiso a una empresa privada para la siembra de 253,500 hectáreas de soya transgénica, ya en su etapa comercial, sobre cinco polígonos ubicados en la Península de Yucatán, Chiapas y la Planicie Huasteca.

¹ Artículo 8 bis de la Ley de Derechos, Cultura y Organización de los Pueblos y comunidades indígenas del estado de Campeche.- “Para los efectos de esta Ley, se reconocen como comunidades indígenas del Estado de Campeche las siguientes: (...) En el Municipio de Hopelchén las comunidades de: Bilincox, Bolonchén de Rejón, Cancabchén, Crucero San Luis, Chanchén, Chencoh, Chun-Ek, Chunchintok, Chunhuaymil, Chunyaxnic, Dzibalchén, El Poste, Francisco J. Mújica (Los Ucanes), Hopelchén, Ich- Ek, Katab, Konchén, Pac-Chén, Pach-Uitz, Ramón Corona (Laguna Volpoch), Rancho Sosa, San Juan Bautista Sahcabchén, San Antonio Yaxché, San Francisco Suc-Tuc, Becanchén, Xtampak, Tres Valles (Can Akal), Ukúm, Vicente Guerrero (Iturbide), Xcanjá, Xcalot-Akal, Xcanahaltún, Xculoc, Xcupil, Xkix, Xmabén, Xmejía y Yaxché-Akal” (énfasis propio).

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
30 de septiembre de 2015

Dicha autorización alcanza a cuarenta y seis municipios ubicados en los estados de Campeche, Quintana Roo, Yucatán, Tamaulipas, San Luis Potosí, Veracruz y Chiapas. En los municipios del estado de Campeche afectados se encuentran las comunidades mayas demandantes. A pesar de que se trata en su gran mayoría de regiones agrícolas y con presencia importante de pueblos originarios, como se describe a continuación, las medidas administrativas que otorgaron la autorización no fueron consultadas con las comunidades indígenas afectadas.

Como antecedente relevante, cabe notar que el 25 de febrero de 2011 la empresa Monsanto Comercial S.A. de C.V. presentó una solicitud (014/2011) ante la SAGARPA para obtener permiso de liberación al ambiente de soya genéticamente modificada, aun en etapa piloto. Dicha solicitud fue hecha para sembrar 30,000 hectáreas en distintos municipios de Campeche, Quintana Roo y Yucatán. La SAGARPA puso a disposición del público general la solicitud para su “consulta pública” durante un mes, a través de su página web. Asimismo, solicitó a la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) la emisión del dictamen de impacto ambiental correspondiente. Fueron consultadas la Comisión Nacional de Áreas Protegidas (CONANP) y la Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad (CONABIO), y ambos organismos técnicos especializados consideraron que no era viable la autorización. No obstante, el 15 de junio de 2011 la SEMARNAT emitió dictamen de impacto ambiental favorable y el 17 de junio de 2011 la SAGARPA expidió el permiso solicitado a favor de la empresa Monsanto (Oficio No. B00.04.03.02.01.-5076).

Ante esta decisión, el 27 de febrero de 2012 un grupo de apicultores presentó una demanda de amparo indirecto ante los Juzgados de Distrito en Materia Administrativa del Primer Circuito, con sede en la Ciudad de México, Distrito Federal. La demanda de amparo quedó radicada, por razones de competencia, en el Juzgado Primero de Distrito del Décimo Cuarto Circuito, quien la admitió y abrió el expediente 268/2012-IV. Mediante decisión del 2 de marzo de 2012, el referido Juzgado concedió la suspensión de oficio instada por los demandantes, para evitar la ejecución del programa piloto autorizado.

De modo paralelo, el 2 de febrero de 2012 la empresa Monsanto Comercial S. A. de C. V. presentó ante la SAGARPA una segunda solicitud (007/2012), esta vez para la siembra de 253,500 hectáreas de soya transgénica en su etapa comercial, sobre cinco polígonos ubicados en la Península de Yucatán, Chiapas y la Planicie Huasteca. El área sobre la cual se solicitó autorización abarca cuarenta y seis municipios ubicados en los estados de Campeche, Quintana Roo, Yucatán, Tamaulipas, San Luis Potosí, Veracruz y Chiapas. Entre los municipios del estado de Campeche afectados, se encuentran Champotón, Hecelchakán, Hopelchén, Tenabo, Calkiní, Escárcega, Carmen y Palizada.

Con base en lo dispuesto en el Art. 33 de la *Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados*, el 5 de marzo de 2012 la SAGARPA puso a disposición del público en general la solicitud para su “consulta pública” a través de su página web. Dicho anuncio se mantuvo durante cerca de un mes calendario, hasta el 3 de abril de

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
30 de septiembre de 2015

2012. Las autoridades de las comunidades indígenas no tomaron conocimiento de ello y, por ende, no tuvieron oportunidad de participar en el proceso, ni mucho menos hacerlo de modo culturalmente adecuado.

El 21 de febrero de 2012 la SAGARPA solicitó a la SEMARNAT la emisión de un dictamen de impacto ambiental que exige la *Ley de Bioseguridad de Organismos genéticamente Modificados*. La CONABIO, la CONANP y el Instituto Nacional de Ecología (INE), instituciones técnicas especializadas, emitieron dictámenes que desaconsejaron el otorgamiento del permiso solicitado. A pesar de ello, el 11 de mayo de 2012 la SEMARNAT emitió opinión favorable (S.G.P.A/D.G.I.R.A./D.G./3530). Con el aval de dicho dictamen, el 6 de junio de 2012 la SAGARPA anunció mediante comunicado de prensa No. 276/12, la emisión del permiso solicitado. Fue mediante este comunicado que tanto las comunidades de Pac-Chén y Cancabchén como las asociaciones de apicultores mayas de Campeche y Yucatán tomaron conocimiento de la autorización concedida.

La referida medida administrativa autoriza la siembra agro-industrial de soya genéticamente modificada y, con ello, genera múltiples afectaciones a las comunidades indígenas en las zonas donde se permite su uso. Uno de los impactos más directos es la afectación al desarrollo de las prácticas tradicionales de subsistencia de dichas comunidades. En efecto, su principal fuente de ingresos, la apicultura, se ve afectada toda vez que el polen que recolectan las abejas de las comunidades, es contaminado por la presencia de transgénicos. Ello impide que la miel producida pueda ser comercializada en la Unión Europea, afectando así la economía de miles de familias indígenas, además de la afectación que el uso masivo de pesticidas causa en las abejas. Entre las afectaciones reportadas se encuentran, además, la deforestación por cambio de uso del suelo, la desertificación por alteraciones a la cuenta hídrica, la contaminación del subsuelo, la concentración de la tierra y el surgimiento de conflictos vinculados a la renta y venta de tierras comunitarias, el uso masivo de plaguicida y las consecuentes afectaciones a la salud y al medio ambiente, entre otras.

En vista de ello, el 26 de junio de 2013 las autoridades indígenas de Pac-Chén y Cancabchén, así como diversas asociaciones mayas de Campeche y Yucatán, presentaron demandas de amparo ante el Juzgado Segundo de Distrito del Trigésimo Primer Circuito, con sede en Campeche y el Juzgado Primero de Distrito del Décimo Cuarto Circuito con sede en Mérida, Yucatán. Los amparos fueron radicados en el Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Campeche, bajo los números de expediente 753/2012 y 762/2012 y en el Juzgado Primero de Distrito en el estado de Yucatán con el número de expediente 286/2015. En las demandas se señala que el procedimiento administrativo que culminó con la autorización de la liberación al ambiente, en fase comercial, de soya genéticamente modificada contravino la Constitución mexicana y los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano. En particular, se alega la afectación del derecho a la consulta previa de las comunidades demandantes, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes (en adelante, “Convenio 169 de la OIT”), ratificado por México y por ende, ley

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
30 de septiembre de 2015

suprema de toda la unión según lo establecido por el Art. 1 constitucional. Asimismo, se alega la violación de los Arts. 1 y 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos, y de la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, suscrita por México en el año 2007.

Los tres recursos fueron resueltos entre diciembre de 2013 y junio de 2014 por los órganos juzgadores arriba citados, quienes concedieron el amparo y la protección de la Justicia Federal a las comunidades y asociaciones de apicultores mayas, al considerar que se violó el derecho a la consulta previa. En consecuencia, ambos órganos Juzgadores dejaron insubsistente el permiso otorgado y ordenaron a las autoridades responsables realizar una “consulta pública” con las comunidades indígenas de Campeche y Yucatán, de manera adecuada “por los medios idóneos que estén al alcance de dichas comunidades indígenas”.

Primera Parte
Los Estándares Internacionales de la Consulta Previa en el Sistema de Naciones Unidas y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

1. Introducción

El propósito del *amicus curiae* es contribuir al caso relacionado con los amparos interpuestos por las comunidades de Pac-Chén y Cancabchén, ubicadas en el Municipio de Hopelchén, Campeche, radicado bajo el expediente de origen 753/2012 ante el Juzgado Segundo de Distrito de Campeche, así como de los amparos 762/2012 y 286/2012 presentados por asociaciones de apicultores mayas de Campeche y Yucatán y que actualmente se encuentran bajo conocimiento de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (en adelante, “la SCJN”).

La SCJN deberá resolver sobre el contenido y la aplicación del derecho a la consulta previa, libre e informada en México. De esa forma, las instituciones firmantes remiten este amicus con el fin de dar luces sobre el tema, el cual es fundamental para el avance y desarrollo de los derechos humanos en México.

La decisión que la CSJN adopte en este caso puede contribuir a que se precisen los alcances de las sentencias elaboradas por los Jueces Segundo de Distrito de Campeche y Primero de Distrito de Yucatán. Sobre este particular, la SCJN podrá determinar la nulidad de una medida administrativa que autoriza la liberación al ambiente de soya genéticamente modificada por el hecho que la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación no realizó una consulta previa con las comunidades indígenas afectadas. Asimismo, la SCJN podrá desarrollar parámetros jurisprudenciales claros para asegurar la compatibilidad de la actuación de las autoridades públicas mexicanas con los derechos humanos reconocidos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales de derechos humanos, especialmente el Convenio No. 169 de la OIT y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es oportunidad, además, para fortalecer los alcances del derecho a la consulta ya desarrollados por la SCJN en decisiones anteriores².

El amicus analizará en primer lugar los estándares internacionales establecidos por las Naciones Unidas y el Sistema Interamericano, para posteriormente presentar experiencias comparadas en Colombia, Perú, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y varios países africanos en torno a la protección de este derecho. Como se verá en el informe, independientemente de la región o de la tradición jurídica, existe un reconocimiento de la consulta previa como un derecho humano. Asimismo, con base en los instrumentos internacionales existentes y la jurisprudencia de los órganos a cargo de su supervisión, se encuentra claramente establecida la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Los Estados pueden diferir en la forma cómo se hace efectivo el derecho pero se puede constatar la

² SCJN. Sentencia recaída en el amparo en revisión 631/2012, de fecha 8 de mayo de 2013.

importancia del Poder Judicial en interpretar e incorporar estos estándares internacionales en su ámbito interno.

2. Los Estados Unidos Mexicanos y el Derecho Internacional de los Derechos de los Pueblos Indígenas

El primer aspecto que se debe tener en cuenta es que los Estados Unidos Mexicanos, como Estado Parte³ del *Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* (en adelante, “Convenio 169 de la OIT”)⁴ y firmante de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*⁵, tiene la obligación de cumplir las obligaciones internacionales de buena fe, respetando el objeto y propósito del tratado⁶.

En efecto, la ausencia de legislación o la existencia de incongruencias en las normas existentes, de ningún modo libra al Estado del cumplimiento de una obligación internacional vigente. Dicha afirmación se basa en principios fundamentales del Derecho internacional contemporáneo, como el principio de *pacta sunt servanda* y de buena fe, recogidos en la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969⁷.

En escenarios de vacíos normativos o incongruencias, la experiencia comparada enseña que los altos tribunales internos juegan un papel fundamental, como es el caso de la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional de Perú, a cuyos pronunciamientos nos referiremos más adelante. Igualmente, el Tribunal Constitucional chileno ha rechazado el argumento de la inexistencia de una ley como justificativo para la inaplicación del derecho a la consulta, y en sentido similar, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha afirmado que “la carencia de legislación ordinaria *ad hoc* no puede significar la nulidad del derecho que asiste a las poblaciones indígenas, que debe ser respetado por el Estado”⁸.

Asimismo, considerando que estas normas de derechos humanos tienen un carácter auto-ejecutorio, la no existencia de un marco legislativo u administrativo no es una limitante para el goce, garantía y protección en su ejercicio. La principal norma con

³ México ratificó el Convenio 169 de la OIT el 5 septiembre 1990. Ver: ILO <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102764>.

⁴ *Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, adoptado en la 76ª sesión de la Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo el 27 de junio de 1989 (fecha de entrada en vigor: 5 de septiembre de 1991).

⁵ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas*, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas No. 61/295 del 13 de septiembre de 2007 [*Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas*].

⁶ Ver: Oliver Örr & Kirsten Schmalenbach (eds), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Berlin: Springer, 2011).

⁷ *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, UN Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 UNTS 331 del 23 de mayo de 1969 (fecha de entrada en vigor: 27 de enero de 1980), Art. 26, 27 y 31.

