

Nota técnica

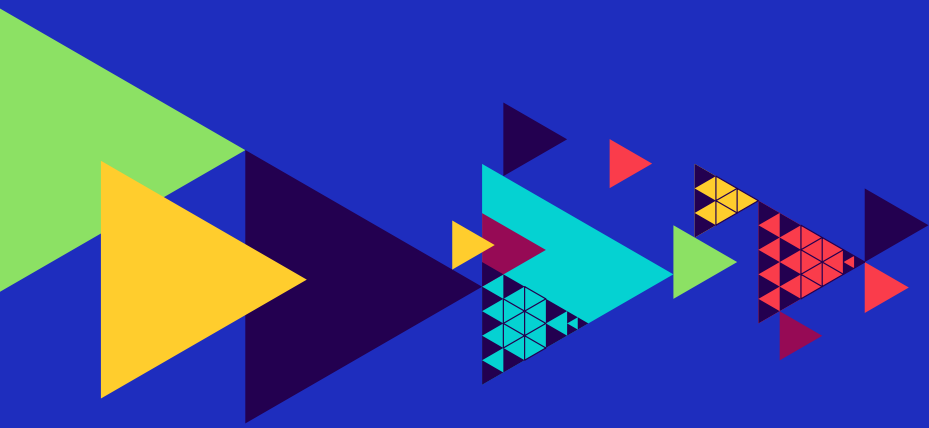
---

► **Perspectiva empresarial sobre la consulta  
previa del C169 en América Latina**

# Brasil

Septiembre, 2021





## Índice

---

<b>Introducción y objetivo</b>	<b>3</b>
Objetivo	3
Alcance del informe	3
Estructura y dimensiones a cubrir	3
<b>Resumen ejecutivo</b>	<b>4</b>
<b>1. Contexto</b>	<b>5</b>
Siglas y definiciones	5
Contexto	5
Marco regulatorio o normativa especial aplicable a pueblos indígenas y tribales	6
Marco institucional o institucionalidad del Estado para los pueblos indígenas	7
<b>2. Dimensión Regulatoria</b>	<b>8</b>
<b>3. Dimensión Operativa</b>	<b>14</b>
<b>4. Hallazgos en relación a nudos críticos, elementos positivos y lecciones aprendidas en la implementación de la Consulta Previa</b>	<b>16</b>
<b>5. Dimensión Judicial</b>	<b>18</b>
<b>6. Recomendaciones</b>	<b>19</b>
<b>Anexo. Entrevistas realizadas</b>	<b>20</b>

## Introducción y objetivo

### Objetivo

El objetivo es la realización de un estudio en Brasil en relación a la manera en la cual el Convenio 169 está siendo aplicado en lo relativo a las disposiciones relativas a la consulta previa a pueblos indígenas ('Consulta Previa' o 'CP'), de modo de (i) poner en evidencia experiencias positivas y negativas derivadas de la aplicación de las regulaciones dictadas para implementarla; (ii) ofrecer argumentos prácticos que las organizaciones de empleadores podrán utilizar en sus discusiones con otros actores sobre la correcta aplicación de las disposiciones relativas a la consulta previa del Convenio; y (iii) orientar a los tomadores de decisiones (legisladores, jueces y otros) sobre las consecuencias positivas que se tienen cuando se logra una aplicación virtuosa de las regulaciones relativas a la Consulta Previa, así como alertar sobre las consecuencias negativas de una mala práctica de aplicación (incluyendo el establecimiento o ausencia de regulaciones, instituciones y sentencias judiciales que afectan el desarrollo de los proyectos productivos).



El objetivo es la realización de un estudio en Brasil en relación a la manera en la cual el Convenio 169 está siendo aplicado en lo relativo a las disposiciones relativas a la consulta previa a pueblos indígenas ('Consulta Previa' o 'CP') [...].

### Alcance del informe

Este informe se circunscribe a la implementación de la Consulta Previa en relación a proyectos o iniciativas de inversión en Brasil.

### Estructura y dimensiones a cubrir

Para cada país el estudio tiene la siguiente estructura:

- ▶ **Contexto:** en que se describen aquellos aspectos de la organización del Estado que son indispensables para contextualizar y explicar adecuadamente la implementación de la Consulta Previa, incluyendo la normativa especial aplicable a pueblos indígenas y tribales y la institucionalidad del Estado para los pueblos indígenas.
- ▶ **Dimensión regulatoria:** en que se describen y explican las regulaciones domésticas que cada Estado ha dictado para implementar la Consulta Previa.
- ▶ **Dimensión operativa:** en que se describen y explican los esfuerzos de cada país para implementar procesos de Consulta Previa, sea que cuenten o no con regulaciones domésticas para dicho efecto.
- ▶ **Dimensión judicial:** en que se describe y explica la interpretación que han hecho los tribunales ordinarios de justicia y otros órganos jurisdiccionales respecto a la regulación e implementación de procesos de la Consulta Previa.

El estudio contempla trabajo de gabinete y la realización de entrevistas a actores clave en relación a la implementación de la Consulta Previa en Brasil, en especial de actores empresariales.

## Resumen ejecutivo

El objetivo de este estudio es analizar la manera en la cual el Convenio 169 está siendo aplicado en Brasil en cuanto a las disposiciones relativas a la Consulta Previa, de modo de (i) poner en evidencia experiencias positivas y negativas derivadas de la aplicación de las regulaciones dictadas para implementarla; (ii) ofrecer argumentos prácticos que las organizaciones de empleadores podrán utilizar en sus discusiones con otros actores sobre la correcta aplicación de las disposiciones relativas a la consulta previa del Convenio; y (iii) orientar a los tomadores de decisiones (legisladores, jueces y otros) al respecto.

Brasil es una república federativa compuesta de 26 estados y un distrito federal. De acuerdo al último censo de población, la población indígena en Brasil es de 896.917 personas, lo que corresponde aproximadamente a un 0,47% por ciento de la población total del país. Un total de 305 etnias o grupos se auto-identifican como pueblos indígenas en Brasil, a los que se suman aproximadamente unas 4.000 comunidades quilombolas remanentes en todo el territorio de Brasil y a quienes se reconoce la calidad de pueblo tribal conforme al Convenio 169.

Brasil ratificó el Convenio 169 en el año 2002. En Brasil no se han dictado –ni a nivel federal ni estadual- normas específicas para reglamentar la Consulta Previa. Si bien no se han dictado normas específicas para reglamentar la Consulta Previa del Convenio 169, su aplicación es obligatoria y se ha insertado como una norma de derecho común y aplicación directa en Brasil. De este modo, los esfuerzos de implementación de la Consulta Previa se han insertado en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y del licenciamiento ambiental de proyectos de inversión que son susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas o comunidades quilombolas. Por otra parte, algunos pueblos indígenas y comunidades quilombolas han elaborado ‘protocolos autónomos’ para regular la forma en que desean que los procesos de Consulta Previa se desarrollen a su respecto.

Si bien no se ha identificado información oficial sobre los procesos de Consulta Previa en Brasil, los actores empresariales y otros actores entrevistados dan cuenta precisamente de las complejidades y desafíos que representan los esfuerzos de implementación de la Consulta Previa en el marco del licenciamiento ambiental de los proyectos de inversión. En ellos adquiere un rol crítico FUNAI, órgano oficial de la República Federativa de Brasil en materia indígena, cuya responsabilidad principal es proteger y promover los derechos de los pueblos indígenas en dicho país, así como de la Fundación Cultural Palmares que cumple un rol similar respecto a las comunidades quilombolas.