⁸ Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Exp. N° 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009. Considerando IV.

respecto a la consulta previa es el Art. 6 del Convenio 169 de la OIT, el cual establece lo siguiente⁹:

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
 - (b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
 - (c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Conforme establece expresamente la citada disposición, el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas es aplicable frente a toda “medida legislativa o administrativa susceptibles de afectarles directamente”. Es con base en este instrumento internacional, vinculante para México, que debe ser entendido y aplicado del derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

Se hace importante notar que si bien el Art. 2.B. IX de la Constitución mexicana establece la obligación de “[c]onsultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen”, ello de ningún modo puede conducir a interpretaciones que restrinjan el derecho a la consulta al referido supuesto. El hacerlo equivaldría a una clara vulneración de un derecho humano y con ello, al incumplimiento de obligaciones internacionales asumidas por el Estado mexicano. Además, como se evidencia más adelante, un entendimiento que restrinja el derecho a la consulta en los términos referidos iría en contraposición con la jurisprudencia de las más altas cortes de Latinoamérica y otras partes del mundo.

3. La Consulta Previa en el Sistema de las Naciones Unidas

La consulta previa es un derecho humano de los pueblos indígenas reconocido por la Organización de Naciones Unidas (en adelante, “ONU”), cuyo contenido ha sido desarrollado progresivamente. La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en el 2007 con el voto favorable de México, es el instrumento que sistematiza una serie de prácticas y resoluciones de órganos especializados de la ONU.

⁹ *Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Art 6.

Los diversos Comités, así como el Foro Permanente de Asuntos Indígenas han establecido estándares para la protección y cumplimiento de la consulta previa. En este marco, la labor de la *Relatoría Especial de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*¹⁰ ha sido importante para analizar el contenido de la consulta y las obligaciones de Estado, como actor responsable del cumplimiento de este derecho.

Como ha sido ampliamente reconocido, el derecho a la consulta previa se deriva del derecho de los pueblos indígenas a la auto-determinación¹¹. Es en virtud de este derecho que se requiere que los Estados consulten con los pueblos indígenas las decisiones que pueden afectarlos. Esto incluye el desarrollo de actividades económicas en sus territorios y la consulta de medidas administrativas y legislativas. Se hace importante destacar que el Art. 2.A de la Constitución mexicana “[...]reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación”, con lo cual en el ordenamiento mexicano tiene base constitucional el principal fundamento sobre el cual descansa el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

En cuanto a las medidas que deben ser sometidas a consulta, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, reitera el citado Art. 6 del Convenio 169 de la OIT al establecer, de manera general, su aplicación frente a medidas legislativas y administrativas.

Artículo 19

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.

Sin perjuicio de ello, la Declaración hace énfasis en la necesidad de aplicar este derecho en determinadas situaciones, como frente a la implementación de cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos. En concreto, su Art. 32 dispone lo siguiente:

Artículo 32

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.
2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en

¹⁰ Relatoría Especial de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Ver: <<http://www.ohchr.org/SP/Issues/PueblosIndigenas/SRIndigenousPeoples/Paginas/SRIPeoplesIndex.aspx>>.

¹¹ Ver: Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo, “Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas” (Nueva York: Naciones Unidas, 2009), pág. 14 [Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo, “Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas”].

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
30 de septiembre de 2015

relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo

En esta misma línea, el ex-Relator sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, ha afirmado que no existe una lista taxativa de medidas que pueden ser sometidos a consulta, pues “(...) el deber de celebrar consultas con [los pueblos indígenas] se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales”¹².

Ahora bien, para que una consulta sea compatible con los referidos instrumentos internacionales, debe cumplir con ciertas garantías específicas. Tanto la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas como el Art. 6 del Convenio 169 de la OIT, determinan que la consulta deber ser realizada por medios idóneos, de buena fe y con instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales. Esto significa que la consulta debe ser realizada de tal forma que permita una plena participación de las partes involucradas, con el fin de buscar una solución idónea para el tema en cuestión¹³. En este sentido, es un deber del Estado respetar y adecuarse a las formas que tienen los pueblos indígenas para realizar un proceso de consulta¹⁴. Adicionalmente, deben ser los pueblos indígenas los que libremente definan el nivel del impacto que la actividad tendrá sobre ellos. Para que una consulta sea efectiva, el pueblo indígena debe tener la oportunidad de influenciar la decisión a ser tomada, por lo que la consulta debe ser representativa y realizarse con el debido tiempo de antelación.

A su vez, los procesos de consulta deben llevar a decisiones libres e informadas. En la práctica, esto implica que es una obligación del Estado proveer toda la información necesaria sobre la actividad, medida administrativa o legislativa a ser consultada. En este caso, el Estado tiene que proveer la información de una forma que los pueblos indígenas puedan comprender la medida y tengan la posibilidad de formular preguntas durante el desarrollo de la consulta¹⁵. En el caso que existan cambios al proyecto o propuesta original, estos deben ser informados a los pueblos indígenas.

La ONU ha identificado los siguientes principios para que un proceso de consulta pueda realizarse con pleno respeto a los estándares internacionales de derechos humanos: (i) universalidad, inalienabilidad e indivisibilidad; (ii) interdependencia e interrelación; (iii) no discriminación e igualdad; (iv) participación e inclusión; y (v) rendición de cuentas y estado de derecho¹⁶.

¹² James Anaya, “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas” (2009) Human Rights Council 12th Sess /HRC/12/34, para. 44 [Anaya, “Informe del Relator Especial 2009”].

¹³ Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo, “Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas” *supra* note 11, pág. 33.

¹⁴ *Ibid.*, pág. 30.

¹⁵ Anaya, “Informe del Relator Especial 2009”, *supra* note 12, para. 18.

¹⁶ Ver: Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo, “Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas”, *supra* note 11, pág. 27-28.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
30 de septiembre de 2015

La consulta previa libre e informada puede ser definida como “el derecho colectivo de los pueblos indígenas a participar en el proceso de toma de decisión para dar o no su consentimiento sobre actividades que afectan sus tierras, territorios, recursos o derechos en general”¹⁷. Esto implica que la consulta debe ser:

- Libre: sin coerción, intimidación o manipulación¹⁸;
- Previa: consentimiento deber ser conseguido con antelación a la actividad siendo objeto de la consulta¹⁹.
- Buena fe: comprende no solo la consulta sino todo el proceso y el acceso a la información por parte del pueblo indígena consultado²⁰.

En este contexto, uno de los elementos de debate es la determinación si es obligatorio obtener el consentimiento de los pueblos indígenas para que un proyecto o medida pueda ser implementado. Como regla general, la consulta no implica que los pueblos indígenas tengan un poder de veto pero establece el consentimiento como el objeto de las consultas²¹. Esto va en concordancia con el Convenio 169 de la OIT²².

Sin embargo, tanto la Relatoría de la ONU sobre Pueblos Indígenas como la Corte IDH²³, han identificado situaciones específicas en las que un proyecto o medida debe contar con el consentimiento de los pueblos indígenas. En el caso de la ONU, el ex-Relator James Anaya ha establecido que:

“47. (...) La Declaración reconoce dos situaciones en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que las consultas tengan por finalidad procurar el consentimiento. Esas situaciones incluyen el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas²⁴.”

La Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas establece que en casos relativos con el traslado del pueblo indígena de su territorio ancestral²⁵, el almacenamiento o

¹⁷ IBIS Denmark, *Guidelines for Implementing the Right of Indigenous Peoples to Free, Prior and Informed Consent* (Bolivia: IBIS, 2013), pág. 11.

¹⁸ *Ibid*, pág. 30.

¹⁹ *Ibid*, pág. 35.

²⁰ *Ibid*, pág. 40.

²¹ Anaya, “Informe del Relator Especial 2009”, *supra* note 12, para. 16.

²² Philippe Hanna & Frank Vanclay, “Human rights, Indigenous peoples and the concept of Free, Prior and Informed Consent” (2013) 31:2 *Impact Assessment Project Appraisal* 146, pág. 150 [Hanna].

²³ Ver: Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs Suriname*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No 172 [Saramaka].

²⁴ Anaya, “Informe del Relator Especial 2009”, *supra* note 12, para. 47.

²⁵ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas*, *supra* note 3, Art 10.

eliminación de desechos tóxicos en sus territorios²⁶ y la realización de actividades militares en su territorio²⁷, se debe obtener (y no procurar) el consentimiento.

3.1 Algunas referencias a la Consulta Previa por Comités de Derechos Humanos de la ONU

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial publicó en su informe final sobre México de 2012²⁸ que la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas no ha realizado procesos de consultas previas, libres e informadas, lo que ha llevado a conflictos por licencias de explotación de recursos naturales. En este sentido, el Comité recomendó a México que²⁹:

17. a) Se asegure de que se están llevando a cabo consultas efectivas en cada etapa del proceso con las comunidades que puedan verse afectadas por proyectos de desarrollo y explotación de recursos naturales con el objetivo de obtener su consentimiento libre, previo e informado, particularmente en los casos de explotación minera. Recomienda también que se haga lo posible por acelerar el proceso de adopción de una ley en la materia, recordándole al Estado parte que la ausencia de reglamentación del Convenio N.º 169 (...) no es impedimento para que se lleven a cabo procesos de consulta previa;
- b) Recomienda que se intensifiquen las mesas de diálogo donde representantes gubernamentales participen activamente en diferentes espacios de interlocución con los pueblos indígenas, garantizando que en las mismas se produzcan acuerdos concretos, viables y verificables, que sean efectivamente implementados (...);
- c) En los casos excepcionales en que se considere necesario el traslado y el reasentamiento de los pueblos indígenas, recomienda que el Estado parte vele por el respeto de las disposiciones recogidas en estándares internacionales para llevar a cabo dichos traslados. En este sentido, solicita al Estado parte que incluya información en su próximo informe periódico sobre pueblos indígenas y tenencia de la tierra, particularmente en los casos donde se busca explotar los recursos naturales en ellas.

En el segundo Examen Periódico Universal organizado por el Consejo de Derechos Humanos³⁰, los Estados participantes recomendaron a México³¹:

- 148.166 Garantizar que se celebren consultas plenas y efectivas con los pueblos indígenas sobre las políticas y proyectos económicos y de desarrollo que les afecten;
- 148.169 Alentar una mayor participación de los pueblos indígenas mediante la formulación de una ley que regule el derecho a la consulta previa; y

²⁶ *Ibíd.*, Art 29(2).

²⁷ *Ibíd.*, Art 30(1).

²⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial- México*, CERD/C/MEX/CO/16-17 de 4 de abril de 2012, para 17.

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal- México*, A/HRC/25/7 del 11 de diciembre de 2013.

³¹ *Ibíd.*, para. 23.

148.171 Garantizar que se celebren consultas previas con las comunidades indígenas, de conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT.

Las diversas instituciones que conforman la ONU reconocen la consulta como un derecho humano de los pueblos indígenas. La interpretación progresiva de este derecho ha permitido establecer que la consulta, para cumplir con los estándares internacionales, debe ser efectuada de forma previa, libre e informada.

Adicionalmente, aunque el Estado debe adoptar las medidas administrativas para poder realizar la consulta, este no es un derecho procedimental y su vigencia, protección y goce no está supeditado a la implementación de estos mecanismos. Es un derecho humano reconocido internacionalmente y su protección debe estar acorde con estos principios.

Finalmente, si bien se reconoce como regla general que el Estado debe procurar el consentimiento, excepcionalmente este debe ser obtenido cuando haya situaciones que afecten la integridad del grupo, su territorio y su relación con este. Estos lineamientos han sido confirmados en el ámbito americano, el cual ha reconocido a la consulta previa como un derecho protegido por la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, “CADH”).

4. La Consulta Previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La presente sección aborda las principales líneas jurisprudenciales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, “SIDH”) que determinan las obligaciones del Estado mexicano en materia de derechos de los pueblos indígenas³².

4.1 La identificación de los pueblos indígenas y su condición de sujeto colectivo de derechos

En cuanto a la identificación de los pueblos indígenas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CIDH”) ha concluido que no existe una definición precisa de “pueblos indígenas” en el derecho internacional, y la posición prevaleciente indica que dicha definición no es necesaria a efectos de proteger sus derechos humanos. Dada la inmensa diversidad de los pueblos indígenas en las Américas y el resto del mundo, una definición estricta afectaría al principal elemento para identificar la diversidad que es la auto-identificación³³. Es importante destacar que, independientemente de la denominación o definición que reciban, lo determinante es

³² CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009. Ver OEA <<http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>> [CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales”].

³³ En América Latina, los pueblos indígenas reciben muy distintas denominaciones como “comunidades campesinas”, “comunidades nativas”, “pueblos originarios”, “pueblos aborígenes”, “pueblos andinos”, “pueblos amazónicos”, “minorías” u otros. Ver: *Ibid.*, paras. 24-38.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
30 de septiembre de 2015

atender a los elementos que hacen que un grupo humano pueda ser considerado indígena³⁴.

En el derecho internacional, existen ciertas pautas para su identificación. Así, el Art. 1.b del Convenio 169 de la OIT dispone que dicho tratado se aplicará:

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la pertenencia al 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 todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

De otro lado, el Art. 1.2 del mismo Convenio establece que “[l]a conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

La CIDH ha seguido como aspecto fundamental la auto-identificación del pueblo o comunidad como indígena. En efecto, ha afirmado que el “criterio de auto-identificación es el principal para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente en tanto pueblos”³⁵. Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha establecido como elemento determinante la auto-identificación colectiva. Al respecto, en su sentencia del *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* afirmó que:

La identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía (...). Por tanto, la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique³⁶.

La concepción de la auto-identificación como aspecto fundamental se ve reforzada con la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Dicho instrumento expresa el consenso de los Estados sobre este aspecto al establecer en su Art. 33.1 que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o

³⁴ OIT y CEACR, *Informe 2008/79ª reunión, Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales* (Perú: 2009).

³⁵ 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, 28 de junio de 2007, para. 216 [CIDH, “Acceso a la Justicia e Inclusión Social”]; CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales”, *supra* note 22, paras. 24-31.

³⁶ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No 214, para. 37. En sentido similar, en su sentencia recaída en el *Caso del Pueblo Saramaka vs Suriname*, la Corte IDH afirmó que: “la cuestión de si algunos miembros auto-identificados del pueblo Saramaka pueden afirmar ciertos derechos comunales en nombre de la personalidad jurídica de dicho pueblo es una cuestión que debe resolver sólo el pueblo Saramaka de conformidad con sus propias costumbres, y no el Estado o esta Corte en el presente caso”. *Saramaka*, *supra* note 23, para. 164.

pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”³⁷. En similar sentido, se advierte que el Art. 2 de la Constitución mexicana establece que “La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas”.

Debe enfatizarse que en el derecho internacional de los derechos humanos, los pueblos o comunidades indígenas no requieren estar registrados o reconocidos por el Estado, para ser titulares y ejercer sus derechos. En efecto, la Corte IDH en la sentencia del *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* determinó que³⁸:

82. (...) el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado.

Tanto la CIDH como la Corte IDH han establecido que los pueblos indígenas, son sujetos colectivos distintos a sus miembros individuales, y por tanto son titulares de derechos reconocidos por la CADH y en general, por el Derecho internacional³⁹. Al respecto, en su sentencia en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, la Corte advirtió que:

231. (...) [p]uesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva, la Corte señala que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la presente Sentencia deben entenderse desde dicha perspectiva colectiva.

De este modo, la Corte IDH concluyó que “la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros”⁴⁰.

³⁷ *La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007 con el voto a favor de 144 Estados miembros, entre ellos México.

³⁸ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C No 125, pára. 82 [*Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, 17 de junio de 2005].

³⁹ Al respecto, véase CIDH, *Demanda presentada ante la Corte IDH en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs Nicaragua*, 4 de junio de 1998; CIDH, *Demanda presentada ante la Corte IDH en el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay*, 17 de marzo de 2003; CIDH, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo v Belice*, Informe No 40/04, Caso 12.053, 12 de octubre de 2004 [*Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo*].

⁴⁰ Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador*, Fondo y reparaciones, sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No 245, para. 231 [*Sarayaku*].

4.2 Derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales

La jurisprudencia del SIDH ha reconocido reiteradamente el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales, y el deber de protección que emana del Art. 21 de la CADH y del Art. XXIII de la Declaración Americana, interpretadas a la luz de las normas del Convenio 169 de la OIT, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y otras fuentes relevantes. Conforman estas normas un *corpus iuris* coherente que define las obligaciones de los Estados Miembros de la OEA en relación con la protección de los derechos de propiedad indígenas⁴¹.

Los órganos del SIDH han reconocido que los pueblos indígenas tienen una relación especial con sus territorios ancestrales que no tienen las personas no indígenas. Según han afirmado la CIDH y la Corte IDH, la preservación de la conexión particular entre las comunidades indígenas y sus tierras y recursos naturales se vincula a la existencia misma de estos pueblos, y por lo mismo “amerita medidas especiales de protección”⁴². El derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales protege la vinculación que guardan con sus territorios y con los recursos naturales ligados a su cultura que allí se encuentran⁴³.

La CIDH y la Corte IDH han adoptado una interpretación del Art. 21 del CADH, que se extiende más allá de la interpretación tradicional del derecho a la propiedad. En efecto, el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, fue la oportunidad para que la Corte estableciera que⁴⁴:

148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el Art. 29.b de la Convención — que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, esta Corte considera que el Art. 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las

⁴¹ Véase *inter alia* CIDH, *Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)*, Informe No 75/02, Caso 11.140, 27 de diciembre de 2002, para. 127 [*Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)*]; *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo*, *supra* note 39, para. 87; CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales”, *supra* note 32, para. 6; *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, 17 de junio de 2005, *supra* note 38, para. 127-129.

⁴² *Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)*, *ibíd.*, para. 128; Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No 79, para. 149 [*Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*].

⁴³ CIDH, “Acceso a la Justicia e Inclusión Social”, *supra* note 35, para. 156; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *ibíd.*, para. 148; *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, 17 de junio de 2005, *supra* note 38, para. 137. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No 146, paras. 118 & 121 [*Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*].

⁴⁴ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *supra* note 42, para. 148.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
30 de septiembre de 2015

comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.

En esta sentencia, la Corte se refirió a la importancia para la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas el reconocimiento del derecho colectivo a la propiedad de la tierra, expresando que "para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras"⁴⁵. La consecuencia directa de esta interpretación derivó en la incorporación en el Art. 21 de la CADH de una dimensión colectiva de la propiedad indígena. Al respecto, la Corte precisó en el caso *Sawhoyamaya* que⁴⁶:

120. (...) [L]os conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”. Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del Art. 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del Art. 21 de la Convención para millones de personas.

Los órganos del SIDH han establecido que la propiedad territorial indígena, es una forma de propiedad que no se fundamenta en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos; los territorios de los pueblos indígenas y tribales “les pertenecen por su uso u ocupación ancestral”⁴⁷. En efecto, el derecho de propiedad comunal indígena tiene su base en las culturas jurídicas indígenas, y en sus sistemas ancestrales de propiedad, con independencia del reconocimiento estatal.

El origen de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas y tribales se encuentra en el sistema consuetudinario de tenencia de la tierra que ha existido tradicionalmente entre las comunidades⁴⁸. En virtud a ello, la Corte IDH considera que “la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno

⁴⁵ *Ibid.*, para. 149.

⁴⁶ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* note 43, para. 120.

⁴⁷ CIDH, “Acceso a la Justicia e Inclusión Social”, *supra* note 35, para. 231.

⁴⁸ Véase *inter alia*, *Saramaka*, *supra* note 23, para. 96; CIDH, Alegatos ante la Corte IDH de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *supra* note 42, para. 140(a); *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, *supra* note 39, para. 115.

dominio que otorga el Estado”⁴⁹ y que “[l]os indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios”⁵⁰.

Igualmente, la Corte IDH expone que el Art. 21 de la CADH protege la estrecha vinculación de los pueblos indígenas tanto con las tierras tradicionales como con los recursos naturales que se encuentran en ellas⁵¹. Como señaló en el caso *Saramaka*, “[...] el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio”⁵².

De este modo, el derecho al territorio comprende el uso y disfrute de sus recursos naturales, y tiene vinculación directa, incluso como pre-requisito, con los derechos a la existencia digna, a la alimentación, al agua, a la salud y a la vida⁵³. Por esta razón, la CIDH señaló que “la relación que cada comunidad indígena mantiene con sus tierras y recursos se encuentra protegida bajo otros derechos contemplados en la Convención Americana, tales como el derecho a la vida, la honra y la dignidad, la libertad de conciencia y de religión, la libertad de asociación, la protección a la familia, y el derecho de circulación y residencia”⁵⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, los órganos del sistema han dotado de contenido específico al derecho a la propiedad colectiva y han establecido obligaciones estatales correlativas. En particular, se encuentra la obligación de reconocimiento, delimitación, demarcación y protección efectiva del territorio indígena; el derecho a la restitución del territorio ancestral; y las garantías específicas frente a decisiones que afecten a los pueblos indígenas o sus territorios ancestrales. Dada la relevancia para el presente asunto, desarrollamos este último punto a continuación.

4.3 Garantías específicas establecidas en el Sistema Interamericano frente a decisiones que afecten a los pueblos indígenas o sus territorios ancestrales

La CIDH y la Corte IDH han desarrollado estándares jurisprudenciales sobre el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas frente a medidas que afecten sus tierras, territorios y recursos naturales, a partir del Art. 21 de la Convención, interpretado de modo que permita el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por el Estado en otros tratados, como el Convenio 169 de la OIT⁵⁵.

⁴⁹ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *ibíd.*, para. 151; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* note 43, para. 128; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No 214, para. 109.

⁵⁰ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *ibíd.*, para. 149.

⁵¹ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, 17 de junio de 2005, *supra* note 38, para. 137.

⁵² *Saramaka*, *supra* note 23, para. 122.

⁵³ CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, Doc OEA/Ser.L/V/II, Doc 54, 30 de diciembre de 2009, paras. 1076-1080 [CIDH, “Democracia y Derechos Humanos en Venezuela”].

⁵⁴ CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales”, *supra* note 32, para. 184.

⁵⁵ El derecho a ser consultado se encuentra estipulado en el *Convenio 169 de la OIT* (Arts. 6 y 7), en la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* (Arts. 27 y 32), así

A través de dicho convenio y de desarrollos normativos y jurisprudenciales, el derecho internacional ha dado un contenido específico al deber de realizar consultas previas con los pueblos indígenas en situaciones que afecten su territorio. Por tanto, hoy en día existe un deber positivo del Estado de disponer mecanismos idóneos y eficaces a fin de obtener el consentimiento previo, libre e informado de acuerdo a las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, antes de emprender actividades que impacten sus intereses o puedan afectar sus derechos sobre sus tierras, territorio o recursos naturales⁵⁶.

En particular, la Corte IDH, en los casos del *Pueblo Saramaka vs. Surinam* y del *Pueblo Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, estableció que en caso de restricciones o limitaciones al ejercicio del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, los Estados tienen el deber de cumplir ciertas garantías. Una primera exigencia consiste en que el otorgamiento de la concesión no afecte la supervivencia del pueblo indígena o tribal correspondiente de conformidad con sus modos ancestrales de vida. Conforme a los estándares del SIDH, los Estados deben asegurar que las restricciones al uso y goce de las tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas no impliquen una denegación de su supervivencia física y cultural como pueblo⁵⁷.

Cabe notar que, como señaló la Corte en la sentencia de interpretación del caso *Saramaka*, la “supervivencia” no se identifica con la mera subsistencia física, sino que “debe ser entendida como la capacidad de los [pueblos indígenas] de ‘preservar, proteger y garantizar la relación especial que tienen con su territorio’, de tal forma que puedan ‘continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas (...)’”. Por tanto, el término ‘supervivencia’ significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física⁵⁸. En sentido similar, para la CIDH, “el término ‘supervivencia’ no se refiere solamente a la obligación del Estado de garantizar el derecho a la vida de las víctimas, sino también a la obligación de adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar la relación continua del pueblo [indígena] con su territorio y su cultura”⁵⁹.

como en el *Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas* (Art XXIV).

⁵⁶ Véase *inter alia* CIDH, *Informe de Ecuador 1997 Conclusiones del Capítulo IX asuntos de derechos humanos de especial relevancia para los habitantes indígenas del país y Conclusiones del Capítulo VIII*; CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, Capítulo X, 1999, Recomendación No. 4.; CIDH, Informe de fondo N° 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)*, Informe Anual de la CIDH 2002, para. 140; *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo*, *supra* note 39, para. 142.

⁵⁷ En palabras de la Corte IDH, “otro factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes. *Saramaka*, *supra* note 23, para. 128; *Sarayaku*, *supra* note 40, para. 156.

⁵⁸ *Saramaka*, *ibíd*, para. 37.

⁵⁹ *Ibíd*, para. 29.

La Corte IDH ha establecido tres condiciones, orientadas a garantizar la supervivencia como pueblos indígenas y tribales, en los términos señalados, frente a decisiones que afecten a los pueblos indígenas o sus territorios ancestrales. Tales garantías específicas consisten en⁶⁰:

- a) asegurar la participación efectiva del pueblo y sus miembros en la toma de la decisión de conformidad con sus costumbres, tradiciones y derecho consuetudinario, y obtener su consentimiento cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tengan un mayor impacto dentro del territorio indígena;
- b) garantizar que el pueblo y sus miembros se beneficien razonablemente del plan o proyecto que se lleve a cabo dentro de su territorio; y
- c) garantizar que no se emita ninguna concesión dentro del territorio ancestral a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.

Estas salvaguardas se dirigen a preservar la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales, de forma a garantizar su subsistencia como pueblo.

4.4 El derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas

Para la Corte IDH, la consulta previa a los pueblos indígenas debe realizarse “de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción [...] que se lleve a cabo dentro del territorio [...]”⁶¹. Además la Corte ha considerado que, “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [indígena], el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar al pueblo indígena, sino también debe obtener el consentimiento previo, libre e informado de éste, según sus costumbres y tradiciones”⁶².

Los órganos del sistema han sido enfáticos en señalar que los procesos de consulta deben cumplir con determinados requisitos, como realizarse de modo **previo**, a saber, “desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones”⁶³. Además, el proceso de consulta debe ser **culturalmente adecuado** y tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo correspondiente para la toma de decisiones, así como sus formas propias de representación⁶⁴. Adicionalmente, debe ser **informada**, requisito que supone la provisión de información plena y precisa de la naturaleza y consecuencias del proceso a

⁶⁰ *Ibíd.*, para. 129; *Sarayaku*, *supra* note 40, para. 157.

⁶¹ *Saramaka*, *ibíd.*, para. 127-128; *Sarayaku*, *ibíd.*, para. 159-167.

⁶² *Saramaka*, *ibíd.*, para. 134.

⁶³ *Sarayaku*, *supra* note 40, paras. 167 & 180-182; *Saramaka*, *ibíd.*, para. 133.

⁶⁴ *Saramaka*, *ibíd.*, paras. 27, 131, 133 & 154; *Sarayaku*, *ibíd.*, paras. 201-202.

las comunidades consultadas⁶⁵. Por último, debe realizarse de **buena fe** y con la **finalidad de llegar a un acuerdo**⁶⁶. El requisito de “buena fe” ha sido observado por la Corte frente a prácticas como la corrupción de líderes o autoridades indígenas, la creación de estructuras de autoridad paralelas o los intentos de desintegración comunitaria mediante el ofrecimiento a la venta individual de la tierra indígena⁶⁷.

La Corte ha enfatizado que “la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional” y que “está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas”⁶⁸. Dicho tribunal ha precisado que “es deber del Estado –y no de los pueblos indígenas– demostrar efectivamente, en el caso concreto, que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas”⁶⁹.