Entre los actores empresariales y otros actores entrevistados existen distintas miradas respecto a lo que ha sido la implementación de la Consulta Previa en Brasil. Si bien algunos destacan los esfuerzos de implementación de la Consulta Previa en el marco del licenciamiento ambiental de los proyectos de inversión, otros han subrayado que la falta de una reglamentación específica crea inseguridad jurídica para las empresas. Existe coincidencia, sin embargo, en la complejidad que reviste su implementación



Brasil ratificó el Convenio 169 en el año 2002. En Brasil no se han dictado –ni a nivel federal ni estadual- normas específicas para reglamentar la Consulta Previa. Si bien no se han dictado normas específicas para reglamentar la Consulta Previa del Convenio 169, su aplicación es obligatoria y se ha insertado como una norma de derecho común y aplicación directa en Brasil.

en el marco del licenciamiento ambiental y el rol crítico que en dicha complejidad tiene FUNAI, de lo cual da cuenta este informe al incluir una breve reseña del proceso de licenciamiento ambiental del proyecto ferroviario FICO y la implementación de un proceso de Consulta Previa en ese marco.

Por consiguiente, las recomendaciones que se formulan van dirigidas principalmente a identificar los aspectos susceptibles de mejora en las regulaciones actualmente vigentes (principalmente relativas al licenciamiento ambiental) a través de las cuales se está implementando la Consulta Previa. En caso que se decidiera avanzar hacia la dictación de una regulación específica de la Consulta Previa, la recomendación va dirigida a instar por una normativa que tome debidamente en consideración la diversidad territorial del país, considere la figura de los 'protocolos autónomos' y se vincule armónicamente con los procesos de licenciamiento ambiental. Se recomienda también la conformación de mesas de trabajo público-privadas para generar mayor claridad y cooperación sobre el desarrollo y ejecución de procesos de Consulta Previa en un contexto de ausencia de regulación específica, de implementación de procesos de Consulta Previa en el marco del licenciamiento ambiental y de la existencia de los mencionados protocolos autónomos. Asimismo, se recomienda fortalecer la gestión de FUNAI en el marco de dichos procesos de licenciamiento ambiental por la relevancia que tiene para el desarrollo de los procesos de Consulta Previa.

## 1. Contexto

### Siglas y definiciones

<b>Consulta Previa o CP</b>	Deber de consulta a pueblos indígenas que tienen los gobiernos cuando prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas.
<b>CNPI</b>	Consejo Nacional de Política Indigenista.
<b>CONAMA</b>	Consejo Nacional del Medio Ambiente.
<b>Convenio 169</b>	Convenio N°169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.
<b>Estatuto del Indio</b>	Ley N°6001 de 19 de diciembre de 1973 por la que se aprueba el estatuto del indio.
<b>FUNAI</b>	Fundación Nacional del Indio.
<b>Fundación Palmares</b>	Fundación Cultural Palmares.
<b>IBAMA</b>	Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de Recursos Naturales Renovables.
<b>OIT</b>	Organización Internacional del Trabajo.
<b>Protocolos Autónomos</b>	Protocolos que han elaborado autónomamente algunos pueblos indígenas, comunidades quilombolas y otras comunidades tradicionales para regular el desarrollo de procesos de Consulta Previa en sus comunidades.

### Contexto

Brasil es una República Federativa compuesta de 26 estados y el Distrito Federal en que se encuentra la capital federal, Brasilia. Por tanto, en tanto república federal existen regulaciones tanto a nivel nacional o federal como a nivel estadual.



Según el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística en base a información del Censo Demográfico del año 2010, la población indígena en Brasil es de 896.917 personas, lo que corresponde aproximadamente a un 0,47% por ciento de la población total del país.

De acuerdo a la información del mismo Instituto Brasileño de Geografía y Estadística, un total de 305 etnias o grupos se auto-identifican como pueblos indígenas en Brasil.

Por otra parte, a la fecha existirían aproximadamente 4.000 comunidades quilombolas remanentes en todo el territorio de Brasil.



De acuerdo a la información del mismo Instituto Brasileño de Geografía y Estadística, un total de 305 etnias o grupos se auto-identifican como pueblos indígenas en Brasil.

Por otra parte, a la fecha existirían aproximadamente 4.000 comunidades quilombolas remanentes en todo el territorio de Brasil.

## Marco regulatorio o normativa especial aplicable a pueblos indígenas y tribales

### (i) Reconocimiento constitucional

La Constitución Federal de 1988 incluye un reconocimiento expreso de derechos de los pueblos indígenas. Su artículo 231 establece que se *"reconoce a los indios la organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, y los derechos originales sobre las tierras que tradicionalmente ocupan y corresponde a la Unión demarcarlas, proteger y hacer respetar todos sus bienes"*.

La Constitución Federal de 1988 también establece que *"el aprovechamiento de los recursos hidráulicos, incluido el potencial energético, la búsqueda y extracción de las riquezas minerales en tierras indígenas solo pueden ser efectuadas con autorización del Congreso Nacional, oídas las comunidades afectadas, quedándoles asegurada la participación en los resultados de la extracción, en la forma de la ley"* (artículo 231 párrafo 3).

Asimismo, la Constitución Federal de 1988 establece que *"Los actos que tengan por objeto la ocupación, el dominio y la posesión de las tierras contempladas en este artículo, o la explotación de las riquezas naturales del suelo, de los ríos y los lagos que se hallen en las mismas, son nulos y quedan extinguidos, sin producir ninguno de sus efectos jurídicos, a excepción del interés público relevante de la Unión, de acuerdo con lo que disponga una ley complementaria, dicha nulidad y extinción no generará el derecho a indemnización o a acciones contra la Unión, excepto, de conformidad con la ley, con relación a las bienhechurías derivadas de la ocupación de buena fe"* (artículo 231 párrafo 6).

### (ii) Disposiciones legales especiales atinentes

- ▶ **Estatuto del Indio.** Por medio de la Ley N°6001 de 19 de diciembre de 1973 se aprobó el Estatuto del Indio. Este cuerpo legal establece una definición y clasificación de los pueblos indígenas reconociendo los siguientes tres grupos: (i) aislados; (ii) en camino a la integración; e (iii) integrados. Establece también el respeto de sus usos, costumbres y tradiciones; una tipología de tierras indígenas; el derecho de los pueblos indígenas a participar en las ganancias de la explotación de los recursos naturales en sus tierras; el tutelaje de los pueblos indígenas a través de un organismo de asistencia; la educación intercultural y la preservación de la cultura e integración como fines de la política hacia los pueblos indígenas.



- ▶ **Decreto N°6.040 de 7 de febrero de 2007 sobre la Política Nacional de Desarrollo Sostenible de los Pueblos y Comunidades Tradicionales.**
- ▶ **Decreto N°7.747 de 5 de junio de 2012 sobre Política Nacional de Gestión Territorial y Ambiental de Tierras Indígenas.** El 5 de junio de 2012, Presidencia emitió el Decreto N° 7.747 que estableció una política nacional de gestión territorial y ambiental de las tierras indígenas, la que tiene por objetivo establecer mecanismos para garantizar la posesión de las tierras por parte de los pueblos indígenas, su capacidad de decidir sobre sus territorios y recursos naturales y el reconocimiento de su conocimientos tradicionales.
- ▶ **Ley N°13.123 de 20 de mayo de 2015 de acceso y participación en los beneficios derivados de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos.** Esta ley fue reglamentada por el Decreto N°8.772 de 11 de mayo de 2016.
- ▶ **Decreto Federal N°4887 de 2003 sobre auto-identificación de las comunidades quilombolas.**

Su artículo 2° establece que *"para efectos de este Decreto, las comunidades quilombolas son consideradas como remanentes de grupos étnicos- raciales, según criterios de auto-atribución, con trayectoria histórica propia, dotadas de relaciones territoriales específicas, con presunción de ascendencia negra relacionada con la resistencia a la opresión histórica sufrida"*. Más adelante agrega que *"para los fines de este Decreto, la caracterización como remanentes de comunidades quilombolas será acreditada mediante la auto-identificación de las propias comunidades"*.

## Marco institucional o institucionalidad del Estado para los pueblos indígenas

### (i) Fundación Nacional del Indio, FUNAI.

Fue creada en 1967. Como órgano oficial de la República Federativa de Brasil en materia indígena, su responsabilidad principal es proteger y promover los derechos de los pueblos indígenas en dicho país, teniendo una función coordinadora y ejecutora de la política oficial en la materia.