Participación razonable en los beneficios

Además del requisito de participación, se encuentra el establecimiento de mecanismos de participación en los beneficios del proyecto a favor de las comunidades o pueblos afectados por la extracción de recursos naturales o los planes o proyectos de inversión o desarrollo⁷⁰. En opinión de la Corte, “[...]el concepto de compartir los beneficios[...] es inherente al derecho de indemnización reconocido en el Art. 21.2 de la Convención” y “se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad”⁷¹.

Estudios previos de impacto socioambiental

La tercera garantía es la realización de un estudio previo de impacto social y ambiental, llevado a cabo por “entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la

⁶⁵ *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, *supra* note 39, para. 142. *Saramaka*, *ibíd.*, para. 133. CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*. Doc OEA/Ser.L/V/II.96, Doc 10 rev.1, 24 de abril de 1997. CIDH, “Acceso a la Justicia e Inclusión Social”, *supra* note 35, para. 248.

⁶⁶ *Saramaka*, *ibíd.*, para. 133. *Sarayaku*, *supra* note 40, paras. 185-187.

⁶⁷ *Sarayaku*, *ibíd.*, para. 186.

⁶⁸ *Ibíd.*, para. 164 y 165.

⁶⁹ *Ibíd.*, para. 179.

⁷⁰ CIDH, “Democracia y Derechos Humanos en Venezuela”, *supra* note 53, para. 1137, Recomendaciones 5 & 6; CIDH, “Acceso a la Justicia e Inclusión Social”, *supra* note 35, paras. 248 & 297.

⁷¹ *Saramaka*, *supra* note 23, paras. 138-139. Según advierte la Corte en dicha sentencia, en este mismo sentido se han pronunciado distintos órganos internacionales de derechos humanos. Véase *inter alia* ONU, 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*, parr 16. ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas*, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión (quincuagésimo novena sesión), ONU Doc E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, para. 66.

supervisión del Estado”⁷². Los estudios de impacto social y ambiental responden a la finalidad última de “preservar, proteger y garantizar la relación especial” de los pueblos indígenas con sus territorios y garantizar su subsistencia como pueblos⁷³. Para la Corte IDH, se viola el Art. 21 de la CADH cuando el Estado no lleva a cabo o supervisa estudios ambientales y sociales previos al otorgamiento de las concesiones⁷⁴.

Asimismo, ha determinado que los estudios de impacto social y ambiental deben realizarse con carácter previo a la aprobación de los planes respectivos⁷⁵, y exige que los Estados permitan a los pueblos indígenas participar en la realización de los estudios previos de impacto social y ambiental⁷⁶. En términos generales, los estudios de impacto socioambiental “deben respetar las tradiciones y cultura del pueblo [indígena o tribal correspondiente]”⁷⁷, y sus resultados deben ser compartidos con las comunidades a fin de que puedan tomar una decisión informada.

Frente a medidas que afectan a un pueblo o comunidad indígena sin cumplir con las garantías anteriormente señaladas, la Corte IDH ha atribuido responsabilidad internacional al Estado por la violación del Art. 21 de la CADH y ha ordenado “[r]especto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional [indígena]” que “el Estado debe revisarlas, a la luz de la presente Sentencia [refiriéndose al *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*] y la jurisprudencia de este Tribunal, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo [indígena]”⁷⁸.

Cabe recordar, además, que en atención a la obligación de adecuación del ordenamiento interno, contenido en el Art. 2 de la CADH, cada Estado Parte debe hacer compatible su derecho interno con las disposiciones de la Convención para garantizar los derechos en ella reconocidos⁷⁹. Como ha afirmado la Corte IDH, este deber exige, de un lado, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención y, de otro, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías⁸⁰.

En atención a ello, en casos referidos al derecho a la consulta y consentimiento, la Corte ha ordenado a los Estados “adoptar las medidas legislativas, administrativas o de

⁷² *Saramaka*, *ibíd*, para. 129; *Sarayaku*, *supra* note 40, para. 205.

⁷³ *Saramaka*, *ibíd*, para. 40. CIDH, “Acceso a la Justicia e Inclusión Social”, *supra* note 35, para. 254.

⁷⁴ *Saramaka*, *ibíd*, para. 154.

⁷⁵ *Ibíd*, para. 41; *Sarayaku*, *supra* note 40, paras. 205-206.

⁷⁶ *Saramaka*, *ibíd*, paras. 16 & 133.

⁷⁷ *Ibíd*, para. 41.

⁷⁸ *Ibíd*, para. 194.a.

⁷⁹ Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No 73, para. 87; *Caso Heliodoro Portugal vs Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No 186, para. 179.

⁸⁰ Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No 52, para. 207; *Caso Mendoza y otros vs Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C No 260, para. 293.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
30 de septiembre de 2015

otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo [indígena] a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio [...]”⁸¹.

En suma, estas garantías se complementan entre sí y apuntan a que las decisiones en torno al territorio sean tomadas por el propio pueblo o comunidad indígena, de modo que se garantice su supervivencia física y cultural, su propia concepción de desarrollo y la continuidad de su cosmovisión, modo de vida tradicional, identidad cultural, estructura social y sistema económico.

⁸¹ *Saramaka*, *supra* note 23, para. 194.d.

Segunda Parte

Experiencias Nacionales en el Reconocimiento y Aplicación del Derecho a la Consulta Previa

La primera parte del *amicus curiae* se centró en los estándares internacionales de la ONU y del SIDH sobre el derecho a una consulta previa, libre e informada. La segunda parte de este informe presentará diferentes experiencias nacionales relativas al derecho a la consulta.

En todos los países analizados el derecho a la consulta se reconoce como un derecho de los pueblos indígenas y tribales. De ahí que los Estados tienen la obligación de hacer efectivo este derecho, de conformidad con el Convenio No. 169 de la OIT, la Declaración de la ONU sobre los Pueblos Indígenas y la jurisprudencia del SIDH adoptada con base en los instrumentos interamericanos.

5. Colombia y la Consulta Previa: desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional

Para conocer los estándares desarrollados jurisprudencialmente en Colombia, esta sección se dividió en dos partes. En la primera se presentará cómo la Corte Constitucional desarrolló el derecho a la consulta previa, libre e informada (CPLI) con relación a la obligación de consultar tanto medidas legislativas como administrativas. En la segunda parte, se abordarán los estándares que conforman el derecho a la CPLI.

5.1 El derecho a la CPLI en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que la CPLI es un derecho fundamental tanto de los pueblos indígenas como de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales, palenqueras y rom, por ejemplo en la sentencia SU 039 de 1997. Por tanto, para garantizar dicho derecho, el Estado tiene la obligación de consultar a los pueblos las decisiones que va a tomar que son susceptibles de afectarlos directamente. En palabras de la Corte:

el derecho de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones⁸².

Una de las formas por las cuales se garantiza su derecho a la participación, es por medio de la realización de procesos de consulta con los pueblos indígenas y tribales. De acuerdo al Auto 004 de 2009, los pueblos indígenas en Colombia se encuentran en riesgo por amenazas sobre su vida en dos sentidos⁸³. En primer lugar, los pueblos tienen vida física, es decir la vida que está determinada por las condiciones materiales y biológicas en las que viven. Por el otro lado, la vida cultural se refiere a las prácticas que realizan las personas y pueblos y que son sustento de su identidad, lo cual incluye

⁸² Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU – 039 de 1997, MP Antonio Barrera Carbonell.

⁸³ Corte Constitucional de Colombia, auto 004 de 2009, MP Manuel José Cepeda.

la relación que tienen los pueblos con la tierra, las formas de toma de decisión y las visiones espirituales que tienen sobre el mundo. Así, uno de los objetivos principales en la realización de los procesos de consulta es garantizar la supervivencia física y cultural de los pueblos étnicos.

La violación del derecho a la CPLI de los pueblos étnicos significa tanto la vulneración de un derecho fundamental como la creación de un riesgo. Así, la violación de este derecho tiene efectos sobre los pueblos al, por ejemplo, afectar los territorios en los que viven, el agua que utilizan para la producción de alimentos o las prácticas culturales con las que impulsan sus propias formas de vida.

Por último, la Corte Constitucional ha establecido que la violación del derecho a la CPLI significa una violación a los derechos a la autodeterminación y el autogobierno. La CPLI es un derecho que garantiza que sean los mismos pueblos étnicos los que toman decisiones sobre su vida. De esa forma, si no son consultados se reproducen prácticas históricas de discriminación en las que los pueblos no son tenidos en cuenta al momento de decidir qué hacer con sus vidas. Por tanto, se debe proteger el derecho a la CPLI pues, es el derecho que garantiza que sean los pueblos los que decidan qué quieren que pase.

Con relación a la definición de “afectación directa”, supuesto en el cual una medida debe ser consultada, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que dicho concepto “[...] hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas”. Al respecto, ha ejemplificado que ello puede venir dado por “la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica”. Al mismo tiempo, ha reconocido que “se trata de criterios de apreciación que no cierran por completo la vaguedad del concepto de afectación directa y mantienen de esa forma la importancia de una evaluación caso a caso sobre la obligatoriedad de la medida”. Lo relevante, según ha enfatizado la Corte, es que la determinación de la afectación se realice guiada por los principios de razonabilidad y proporcionalidad⁸⁴.

En la sentencia C-196 de 2012, la Corte Constitucional determinó que una de las manifestaciones del derecho a tomar las decisiones sobre sus vidas y territorios se da cuando:

se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la misma deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, radicando en el Gobierno la obligación de propiciar la participación de los representantes de la respectiva comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación⁸⁵.

⁸⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-376 de 2012.

⁸⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-196 de 2012, MP María Victoria Calle [Corte Constitucional de Colombia, C-196].

De manera general, en Colombia se ha definido que el derecho a la CPLI es fundamental para los pueblos étnicos que protege su vida física y cultural. A su vez, es un instrumento central para garantizar la participación política de los pueblos indígenas y tribales, especialmente en las decisiones que los afectan directamente.

5.2 Los estándares del derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Al igual que varias cortes nacionales y regionales, la Corte Constitucional de Colombia ha precisado los elementos que constituyen el derecho a la CPLI. De hecho, la corte de Colombia es uno de los tribunales constitucionales que más ha avanzado en esta labor y se ha convertido en un referente para los demás jueces de la región.

Para la Corte Constitucional de Colombia el derecho a la consulta se constituye principalmente por 6 elementos: (i) previa, (ii) libre, (iii) informada, (iv) culturalmente adecuada, (v) con el fin de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento y (vi) buena fe.

En primer lugar, todos **los procesos de consulta deben ser previos**. Es decir, deben realizarse antes de que el Estado tome cualquier decisión que es susceptible de afectar a los pueblos étnicos. Por tal motivo, cualquier proceso de consulta que se realice después de que el Estado tomó la decisión, es un proceso que violó el derecho de los pueblos indígenas y tribales. En la sentencia C-196 de 2012⁸⁶, la Corte Constitucional estableció que la consulta se tiene que realizar de manera oportuna⁸⁷, lo que significa “con anterioridad a la adopción de la medida, pues una vez adoptada, la participación de las comunidades étnicas no tendría ninguna utilidad en la medida en que no podrían influir en el proceso decisorio”⁸⁸.

Si los procesos no se realizan de manera previa, se elimina la posibilidad para que los pueblos étnicos tomen una decisión sobre la medida que los afectará. De esa forma, el proceso se convierte en la notificación de la decisión que tomó el Estado pero, no un diálogo intercultural en el que se tengan en cuenta las posiciones y decisiones de los pueblos étnicos. La evaluación del cumplimiento del estándar de lo previo de los procesos de consulta se debe realizar según el tipo de medida que es consultada. En el caso de las medidas administrativas, se entiende que el proceso debe realizarse antes de que el Estado tome cualquier decisión. Por ejemplo, en los casos de proyectos de explotación, la consulta se debe hacer antes de que el Estado otorgue el permiso de explotación⁸⁹.

Por el lado de las medidas legislativas el estándar de evaluación del carácter de previo de los procesos cambia. Con relación a las leyes, la Corte Constitucional ha precisado que se cumple con el estándar de previo de los procesos de consulta siempre que se

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-461 de 2008, MP Manuel José Cepeda Espinosa y sentencia C-615 de 2009, MP Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸⁸ Corte Constitucional de Colombia, C-196, *supra* note 84.

⁸⁹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-769 de 2009, MP Nilson Pinilla Pinilla.

lleve a cabo antes de que el proyecto de ley sea presentado ante el Congreso⁹⁰. En ese sentido, antes de que el gobierno o el actor interesado en la ley la presente al Congreso, debe someter el proyecto respectivo a consulta de los pueblos indígenas y tribales para que formulen sus propuestas.

En segundo lugar, **los procesos de consulta deben realizarse de manera libre**. Es decir, los pueblos y personas que participan dentro del proceso deben hacerlo sin ningún tipo de presión por parte de actores legales e ilegales. En ese sentido, todas las decisiones que se toman deben ser producto de la decisión independiente que surge del debate que tienen las partes.

La Corte Constitucional ha evaluado el requisito de buena fe ligado con el de libre. La misma Corte ha precisado que por el requisito de libre se entiende que los pueblos deben tener la capacidad de “deliberar libremente sobre las ventajas y desventajas del proyecto, de modo que participe efectivamente en la definición del mismo, procurándose la concertación de las medidas correspondientes”⁹¹. Por esa razón, los pueblos no podrán ser amenazados o afectados de ninguna manera por la decisión que ellos tomen durante el proceso de consulta. Lo anterior lleva a que el Estado esté obligado a garantizar que la participación de los pueblos se dé de manera adecuada.

En tercer lugar, **los procesos de consulta deben ser informados**. Es decir, se tiene que contar con la información necesaria para que la decisión que toman los pueblos incluya todos los datos sobre efectos, beneficios y cargas que genera la aplicación de la medida. Para la Corte Constitucional, hay un vínculo entre el derecho a la información y el derecho a la participación. En la sentencia C-891 de 2002, la Corte encontró que la participación de las personas depende del grado de información que tengan sobre el proceso. De esa forma, entre más información tengan las partes, más protección se genera del derecho a la participación⁹².

La obligación de que el proceso sea informado incluye varios requisitos para los Estados. Por ejemplo, la información debe explicar de manera detallada la medida que va a ser consultada, los actores que van a participar, sus funciones y los efectos que generará sobre su vida. Esta información además de ser suficiente debe ser entendida por las partes que hacen parte del proceso.

De esa forma, la información debe ser interpretada y traducida en dos vías. En la primera vía, si las personas que participan de los procesos de consulta no hablan de manera adecuada el idioma que se utiliza, el Estado tiene la obligación de proveer intérpretes suficientes y de confianza para que las personas puedan participar dentro del proceso. En la segunda vía, la traducción de la información se debe dar en el sentido que toda la información que se da en el proceso sea entendida por todas las partes. Dado que, tanto los pueblos étnicos como los funcionarios del Estado parten de

⁹⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-030 de 2008, MP Rodrigo Escobar Gil.

⁹¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-366/11, MP Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹² Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-891 de 2002, MP Jaime Araujo Rentería.

cosmovisiones diferentes, en el proceso se debe garantizar la interpretación necesaria para que las partes sepan y entiendan cuáles son las posiciones de todos y sobre todo las que se encuentran con relación a la medida que está siendo consultada.

En el caso de la valoración de la violación del derecho a la CPLI para la construcción de un puerto en el norte de Colombia, la Corte definió que todos los procesos, siguiendo lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, deben ser informados. Por lo anterior, en todos los procesos el Estado y las partes deben “proveer información precisa, completa y significativa a los pueblos afectados sobre los proyectos que se pretende desarrollar en sus territorios, y que el objetivo fundamental del proceso participativo sea llegar a un acuerdo con tales pueblos, para proceder con el proyecto con respeto por sus derechos colectivos fundamentales”⁹³.

En cuarto lugar, los **procesos de consulta deben ser culturalmente adecuados**. Como en todas las consultas se encuentran diferentes culturas con posturas distintas, es necesario que el proceso de consulta no reproduzca las prácticas culturales de discriminación y exclusión hacia los pueblos indígenas. Por esa razón es que, los procesos de consulta deben adaptarse a las prácticas y significados culturales de los pueblos étnicos. De esa forma es que la Corte Constitucional ha ordenado que los procesos de consulta no pueden ser actos informativos y deben reconocer las prácticas tradicionales de los pueblos étnicos⁹⁴.

Frente a este estándar, aunque en las reuniones de consulta los pueblos pueden estar representados por sus líderes tradicionales, el derecho es del pueblo. Por eso, todas las decisiones a las que se lleguen durante el proceso tienen que ser consultas previamente con el pueblo que está siendo consultado. A su vez, todos los diseños institucionales de los procesos de consulta tienen que ser respetuosos de las prácticas culturales de los pueblos y por tanto deben tomarse de manera concertada entre el Estado y los pueblos étnicos. En ese sentido, con una valoración caso por caso, el juez podrá determinar si el proceso de consulta que está siendo valorado cumplió o no con los estándares internacionales de protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

En quinto lugar, **el derecho a la CPLI se tiene que entenderse junto al derecho al consentimiento previo, libre e informado**. Como se estableció desde el Convenio 169 y ha sido reiterado por la jurisprudencia de la Corte IDH y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, los pueblos étnicos tienen derecho al consentimiento previo, libre e informado. Es decir, a que la decisión a la que se llegó durante el proceso de consulta sea la que es implementada por los Estados.

La Corte Constitucional de Colombia, siguiendo la tendencia del Derecho Internacional, ha definido que en algunos casos no es suficiente con que el Estado garantice el derecho a la consulta sino que se hace necesario que también proteja el

⁹³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-547 de 2010. MP Gabriel Eduardo Mendoza.

⁹⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-175 de 2009, MP Luis Ernesto Vargas Silva [Corte Constitucional de Colombia, C-175].

derecho al consentimiento. En la sentencia T-129 de 2011, la Corte Constitucional precisó los casos en los que los pueblos étnicos tienen derecho a que se les proteja el consentimiento. Específicamente la Corte ordenó lo siguiente:

(...) como manifestación de la protección especial que la Constitución otorga a las minorías étnicas en aquellos proyectos cuya magnitud tiene la potencialidad de desfigurar o desaparecer sus modos de vida, motivo por el que la Corte encuentra necesario que la consulta previa y el consentimiento informado de las comunidades étnicas en general pueda determinar la alternativa menos lesiva en aquellos eventos que: (i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros⁹⁵.

Por último, el elemento de buena fe se refiere al Art. 6 del Convenio 169 de la OIT que reconoció el derecho a la CPLI. De acuerdo a la OIT los “Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados”. En ese sentido, la Corte Constitucional precisó cuáles son los elementos que se deben dar para que se considere que un proceso de CPLI se realizó de buena fe.

En la sentencia C-175 de 2009⁹⁶, el principio de buena fe se evaluó en dos obligaciones: (i) el Estado debe definir, junto a los pueblos étnicos, las condiciones en las que se debe desarrollar el proceso de consulta y (ii) el proceso debe hacerse de una forma que esta termine siendo efectiva y conducente.

En la práctica se entiende que los procesos serán de buena fe siempre que el proceso no se realice con engaños o presiones por parte de ningún actor a las personas que participan dentro de los procesos de consulta. Esto hace que esté prohibido el otorgamiento de prebendas a los sujetos. Las prebendas, que van en contra del principio de buena fe, son todas aquellas que se otorgan para que las pueblos que están siendo consultados modifiquen su parecer. Por eso, está prohibido desde la entrega de dinero hasta la entrega de servicios a favor del pueblo o los líderes representativos que hacen parte del proceso.

6. El Perú y la Consulta Previa: Desarrollo legislativo y jurisprudencial

En la presente sección, se abordan los aspectos centrales sobre el desarrollo del derecho a la consulta previa en Perú. Se hace referencia, en primer lugar, al reconocimiento de las comunidades campesinas y nativas como pueblos indígenas. Ello se considera relevante pues evidencia que independientemente de su denominación en el ámbito interno, un colectivo humano puede ser considerado indígena, en caso se presenten los criterios subjetivo y objetivo para su identificación. En segundo lugar, nos referimos al desarrollo normativo del derecho a la CPLI en el Perú, dado a partir de las obligaciones internacionales contraídas por dicho país, similares a las que tiene el Estado mexicano

⁹⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-129 de 2011, MP Jorge Iván Palacio.

⁹⁶ Corte Constitucional de Colombia, C-175, *supra* note 93.

con base en el Convenio 169 de la OIT y demás instrumentos aplicables. Seguidamente, se hace referencia al desarrollo de este derecho en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo que reviste importancia considerando que hasta antes de la adopción de la Ley de Consulta Previa, fue con base en lineamientos jurisprudenciales del TC que se tuteló este derecho. Por último, se hace referencia al desarrollo normativo dado a la obligación del Estado de obtener el consentimiento en determinados casos.

6.1 Reconocimiento de las comunidades campesinas y nativas como pueblos indígenas

El Estado peruano ha reconocido oficialmente que las comunidades campesinas y nativas constituyen pueblos indígenas. Así lo informó a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR).

La Comisión toma nota que el Gobierno informa que el reglamento de la ley número 28945, Ley del Instituto Nacional de Pueblos Andinos, señala en su artículo 2 las definiciones que abarcarían a los pueblos andinos, pueblos amazónicos y pueblos afroperuanos. La Comisión toma nota que según el Gobierno las comunidades campesinas y las comunidades nativas están incluidas en el reconocimiento de sus derechos étnicos y culturales como colectividades similares a los pueblos indígenas, enfatizando los aspectos sociales, políticos y culturales. Esta afirmación parece ser positiva en el sentido de que confirma anteriores memorias del Gobierno y comentarios de la Comisión en el sentido de que las comunidades indígenas están cubiertas por el Convenio independientemente de su denominación⁹⁷ (énfasis agregado).

En todo caso, la propia CEACR ha reiterado que las comunidades campesinas y nativas reúnen los requisitos previstos en el Art. 1 del Convenio 169 de la OIT, y en consecuencia que se les aplica el referido Convenio⁹⁸. Sobre este punto, la CEACR ha establecido que:

(...) el concepto de pueblo es más amplio que el de comunidad y las engloba y que, cualquiera sea su denominación, no debe haber ninguna diferencia a efectos de la aplicación del Convenio, en la medida en que las comunidades denominadas nativas, campesinas u otras estén comprendidas en el artículo 1, párrafo 1, a) o b), del Convenio, en cuyo caso corresponde aplicarles por igual todas las disposiciones del Convenio⁹⁹.

El ordenamiento jurídico peruano reconoce en forma tácita que las comunidades campesinas y nativas constituyen pueblos indígenas. En efecto, el Art. 2 de la Ley General de Comunidades Campesinas (Ley N° 24656) señala que:

⁹⁷ CEACR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales* (1989) núm 169, Perú (ratificación: 1994), publicación: 2009, para. tercero.

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ *Ibíd.*, para. cuarto.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
30 de septiembre de 2015

Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.

Asimismo, de conformidad con el Art. 8 de la Ley de comunidades nativas y de desarrollo agrario de las regiones de selva y ceja de selva (Decreto Ley N° 22175):

Las Comunidades Nativas tienen origen en los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso.

Estas normas deberán ser interpretadas de conformidad con el Art. 89 de la Constitución Política según el cual:

Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

El Art. 2 del Decreto Supremo N° 065-2005-PCM que precisa que los pueblos andinos:

Son pueblos originarios con identidad y organización propia, que mantienen todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Incluye a las comunidades campesinas de la Sierra y de la Costa.

Asimismo, los pueblos amazónicos son definidos de la siguiente forma:

Son pueblos originarios con identidad y organización propia, que mantienen todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. Incluye a las comunidades nativas y pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial.

Finalmente, la referida disposición señala que “a los pueblos andinos y pueblos amazónicos, se les podrá denominar pueblos indígenas”. En esa misma línea existe el Art. 2(a) de la Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (Ley No. 28736). Según esta norma, se consideran pueblos indígenas a:

Aquellos que se autorreconocen como tales, mantienen una cultura propia, se encuentran en posesión de un área de tierra, forman parte del Estado peruano conforme a la Constitución. En éstos se incluye a los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial.

6.2 El desarrollo normativo del derecho a la Consulta Previa en el Perú

El desarrollo normativo de la consulta previa ha tenido varias y diferentes fuentes de derecho, en unos casos por desarrollo de normas de rango constitucional, otras de rango legal y hasta por normas reglamentarias. En otras ocasiones el desarrollo en la materia se ha dado a partir de la jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales.

En el Perú, las reglas generales de la consulta previa están compuestas fundamentalmente por tres cuerpos normativos: 1) la Ley No 29785, denominada *Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*, publicada el 7 de setiembre de 2011; 2) el Reglamento de la ley de consulta, aprobado a través del Decreto Supremo No 001-2012-MC, norma publicada el 3 de abril de 2012, y 3) el *Procedimiento del derecho de petición de los Pueblos Indígenas para la inclusión en un proceso de consulta previa o para la realización del mismo, en el Ministerio de Cultura*, aprobado a través de la Resolución Viceministerial N° 010-2013-VMI-MC, publicado el 12 de diciembre de 2013.

La Ley de consulta establece las reglas generales de la consulta previa. Para eso definió el contenido y la finalidad del derecho a la consulta, los actores de la consulta, quienes son pueblos indígenas y los responsables del Estado, los principios, las etapas del proceso de consulta y otras reglas indispensables. El reglamento por su parte, aterrizó en reglas más concretas para la realización de los procesos de consulta. El otro instrumento es la Guía Metodológica de la Ley de consulta previa, la cual brinda las pautas metodológicas, al momento de implementar la ley de consulta previa.

Estas normas regulan la consulta de actos administrativos del Gobierno nacional y de manera más general de los gobiernos regionales y locales. También reglamenta los actos normativos del Gobierno.

A su vez, existen normas que han intentado reglamentar el derecho a la consulta pero para sectores específicos del Estado. En primer lugar está la Resolución Ministerial No 350-2012-MEM, norma que aprueba los procedimientos administrativos del sector Energía y Minas en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa. De igual manera, está el Reglamento de consulta y de participación ciudadana en la evaluación ambiental y social en el subsector de transportes -MTC, aprobado por Resolución Directoral No 006-2004-MTC. Por último, la Resolución Ministerial No 596-2002-EM/DM que aprobó el Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
30 de septiembre de 2015

En el Perú también se ha desarrollado un conjunto de normas que sin estar referidas específicamente a la consulta, contiene disposiciones que regulan y/o hacen mención al derecho a la consulta. En primer lugar la *Directiva para promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas*, aprobada por Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Humano. Esta norma reconoció el derecho a la consulta como parte del contenido del derecho a la identidad cultural.

En el ámbito peruano, se debe destacar que la pluralidad de normas, actos administrativos y directivas no ha permitido contar con una legislación uniforme que asegure el ejercicio del derecho a la consulta previa, libre e informada. De ahí la importancia de contar con tribunales que analicen estas disposiciones frente a las obligaciones internacionales. En efecto, gracias a la interpretación del Tribunal Constitucional¹⁰⁰ (en adelante también “TC”) la consulta previa ha pasado a formar parte del bloque constitucional en el ordenamiento peruano.