### (ii) Consejo Nacional de Política Indigenista, CNPI.

Fue creado por el Decreto N° 8.593 de 2015. Es un órgano colegiado, de carácter consultivo, cuya responsabilidad es la elaboración, seguimiento e implementación de las políticas públicas dirigidas a los pueblos indígenas. El Consejo está compuesto por 45 miembros: 15 representantes del Poder Ejecutivo federal, todos con derecho a voto; 28 representantes de los pueblos y organizaciones indígenas, 13 con derecho a voto; y dos representantes de entidades indigenistas, con derecho a voto. En el año 2018, por medio de la Medida Provisional N° 870 y de los Decretos N° 9.660 y N° 9.667, FUNAI y el CNPI fueron trasladados desde el Ministerio de Justicia al Ministerio de la Familia, Mujer y Derechos Humanos.

### (iii) Fundación Cultural Palmares

La Fundación Palmares fue fundada por el Gobierno federal con fecha 22 de agosto del año 1988 con el objetivo de promover y preservar los valores culturales, históricos, sociales y económicos asociados a la influencia negra en la formación de la sociedad brasileña. La Fundación Palmares se vincula al gobierno a través del Ministerio de Ciudadanía.

## 2. Dimensión Regulatoria

En esta parte se describen y explican las regulaciones domésticas que Brasil ha dictado para implementar la Consulta Previa.

### Proceso de ratificación del Convenio 169

Ratificación	Normas Aprobación, promulgación y entrada en vigencia
Registrada por la OIT el 25 de julio de 2002	Decreto Legislativo N°143 de 20 de junio de 2002 por el cual se aprueba el texto del Convenio N°169. Entrada en vigencia: 25 de julio de 2003. Decreto Presidencial N°5051 de 19 de abril de 2004 que promulga el Convenio N°169 de la OIT (derogado). Decreto Presidencial N°10.088 de 5 de noviembre de 2019 que revoca el Decreto Presidencial N°5051 de 2004 y consolida los actos normativos dictados por el Poder Ejecutivo Federal que disponen la promulgación de convenciones y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo ratificadas por la República Federativa y en vigor.

### Normativa dictada para regular la Consulta Previa

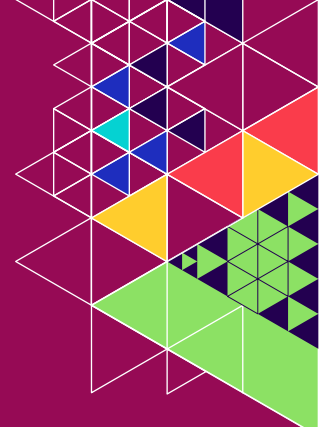
Norma	Observaciones
Normativa específica	En Brasil no se han dictado –ni a nivel federal ni estadual- normas específicas para reglamentar la Consulta Previa.
Obligatoriedad del Convenio 169 y de la Consulta Previa <sup>1</sup>	Si bien no se han dictado normas específicas para reglamentar la Consulta Previa del Convenio 169, su aplicación es obligatoria en Brasil. Así lo ha sentenciado el Tribunal Supremo Federal, que estableció que los tratados internacionales ratificados por la República Federativa, cualquiera sea su materia, entran al ordenamiento jurídico brasileño con fuerza de derecho común. Por tanto, dado que el Convenio 169 fue aprobado por Decreto Legislativo N°143 de 2002, esta aprobación es interpretada por el el Tribunal Supremo Federal como una condición necesaria y suficiente para la inserción del citado convenio como norma de derecho común y aplicación directa en Brasil. Desde un punto de vista regulatorio, esta obligatoriedad está reafirmada por la plena vigencia del Convenio 169 en Brasil dada la dictación del Decreto Presidencial N°10.088 de 5 de noviembre de 2019 que revoca el Decreto Presidencial N°5051 de 2004 y consolida los actos normativos dictados por el Poder Ejecutivo Federal que disponen la promulgación de convenciones y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo ratificadas por la República Federativa y en vigor.
Implementación de la Consulta Previa en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental	Considerando lo anterior, a continuación se presenta una síntesis de la forma en que la Consulta Previa se inserta en el marco del Sistema Nacional del Medio Ambiente en Brasil y del licenciamiento ambiental de proyectos de inversión que son susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas o comunidades quilombolas. 1. El Consejo Nacional del Medio Ambiente, CONAMA (creado por la Ley N°6.938 de 1981) es el órgano consultivo y deliberativo del Sistema Nacional del Medio Ambiente, siendo una de sus atribuciones la de establecer, a propuesta de IBAMA, las normas y criterios para el licenciamiento de actividades. 2. La autoridad ambiental en Brasil, IBAMA (federal) es la responsable de coordinar el proceso de licenciamiento ambiental de los proyectos que generen impactos ambientales y socio-culturales sobre los pueblos indígenas o comunidades quilombolas y sus tierras.