Finalmente, frente al universo de normas nacionales sobre el derecho a la consulta, el Tribunal Constitucional en la sentencia 05427-2009-AC estableció que:

64. (...) ninguno de los reglamentos emitidos hasta el momento ha logrado desarrollar idóneamente el derecho a la consulta previa en los términos establecidos por el Convenio 169 de la OIT. En efecto, dichos dispositivos tan sólo se limitan a habilitar “talleres informativos” con las poblaciones afectadas, con lo cual éstas se convierten en meros receptores de una información otorgada por el Estado. Al respecto, este Tribunal aprecia que, entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación ciudadana, existen notorias diferencias que no pueden ser soslayadas. Así pues, mientras que el derecho a la consulta garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles, el derecho a la participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación”. (Fundamento jurídico 62). Añade el TC que “En vista de todas estas consideraciones, este Tribunal concluye que, en el presente caso, la entidad demandada ha incurrido en un supuesto de incumplimiento parcial de su deber de reglamentar el derecho a la consulta de conformidad con lo establecido en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio 169 de la OIT.

¹⁰⁰ La norma anteriormente presentada y su tesis fue acogida y asumida por el TC en dos sentencias vinculantes.

6.3 El desarrollo jurisprudencial de la consulta previa en el Perú¹⁰¹

Desde la sentencia dictada en el caso Cordilla Escalera (TC 03343-2007-AA), el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el Convenio 169 de la OIT es un tratado de rango constitucional. Posteriormente, en la sentencia TC 00022-2009-PI, la cual recae en uno de los procesos de inconstitucionalidad presentados por el pueblo indígena Awajun de la Región San Martín, establece los principios, las etapas y demás reglas indispensables para la implementación del proceso de consulta, incluso más desarrollados que la ley vigente.

Entre los aportes de esta última sentencia está el haber precisado el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa. Según el TC este derecho importa “i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta” (f.j. 37). Añade que no forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.

En la sentencia 00022-2009-PI el Tribunal Constitucional establece que la omisión de ley de consulta no es pretexto para dejar de hacer consultas, toda vez que las normas del Convenio 169 de la OIT y los derechos de rango constitucional que ella contiene despliegan efectos normativos sin necesidad de disposiciones legislativas o reglamentarias. En otras palabras, la exigibilidad y la vigencia de la consulta previa no pueden estar condicionadas a la existencia de una ley de consulta (intermediación legislativa).

La segunda sentencia relevante es la 05427-2009-AC, relacionada a un caso de omisión normativa. En su decisión el TC concluyó que las normas demandadas constituyen un desarrollo parcial, y que en el mejor de los casos desarrollan los denominados talleres informativos y no procesos de consulta reales.

Sin embargo, la importancia de esta sentencia descansa en el hecho que en el fundamento jurídico 60, el TC hace una síntesis de las reglas desarrolladas en la STC 00022-2009PI, y que, según estima, condensa las obligaciones que se derivan directamente del Convenio 169 en lo relativo a la regulación normativa del derecho a la consulta:

- a. La observancia del principio de buena fe. Al respecto, este Tribunal ha señalado que a través de este principio se busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado o interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte. En tal sentido, ha precisado que dicho principio debe ser observado en las tres etapas del proceso de consulta, a saber: i) la determinación de la afectación directa; ii) la

¹⁰¹ Para una visión panorámica de la jurisprudencia del TC se puede consultar nuestro artículo “Balance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derecho a la Consulta Previa”, Documento de Trabajo N° 56, publicado en el portal de Justicia Viva del Instituto de Defensa Legal, 6 de octubre del 2011.

- consulta en sentido estricto; y iii) la implementación de la medida (**STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 27**)
- b. La flexibilidad. Es decir, la consulta debe ser llevada a cabo de manera “apropiada a las circunstancias”, razón por la cual debe tomarse en cuenta la diversidad de los pueblos indígenas y sus costumbres (**STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 31**)
- c. El objetivo de alcanzar un acuerdo. Debiendo entenderse que la finalidad de la consulta no se circunscribe o limita a obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas, sino que también debe prestarse atención al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria correspondiente (**STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 33**)
- d. La transparencia. En tal sentido, es importante que se ponga a disposición de los pueblos indígenas toda la información concerniente a las consecuencias de las medidas que vayan a adoptarse, sean éstas positivas o negativas. De igual forma, deberá informarse acerca de la metodología que se empleará para llevar a cabo la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. Finalmente, será necesario evaluar la necesidad de traducir la documentación relevante a efectos de garantizar su debida comprensión por parte de la población involucrada (**STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 35**)
- e. La implementación previa del proceso de consulta. Con ello, se busca garantizar la expectativa de influencia de los pueblos indígenas sobre la elaboración de las medidas que puedan afectarlos, si bien esto puede admitir cierta excepciones a la luz de los hechos concretos (**STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 36**)
- f. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta importa: i) el acceso a la consulta; ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. En tal sentido, no forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa, ni la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta (**STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 37**)
- g. Por último, cabe señalar que este Tribunal ha brindado ya algunas pautas en relación a las etapas en que debe estructurarse la consulta para cumplir con las finalidades propuestas, y en ese sentido, ha sugerido la conformación de la siguiente secuencia fáctica:
- En primer lugar, el inicio del proceso debe ser la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede afectar directamente a

un pueblo indígena, tarea que debe ser realizada por la entidad que está desarrollando la medida

- En segundo lugar, se deben determinar todos los pueblos indígenas que pueden ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.
 - En tercer lugar, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto a la medida a implementar, tras lo cual se pasará a la etapa de negociación propiamente dicha.
 - En cuarto lugar, si el pueblo indígena involucrado se encuentra de acuerdo con la medida consultada, entonces concluye la etapa de negociación.
- h. De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta, precluye la primera etapa de negociación, con lo cual se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe desacuerdo. En este punto, la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, sólo entonces el Estado podrá implementar la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo afectado (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 41)”.

6.4 El desarrollo normativo de la obligación del Estado de obtener el consentimiento en determinados casos

En el Perú, el Art. 16 del Convenio 169 de la OIT en la parte que reconoce la obligación de obtener el consentimiento, debe ser interpretado de conformidad con los Arts. 7, 8 y 9 de la Ley N° 28223, más conocida como Ley sobre los desplazamientos internos. Según el Art. 7, inciso 1, “Todo ser humano tiene derecho a la protección contra desplazamientos arbitrarios que le alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual”. En el inciso 2 letra “c” del mismo se precisa que la prohibición de los desplazamientos arbitrarios incluye los desplazamientos: “En casos de proyectos de desarrollo en gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial”.

El Art. 8 inciso 1 de la norma mencionada, exige la realización del test de ponderación a través del principio de proporcionalidad. Según este “antes de decidir el desplazamiento de personas, las autoridades competentes se asegurarán que se han estudiado todas las alternativas viables para evitarlo. Cuando no quede ninguna alternativa, se tomarán todas las medidas necesarias para minimizar el desplazamiento y sus efectos adversos”.

En el caso de pueblos indígenas, el Art. 9 estableció la obligación especial del Estado de proteger a los pueblos indígenas contra los desplazamientos forzados. Según esta norma “el Estado tiene la obligación de tomar medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas andinos, nativos de etnias en la Amazonía, minorías campesinas y otros grupos que tengan una dependencia especial con su tierra o un apego particular a la misma”.

Un segundo supuesto de consentimiento en normas de rango constitucional es cuando el Estado prevé adoptar “medidas especiales”, el cual está establecido en el Art. 4 del Convenio 169 de la OIT. Aunque no existe una mención literal del derecho, la interpretación holística del texto permite afirmar que en ese caso hay un supuesto de consentimiento también.

a) Nivel legislativo

Un supuesto de desarrollo legislativo es el contenido en el Art. 23 de la Ley N° 26839. Esta norma reconoció la importancia y el valor de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas, para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. A continuación señala que “se reconoce la necesidad de proteger estos conocimientos y establecer mecanismos para promover su utilización con el consentimiento informado de dichas comunidades, garantizando la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización” (énfasis propio)¹⁰².

b) Nivel reglamentario

A nivel reglamentario en Perú se estableció la obligación de consentimiento en los casos de creación de Áreas Nacionales Protegidas, en el Art. 43.2 del Reglamento de la Ley de áreas Naturales Protegidas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 038-2001-AG. Esta norma define que:

[...] 2. Se pueden establecer Áreas Naturales Protegidas o categorizarlas definitivamente sobre predios de propiedad comunal, si es que se cuenta con el consentimiento previo dado libremente y con pleno conocimiento de causa de los propietarios de los mismos, cuyos derechos fundamentales se reconocen explícitamente en el dispositivo de creación. En todo caso es aplicable lo establecido en el Artículo II del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales - Decreto Legislativo N° 613 (énfasis propio).

Esta norma ha tenido un desarrollo más específico en los “Lineamientos para la evaluación de expedientes para el establecimiento de ACR”, aprobado mediante R. P. N° 205-2010-SERNANP. Esta norma contempla dos disposiciones, que desarrollan el derecho al consentimiento para el caso de Áreas de Conservación Regional (ítems 7.2.d. y 7.5.b).

El segundo supuesto desarrollado reglamentariamente donde se exige consentimiento, es ante proyectos que impliquen el almacenamiento o eliminación de materiales

¹⁰² Resaltado por fuera del texto original.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
30 de septiembre de 2015

peligrosos en sus territorios. El primer fundamento normativo de esta exigencia fue el Art. 29.2 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas¹⁰³. Esta obligación se volvió vinculante¹⁰⁴ en Perú con la séptima disposición final del Decreto Supremo 001-20012-MC. Según esta norma

El Estado brinda las garantías establecidas por Ley y por la Constitución Política del Perú a la propiedad comunal. El Estado, en el marco de su obligación de proteger el derecho de los pueblos indígenas a la tierra, establecido en la Parte II del Convenio 169 de la OIT, así como al uso de los recursos naturales que les corresponden conforme a Ley, adopta las siguientes medidas:

[...] b) No se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas, debiendo asegurarse que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos (énfasis propio).

La jurisprudencia nacional también ha jugado un papel fundamental en el reconocimiento del derecho al consentimiento. La sentencia del TC 03343-2007-AA desarrolló la obligación del Estado de obtener el consentimiento, siguiendo la tendencia marcada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El segundo pronunciamiento de reconocimiento del derecho a la consulta fue realizado por la Corte Suprema¹⁰⁵. En el expediente N° 2232-2012¹⁰⁶, la sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, estableció que “Por otro aspecto, la finalidad de la consulta es obtener un acuerdo, consenso, y en casos específicos obtener el consentimiento (La Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene señalado que en algunos casos la consulta previa no es suficiente, además se requiere la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos en toda decisión que les pueda afectar, modificar, perjudicar los derechos de propiedad indígenas) (énfasis propio).”

Ambas sentencias, tanto la expedida por el TC como la expedida por la Corte Suprema, incluyen en sede nacional lo precisado por la Corte IDH en el caso Saramaka. En buena cuenta, tales pronunciamientos reiteran y le recuerdan al Estado peruano, la existencia de la consulta previa, implementado en el derecho nacional el derecho internacional de los derechos humanos.

¹⁰³ María Clara Galvis, Amicus Curiae presentado en el *Caso Majes Siguan II* por la Fundación del Debido Proceso.

¹⁰⁴ El TC ha señalado en la sentencia 00022-2009-PI que la DNUDPI no es vinculante en sentido estricto.

¹⁰⁵ Ver *Código Procesal Constitucional*, aprobado por Ley 28237, Art 82.

¹⁰⁶ Ver sentencia: Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de la República, sentencia AP No 2232-2012, Lima, ver: Poder Judicial del Perú <<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3281fc0040b6a3268819c9726e1ea793/Sentencia+A.P.N%C2%B0+2232-2012+LIMA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3281fc0040b6a3268819c9726e1ea793>>.

7. La Consulta Previa en Canadá: el deber de consulta y la negociación entre el Gobierno con los pueblos Aborígenes de Canadá

Como tercer ejemplo de experiencias en torno a la consulta previa, el caso de Canadá es importante pues su enfoque es el deber de consulta con el fin de incorporar y acomodar las necesidades especiales de los Pueblos Aborígenes. El proceso de decisión es complejo e involucra la participación de distintas entidades del gobierno federal y provincial, así como del sector privado¹⁰⁷.

La decisión más relevante sobre el deber de consulta es el *caso Haida Nation*¹⁰⁸, decidido por la Corte Suprema de Justicia de Canadá en el 2004. En este caso, la Corte Suprema determinó que la Corona¹⁰⁹ tiene un deber de consultar con los Pueblos Aborígenes, incluso en los casos que estos no hayan sido reconocidos por ley, por tratados o por los tribunales. En este sentido, la Corte concluyó que el Gobierno no puede determinar de forma independiente cuáles son las necesidades y aspiraciones de estos pueblos. El Gobierno tiene una relación fiduciaria (*fiduciary relationship*) con los Pueblos Aborígenes de Canadá, basada en la historia y pasado colonialista del país.

La Corte Suprema de Justicia, coincidiendo con estándares aplicables por otros tribunales, precisa que la obligación de consulta no puede limitarse a meramente informar sobre la medida al Pueblo Aborigen afectado. En este sentido, la obligación de consulta implica sostener discusiones abiertas para que la voz del Pueblo Aborigen sea escuchada pero, más importante, para que este proceso sea llevado a cabo con una mente abierta. Esta predisposición es importante para poder acomodar las necesidades particulares del Pueblo Aborigen, así como un medio para poder concretar los medios para hacerlos efectivos¹¹⁰.

En estas decisiones, la Corte Suprema ha determinado que el deber de consulta se basa en el honor de la Corona y de la relación especial que el Gobierno Federal tiene con los Pueblos Aborígenes, de acuerdo a lo señalado en la sección 35 de la Constitución de 1982¹¹¹, estableciendo una protección constitucional mediante su jurisprudencia.

Este deber de consulta no tiene como fin remediar los errores cometidos en el pasado colonial canadiense, sino que es vista como un medio para evitar que esto vuelva a ocurrir. Mediante el proceso de consulta, se espera que un proyecto determinado no proceda por la voluntad unilateral de una de las partes pero que sea realizada por consentimiento mutuo. Es importante notar que el deber de consulta no le concede a los

¹⁰⁷ Sébastien Grammond, *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law* (Toronto: Carswells for Thomson Reuters Canada, 2013), págs. 321-322.

¹⁰⁸ *Haida Nation v British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 SCR 511, 2004 SCC 73.

¹⁰⁹ Dado que Canadá es parte del Commonwealth el término Corona (Crown) es utilizado para identificar los deberes y potestades del Estado, de acuerdo a la Constitución de 1982. La traducción funcional del término Corona sería “Estado”.

¹¹⁰ *Beckman v Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 SCR 103; *Taku River Tlingit First Nation v British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] 3 SCR 550, 2004 SCC 74.

¹¹¹ Department of Aboriginal Affairs and Northern Development Canada, *Aboriginal Consultation and Accommodation - Updated Guidelines for Federal Officials to Fulfill the Duty to Consult* (Ottawa: Minister of the Department of Aboriginal Affairs and Northern Development Canada, 2011).

Pueblos Aborígenes un derecho a veto sobre un proyecto, sino que constituye en una oportunidad para negociar sus términos con el Gobierno Federal, de forma abierta y sin restricciones, con el fin de alcanzar un acuerdo satisfactorio entre las partes.

Con respecto a las materias que deben ser consultados, el Gobierno Federal y los gobiernos provinciales están obligados a consultar casos en que obligaciones legales o contractuales puedan afectar a los Pueblos Aborígenes, así como políticas públicas que los puedan afectar y aquellas materias en las que el *Common Law* exige una consulta, tales como proyectos extractivos en territorios que tienen una significancia histórica o religiosa para los Pueblos¹¹².

8. El caso africano: una mirada a las experiencias de consulta previa

El caso africano es relevante para el estudio sobre la consulta previa pues, si bien únicamente la República Centrafricana ha ratificado el Convenio 169 de la OIT¹¹³ y la República del Congo es el único país en tener una ley específica sobre la consulta previa¹¹⁴, esto no ha impedido el desarrollo de experiencias nacionales en torno a esta materia. Como se estableció al inicio del presente *amicus*, esto demuestra el distinto ámbito de aplicación y respeto de los derechos de los pueblos indígenas. Cabe destacar que todos los países africanos votaron a favor de la adopción de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En el caso de la **República del Congo**, la Ley No. 05-2011 establece que se debe consultar las medidas legales y administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas del país. Un aspecto interesante de la ley es que incorpora gran parte de los principios de una consulta previa, libre e informada en la Declaración de la ONU y establece específicamente en su Art. 3 que se debe asegurar la participación de hombres y mujeres. Este es un elemento importante y que no ha sido objeto de un mayor desarrollo jurisprudencial en aspectos de consulta, que es lo relativo a la equidad de género.

Otro aspecto positivo en esta ley es el Art. 15, el cual establece la participación de los pueblos indígenas en los beneficios resultantes del uso y explotación de su conocimiento tradicional y herencia cultural. Finalmente, el Art. 33 de la ley establece el derecho de los pueblos indígenas de definir las estrategias y prioridades para su desarrollo. Cabe destacar que hasta la fecha no se ha realizado ninguna consulta en este

¹¹² Canadian Environmental Assessment Agency, *Aboriginal Consultation in Federal Environmental Assessment*, online: Canadian Environmental Assessment Agency (2014), online: CEEA <<https://www.ceaa-acee.gc.ca/default.asp?lang=en&n=ED06FC83-1>>.

¹¹³ La República Centrafricana ratificó el Convenio 169 de la OIT en agosto de 2010, entrando en vigor el 11 de agosto de 2011. Desde esa fecha, se ha venido trabajando en una ley de implementación del tratado pero el conflicto interno en dicho país ha demorado el proceso de debate.

¹¹⁴ Ver: *On the Promotion and Protection of Indigenous Populations* (25 February 2011) Act No 5-2011, Republic of Congo, online: IWGIA <http://www.iwgia.org/iwgia_files_news_files/0368_Congolese_Legislation_on_Indigenous_Peoples.pdf>.

país, pero el marco jurídico existe para que las comunidades beneficiadas por la ley puedan realizar consultas¹¹⁵.

Si bien no hay en el continente africano ejemplos variados de leyes sobre pueblos indígenas, existe una serie de disposiciones que reconocen la consulta previa como un requerimiento, especialmente frente a proyectos extractivos. En el caso de **Cameron**, la ley forestal de 1994 establece la obligación de consultar con las comunidades locales, indígenas o no, sobre el uso y explotación de los recursos naturales¹¹⁶. En el caso de la **República Democrática del Congo**, la normativa nacional establece a las empresas del sector extractivo la obligación de consultar previamente con las comunidades y hacerlas partícipes de los beneficios de dicha actividad económica¹¹⁷. Además, en el Código Forestal de 2002, se establece que las comunidades locales (término usado para identificar los grupos que puedan ser afectados por la actividad económica), deben participar en todo el proceso, incluyendo los planes de mitigación forestal¹¹⁸.

En **Mozambique**¹¹⁹, de forma similar a los otros ejemplos demostrados, la legislación se centra en la concesión o aprobación de actividades extractivas en el territorio de comunidades locales. Se destaca el reconocimiento a la participación de la mujer en estos procesos y que estas comunidades deben ser consultadas previamente antes del uso de su tierra por terceros. Si bien las consultas son obligatorias y procura obtener un acuerdo mutuo, la decisión de la comunidad no constituye un veto. En el caso de **África del Sur**, la ausencia de una legislación específica no ha impedido que la Corte Constitucional establezca que el territorio tradicional ocupado y utilizado por los pueblos indígenas comprende los minerales en el subsuelo y están regulados por su derecho tradicional¹²⁰.

9. Australia y Nueva Zelanda: Legislación sobre consulta y reconocimiento del derecho al veto para casos excepcionales

El caso de **Australia** es importante pues desde la adopción del *Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act* de 1976 se reconoce a los pueblos aborígenes del *Northern Territory* derechos comunales para el control de su tierra. El *Northern Land Council*

¹¹⁵ Ver: International Work Group for Indian Affairs, *The Indigenous World 2012* (Copenhague: IWG, 2012), pág. 469.

¹¹⁶ Ver: Cameron (20 janvier 1994) Loi No 94/01, portant régime des forêts, de la faune et de la pêche, sección 8.

¹¹⁷ Ver: “DRC reaffirms its commitment to Free, Prior and Informed Consent (FPIC)” *Forest Peoples Programme* (23 July 2012), online: Forest Peoples Programme <<http://www.forestpeoples.org/topics/redd-and-related-initiatives/news/2012/07/drc-reaffirms-its-commitment-free-prior-and-informe>>.

¹¹⁸ Ver: John Nelson, Patrick Kipalu & Stéphanie Vig, “The Forest Dialogue Field Dialogue on Free, Prior and Informed Consent” (2012), online: The REDD Desk <http://theredddesk.org/sites/default/files/resources/pdf/2012/drc_field_dialogue.pdf>.

¹¹⁹ Ver: “Mozambique’s Land Law” en Rachael S Knight, *Statutory recognition of customary land rights in Africa: An investigation into best practices for law making and implementation* (FAO: Roma, 2010), online: FAO <<http://www.fao.org/docrep/013/i1945e/i1945e02.pdf>>.

¹²⁰ Corte Constitucional de África del Sur, *Alexkor Ltd and the Republic of South Africa v The Richtersveld Community and Others*, (CCT19/03) [2003] ZACC 18, 2004 (5) SA 460 (CC), 2003 (12) BCLR 1301 (CC) CCT 19/03, para. 64.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
30 de septiembre de 2015

aplica el principio de consulta previa, libre e informada al negociar en representación de los pueblos aborígenes con compañías interesadas en desarrollar proyectos de explotación de dichos territorios, de acuerdo a lo establecido en el Native Title Act de 1993 y la ley ya mencionada de 1976¹²¹. Esta normativa permite, excepcionalmente, la aplicación y el derecho de veto sobre un proyecto específico. Sin embargo, este es únicamente aplicable a los Pueblos Aborígenes del Northern Territory y en circunstancias especiales¹²².

En este contexto, el principal elemento de la consulta previa en Australia es la negociación de buena fe. El caso *Mabo v. Queensland (No. 2)*¹²³, fue el primer caso en reconocer títulos de pueblos nativos en Australia, basándose en su uso tradicional e histórico. En este caso, la Corte rechazó caracterizar la relación entre la Corona y los aborígenes australianos como fiduciaria. En el caso *Brownley v. Western Australia*¹²⁴, la Corte Federal determinó que negociar de buena fe implica tener una mente abierta, disposición para escuchar y disposición para llegar a un acuerdo que permita la aceptación por parte de los titulares del territorio aborígen.

Sobre esta base, el *Native Title Act* de 1993¹²⁵ concede el derecho a los Pueblos Aborígenes, con títulos sobre sus territorios, a negociar directamente con empresas mineras que pretendan desarrollar actividades económicas en su territorio. En el caso que no haya ningún acuerdo luego de 6 meses de negociación, el caso puede ser remitido para un arbitraje ante el *National Native Title Tribunal*. De acuerdo con la Comisión Australiana de Derechos Humanos, la consulta establecida en la ley de 1993 y sus posteriores modificaciones, debe ser realizada de forma libre, previa e informada¹²⁶.

En el caso de **Nueva Zelanda**, el aspecto más relevante de su marco normativo es que el *Crown Mineral Acts* de 1991 reconoce al pueblo Maori un veto absoluto sobre las actividades extractivas en su territorio, excepto aquellas que tengan un impacto mínimo. Sin embargo, cabe destacar que esta relación especial del Gobierno de Nueva Zelanda con el pueblo Maori data de 1840, fecha de adopción del Tratado de Waitangi que reconoce derechos y medios de protección a este pueblo. Este tratado, al no ser reconocido por el derecho interno, no constituye una fuente de derechos¹²⁷. Sin

¹²¹ Ver: Howard David Smith, “Informed consent in Australia’s Northern Territory” (2012) NorthernLand Council, presented at the IAIA 12 Conference Proceedings, online: IAIA <<https://www.iaia.org/conferences/iaia12/uploadpapers/Final%20papers%20review%20process/Smith,%20Howard.%20%20Informed%20consent%20in%20Australia's%20Northern%20Territory.pdf?AspxAutoDetectCookieSupport=1>>.

¹²² Ver: Philip Oxhorn & Susan Dodsworth, “The Challenge of Sustainable Resource Development in Indigenous Communities” (2013) Institute for the Study of Intentional Development, online: McGill <https://www.mcgill.ca/isid/files/isid/pb_2013_01_oxhorn.pdf> [Oxhorn].

¹²³ Ver: High Court of Australia, *Mabo v Queensland (No 2)* (1992) 175 CLR 1.

¹²⁴ Ver: Federal Court of Australia, *Brownley v Western Australia* [1999] FCA 1139 (19 August 1999).

¹²⁵ Ver: *Native Title Act*, Act No 110 of 1993 (Received assent on 24 December 1993).

¹²⁶ Australian Human Rights Commission, *Native Title Report 2010* (2010), online: Australian Human Rights Commission <<https://www.humanrights.gov.au/publications/native---title---report---2010---chapter---3---consultation---cooperation---and---free---prior---and---informed>>.

¹²⁷ Ver: Fleur Adcock, “‘Relationship Matters’: Constitutional Protection of Indigenous Rights in Aotearoa New Zealand” (2013), online: Australian National University

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
30 de septiembre de 2015

embargo, la política de desarrollo económico Maori¹²⁸ se basa en algunos principios establecidos en aquél tratado: el principio de protección activa, el derecho a la auto-regulación, el derecho a compensación por violaciones pasadas y el deber de consulta¹²⁹.

<http://asiapacific.anu.edu.au/regarding---rights/2013/05/31/relationship---matters---constitutional---protection---of---indigenous---rights---in---aotearoa---new---zealand/#_ftnref3>.

¹²⁸ Ver: Maori Economic Development Panel, “Action Plan 2012-2017” (2012), online: Maori Party <<http://maoriparty.org/wp---content/uploads/2013/12/MEDP---ActionPlan.pdf>>.

¹²⁹ Oxhorn & Dodsworth, *supra* note 121, pág. 20.

Tercera parte:
Estándares Internacionales en Transgénicos, Pueblos Indígenas y Consulta Previa

10. Las Naciones Unidas, los Pueblos Indígenas y Transgénicos

Si bien la decisión de permitir el uso de transgénicos es una decisión del Gobierno Nacional¹³⁰, los estándares internacionales establecen prerrogativas especiales para asegurar que las comunidades locales y pequeños agricultores puedan participar en este proceso de decisión. En el caso de los pueblos indígenas, esta participación comprende la realización de un proceso de consulta previa, libre e informada¹³¹.

La ONU reconoce que el uso de transgénicos puede ser uno de los medios para hacer frente a la pobreza y la salud de las personas en países en vías de desarrollo. Sin embargo, esta organización también reconoce la preocupación de los pueblos indígenas respecto del uso de transgénicos dentro o cerca a sus territorios. Sobre este punto, se puede identificar la existencia de una obligación de los Estados de asegurar la participación de los pueblos indígenas con respecto al uso de transgénicos y/o alimentos genéticamente modificados.