[▶ Continúa...](#)

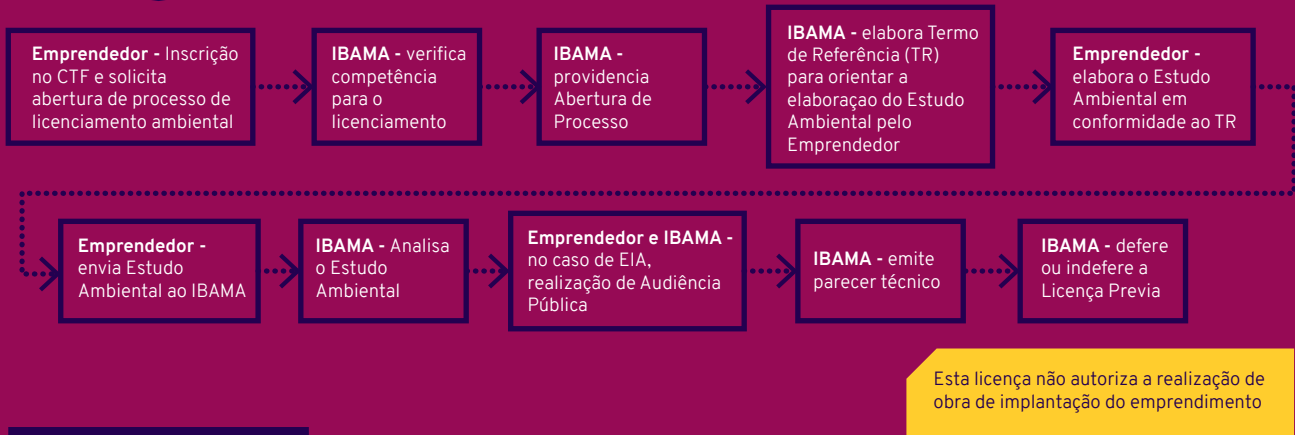


Norma	Observaciones
<b>Implementación de la Consulta Previa en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental</b>	<p>3. Dependiendo del caso, la participación de los pueblos indígenas en el proceso de licenciamiento ambiental puede ocurrir por intermedio del órgano representativo (por ejemplo FUNAI), de manera no vinculante, conforme a lo dispuesto por el artículo 13 párrafo 1° de la Ley Complementaria N°140/2011.</p> <p>4. De acuerdo a la Ordenanza Interministerial (OI) N°419/2011 y a la OI N°60/2015 que la sustituye, se establece que a FUNAI y a la Fundación Cultural Palmares, entre otros organismos, les corresponde actuar en el procedimiento de licenciamiento ambiental como órganos intervinientes, en sus respectivos campos de actuación. En cuanto tales, deben manifestarse en el procedimiento conducido por el órgano ambiental competente, quien es el responsable de la emisión de las licencias a que se refiere el punto 7 más abajo. La participación de FUNAI y de la Fundación Cultural Palmares en el proceso de licenciamiento ambiental se gatilla de acuerdo ciertos parámetros establecidos en la legislación. Así, por ejemplo, los parámetros para la inclusión del componente indígena en los procesos de licenciamiento ambiental conducidos a nivel federal, establecidos en la OI N°60/2015, son observados por FUNAI en los procesos conducidos a nivel estadual, en este último caso por medio de la Instrucción Normativa N°02/2015. Estos parámetros varían de acuerdo a la tipología de los proyectos y su emplazamiento. Así, por ejemplo, los parámetros para la Amazonía Legal son diferentes a los de las demás regiones del país.</p> <p>De este modo, siguiendo con el ejemplo aplicable a las comunidades indígenas, para que se gatille la intervención de FUNAI en un proceso de licenciamiento ambiental (i) las actividades o emprendimientos deben estar localizados en las tierras indígenas a que se refiere el inciso 2° del artículo 2° de la OI N°60/2015, o (ii) las actividades o emprendimientos pueden