Sin embargo, en el caso del uso de transgénicos en territorios indígena sin que se haya llevado a cabo un proceso de consulta previa, libre e informada, tiene como consecuencia la pérdida de la diversidad genética, afectando el conocimiento tradicional y cultura indígena. Además, esta diversidad genética puede afectar la seguridad alimentaria de los pueblos indígenas.¹³²

En este contexto, el Convenio 169 establece la necesidad de adoptar medidas de protección para que los pueblos indígenas preserven su economía y actividades tradicionales para alimentación y subsistencia sean reconocidas como factores importantes para preservar su cultura, desarrollo y auto-subsistencia económica.¹³³ Este uso de transgénicos puede afectar sus derechos a la cultura y uso del territorio, reconocidos en el Convenio 169, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹³⁰ No existe una posición homogénea sobre el uso de los transgénicos pues esto depende de la voluntad de varios países. Si bien el objeto de este amicus no es argumentar una posición favorable o contraria a los transgénicos, cabe destacar que el Perú estableció una moratoria de 10 años para el uso de transgénicos. Alemania ha establecido una serie de restricciones en el uso de semillas genéticamente modificadas y países como Japón, Francia, Egipto y Rusia han establecido restricciones temporales en su uso. Al respecto, ver: <https://www.organicconsumers.org/news/peru-bans-genetically-modified-foods-us-lags>

¹³¹ Ver: Mary E. Footer, “Agricultural Biotechnology, Food Security and Human Rights” en: Francesco Francioni & Tullio Scovazzi, eds, *Biotechnology and International Law* (London: Hart Publishing, 2006), págs. 257-284

¹³² Miguel Altieri, “The sociocultural and food security impacts of genetic pollution via transgenic crops of traditional varieties in Latin American Centers of Peasant Agriculture” (2003) 23 *Bulletin of Science, Technology & Society* 1.

¹³³ Ver: A. M. Dussias, (2010) “Spirit Food and Sovereignty: Pathways for Protecting Indigenous People’s Subsistence Rights” (2010) 58:2 *Cleveland State Law Review* 273, pág. 302.

Al respecto, el principal derecho que se puede hacer alusión es con relación al derecho a la alimentación, reconocido en el Art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sobre este punto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, ha establecido en su Comentario General No. 12 que este derecho comprende el reconocimiento de valores culturales vinculados con la comida y sus patrones de consumo¹³⁴. En el caso de los pueblos indígenas, se reconoce el deber especial de protección del Estado para asegurar este derecho pues intrínsecamente reconoce la situación de vulnerabilidad en la que los pueblos indígenas se pueden encontrar.¹³⁵

Como complemento a este reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas, el Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación ha reiterado la importancia del deber especial de protección de los Estados hacia los pueblos indígenas en el contexto de procesos de expansión agroindustrial y el uso de transgénicos. En este sentido, precisó lo siguiente¹³⁶:

33. (...) Se debe impedir que los terceros desplacen a los pueblos indígenas de sus tierras y recursos. Cuando un gobierno otorga una concesión a una empresa para explotar recursos en tierras indígenas, debe respetar el principio del consentimiento previo, informado y libre de los pueblos indígenas, para asegurarse de que éstos estén de acuerdo con la explotación de sus recursos, se beneficien de esa explotación y su seguridad alimentaria no corra peligro. Esto exige también que se mitiguen los costos humanos y ecológicos de los proyectos nocivos para el medio ambiente, como la extracción de oro, para evitar que se destruyan o envenenen los alimentos tradicionales, el agua y otros recursos necesarios para la subsistencia¹³⁷.

Un elemento importante de este informe es la referencia a terceros y su obligación de proteger a los pueblos indígenas. Si bien el enfoque clásico de los derechos humanos es que la protección de los derechos humanos recae en el Estado, este informe reconoce el papel que pueden tener los actores privados en la afectación de los derechos de los pueblos indígenas mediante el uso de transgénicos en territorios indígenas o en zonas próximas.

De forma complementaria, se debe tener en cuenta que la FAO ha adoptado un conjunto de Directrices para asegurar el ejercicio y realización del derecho a la alimentación¹³⁸. Con respecto a los pueblos indígenas, estas Directrices establecen la

¹³⁴ CESCR, *General Comment No.12 The right to adequate food (Article 11)*, 20th Sess, E/C/12/1999/5, (1999), paras. 11 y 13: [CESCR General Comment No.12 The Right to Adequate Food](#)

¹³⁵ *Ibid*, para. 13.

¹³⁶ Ver: Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación, *El derecho a la Alimentación*, Res A/60/350, GA, 60th Sess, (2005), A/60/350.

¹³⁷ *Ibid*, para. 33.

¹³⁸ Ver: FAO, *Directrices Voluntarias en Apoyo de la Realización Progresiva del Derecho a una Alimentación Adecuada en el contexto de la Seguridad Alimentaria Nacional* (Roma: FAO, 2005).

necesidad de que los Estados aseguren la protección de los conocimientos tradicionales y la participación de los pueblos indígenas para la protección de los recursos genéticos¹³⁹:

Recursos genéticos para la alimentación y la agricultura.

8.12 Los Estados, teniendo en cuenta la importancia de la biodiversidad, y de conformidad con sus obligaciones en virtud de los acuerdos internacionales pertinentes, deberían estudiar políticas, instrumentos jurídicos y mecanismos de apoyo concretos a escala nacional para impedir la erosión y asegurar la conservación y la utilización sostenible de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura, y en particular, en su caso, para proteger los conocimientos tradicionales pertinentes y la participación equitativa en el reparto de los beneficios derivados de la utilización de dichos recursos, alentando, en su caso, la participación de las comunidades y los agricultores locales e indígenas en la adopción de decisiones nacionales sobre asuntos relacionados con la conservación y la utilización sostenible de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura.

En este sentido, se puede establecer que distintos órganos de la ONU reconocen el impacto potencial que el uso de transgénicos puede tener en la cultura, economía y los medios de subsistencia de los pueblos indígenas. Dado el efecto que puede tener el uso de transgénicos para la biodiversidad, la ONU considera que este mecanismo de participación de pueblos indígenas se aplica no solo en los territorios indígenas propiamente tal, sino que debe ser extendido a una zona de influencia por el uso de transgénicos.

Uno de las principales preocupaciones es la deforestación para la expansión de proyectos agroindustriales, pues sus efectos van más allá de la zona de los cultivos¹⁴⁰. Por ejemplo, un estudio en el Chaco del Paraguay demostró que el otorgamiento de licencias para agroindustria llevó a que entre el período 1972-2001 se dieran un 20% de deforestación de esta zona del país¹⁴¹. Esto no solo afecta la biodiversidad sino los medios de subsistencia de los pueblos indígenas y comunidades locales.

En el contexto de los pueblos indígenas, adicionalmente se debe reconocer el riesgo asociado con el uso de transgénicos hacia los grupos vulnerables y campesinos. La mayoría de los transgénicos empleados tienden a ser resistentes a las plagas pero cuyo uso no beneficia a agricultores y pueblos indígenas que utilizan medios tradicionales

progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional

¹³⁹ *Ibid*, pág. 20.

¹⁴⁰ Ver: Ricardo Godoy, Victoria Reyes-García, Elizabeth Byron, *et. al.* “The effect of Market Economies on the Well-Being of Indigenous Peoples and on their Use of Renewable Natural Resources” (2005) 34 Annual Review of Anthropology, pags. 121-138.

¹⁴¹ Ver: Ricardo Grau, Ignacio Gasparri & Mitchell Aide, “Agriculture expansion and deforestation in seasonally dry forests of north-west Argentina” (2005) 32:2 Environmental Conservation pags.140-148.

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
30 de septiembre de 2015

para la plantación y cosecha, dado que no dependen del uso de pesticidas para su agricultura de subsistencia¹⁴².

Los estándares internacionales sobre el uso de transgénicos en territorios de pueblos indígenas demuestran la necesidad de realizar procesos de consulta. A pesar de no contarse con una amplia jurisprudencia sobre la materia, se puede destacar que decisiones sobre la materia se han centrado en reclamos por empresas para patentar plantas y genomas, las cuales han sido rechazadas por tribunales¹⁴³.

Un problema que se debe identificar es la ausencia de una jurisprudencia comparada sobre esta materia. Esto obedece al hecho que gran parte de estos casos son resueltos extrajudicialmente o el hecho de que los pueblos indígenas puedan litigar contra multinacional es oneroso e imposible de ser afrontado¹⁴⁴. Es por este motivo que estos casos ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación constituyen una oportunidad única para establecer un marco jurisprudencial sobre la consulta previa y para establecer lineamientos sobre la consulta y el uso de transgénicos en territorios o zonas de influencia indígena.

¹⁴² Ver: N.D. Kingsbury, N.D. “Impacts of land use and cultural change in a fragile environment: indigenous acculturation and deforestation in Kavanayen, Gran Sabana, Venezuela” (2001) 26:8 *Interciencia*: págs.327-336.

¹⁴³ Ver: Corte Suprema de Justicia de Canadá, *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, [2004] 1 S.C.R. 902, 2004 SCC 34;

¹⁴⁴ Al respecto, ver: Center for Food Safety, *Monsanto v. U.S. Farmers* (Washington: Center for Food Safety, 2005).

Conclusiones

Teniendo en cuenta lo expuesto en el presente *amicus curiae*, respetuosamente hacemos un llamado para que la honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación, tenga en cuenta el desarrollo internacional y comparado que se ha dado al derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. En particular, observamos que la autorización de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación otorgada a la empresa Monsanto Comercial S. A. de C. V. para la siembra de soya genéticamente modificada, constituye una medida administrativa que afecta a comunidades indígenas y que, por tanto, debió ser consultada. Basamos dicha afirmación en los estándares internacionales y comparados antes expuestos, cuyos principales alcances resumimos a continuación de cara al presente caso.

1. Una de las garantías fundamentales para el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, es el asegurar su participación en las decisiones relativas a medidas que les afecten a través del derecho a la consulta previa, libre e informada.
2. El derecho a la consulta previa, libre e informada es un derecho humano reconocido en instrumentos internacionales, como el Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre los Derechos. Igualmente, con base en las obligaciones estatales contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, la CIDH y la Corte IDH han desarrollado estándares jurisprudenciales sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas frente a medidas que afecten sus tierras, territorios y recursos naturales. Todos estos son instrumentos de obligatorio cumplimiento para el Estado mexicano, además de ser acordes con lo dispuesto en el artículo 1 y 2 de su Constitución.
3. En virtud al derecho a la consulta, los Estados tienen el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal forma que la consulta pueda llevarse a cabo efectivamente de conformidad con los estándares internacionales en la materia. La ausencia de legislación o la existencia de incongruencias en las normas existentes, de ningún modo libra al Estado del cumplimiento de una obligación internacional vigente.
4. En el asunto bajo análisis, la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, a través del Servicio Nacional de Sanidad, Inocuidad y Calidad Agroalimentaria, emitió una medida administrativa que autorizó a la empresa Monsanto Comercial S.A. de C.V. a sembrar soya genéticamente modificada, en municipios habitados por comunidades indígenas. La referida medida administrativa genera múltiples afectaciones a las comunidades indígenas en las zonas donde se permite su uso, entre las que destacan la afectación en el desarrollo de las prácticas tradicionales de

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
30 de septiembre de 2015

subsistencia, la deforestación, desertificación, contaminación afectaciones a la salud por uso masivo de plaguicida.

5. Dicha institución no cumplió con su deber de consultar a las comunidades indígenas afectadas de modo previo a la emisión del referido permiso. Por el contrario, de acuerdo a la información recibida, las comunidades tomaron conocimiento de la autorización mediante el comunicado de prensa No. 276/12, emitido el 6 de junio de 2012 por la SAGARPA.
6. Para ser compatible con el derecho internacional, los procesos de consulta deben cumplir con determinados requisitos, como realizarse de modo previo, libre, informado, culturalmente adecuado de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo. La “consulta pública” realizada a través de medios electrónicos, no cumple claramente con los parámetros internacionales y comparados del derecho a la consulta indígena ampliamente descritos en el presente *amicus*. Dicha “consulta pública” general a la que se refiere el Art. 33 de la *Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados*, no puede confundirse ni mucho menos equipararse al derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, el cual constituye un derecho colectivo cuyo ejercicio garantiza la protección de derechos fundamentales a la existencia y la libre determinación.

Con base en lo anterior, el Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad,, el **Centro de Análisis e Investigación-Fundar**, la Clínica de Derechos Humanos del Human Rights Research and Education Centre de la Universidad de Ottawa de Canadá, la Fundación para el Debido Proceso y el Instituto de Defensa Legal solicitamos a la SCJN lo siguiente:

- Declare la nulidad del acto administrativo por el que la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación autorizó a la empresa Monsanto Comercial S. A. de C. V. la siembra de 253,500 hectáreas de soya transgénica en cinco polígonos que se ubican en la Península de Yucatán, Chiapas y la Planicie Huasteca, sin haber realizado un proceso de consulta con las comunidades indígenas afectadas, y en particular con las comunidades del municipio de Hopelchén, Campeche, demandantes en el presente amparo; y aquellas representadas por las asociaciones de apicultores mayas, también accionantes de sendos juicios de amparo.
- Exhorte a la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación y demás instituciones estatales competentes que cualquier medida susceptible de afectar derechos de pueblos y comunidades indígenas en México sea previamente consultada con éstos, de conformidad con las obligaciones internacionales de México y sus normas constitucionales;

Amicus Curiae
“Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada”
30 de septiembre de 2015

- Incorpore en su jurisprudencia los estándares internacionales para la protección, ejercicio y goce de la consulta previa, libre e informada en beneficio de los pueblos indígenas.

- Asegure que los procesos de consulta previa, libre e informada que se lleven a cabo en México sean inclusivos, fomentando la participación de las mujeres indígenas y demás miembros de la comunidad.