ocasionar un impacto socioambiental directo en las áreas mencionadas en dicho inciso, considerando los límites establecidos en el Anexo I de la referida OI. En el caso de emprendimientos como puertos, minas o termoeléctricas la distancia varía de 10 kilómetros para los proyectos localizados en la Amazonía Legal a 8 kilómetros en las demás regiones.</p> <p>5. Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse presente que aun cuando no se cumplan los parámetros ya señalados, los pueblos indígenas o comunidades quilombolas pueden solicitar la intervención de FUNAI o Fundación Cultural Palmares, respectivamente.</p> <p>6. En los términos de referencia para la preparación del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) se debe indicar cómo se realizará la participación efectiva de las comunidades indígenas en todo el proceso de recolección de datos, deliberación y discusión de los impactos.</p> <p>7. De acuerdo a lo establecido por la Resolución N°237 de 1997 de CONAMA, el proceso de licenciamiento ambiental tiene tres etapas: (i) otorgamiento de la 'Licencia Previa'; (ii) otorgamiento de la 'Licencia de Instalación'; y (iii) otorgamiento de la 'Licencia de Operación'. El siguiente flujograma da cuenta de estas etapas:</p>

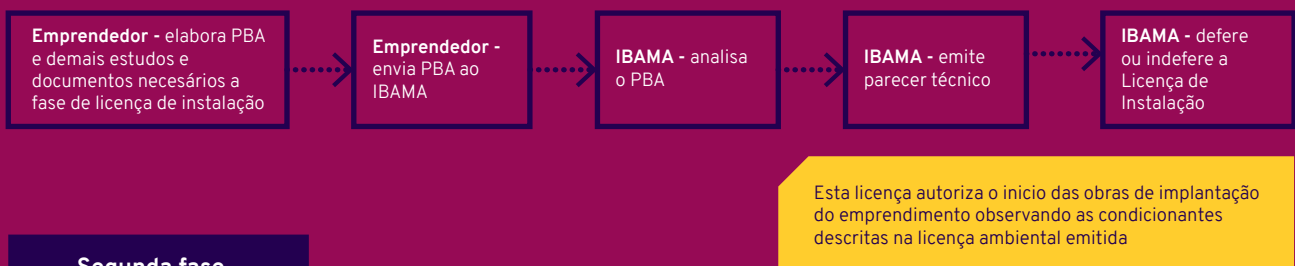
[▶ Continúa...](#)



### Primeira fase - Licença Previa



### Segunda fase - Licença de instalação

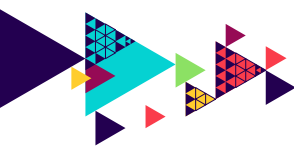


### Segunda fase - Licença de Operação



Norma	Observaciones
<p><b>Implementación de la Consulta Previa en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental</b></p>	<p>8. De acuerdo a la legislación vigente, la inclusión del componente indígena en los procesos de licenciamento ambiental debe ocurrir al inicio del proceso, antes de la emisión de la Licencia Previa. Sin embargo, en caso de ser necesario, dicha inclusión puede ocurrir en cualquier momento del proceso.</p> <p>9. Si el Área de Influencia del proyecto está dentro de los parámetros establecidos en el Anexo I de la OI N°60/2015, se exige al proponente del proyecto la realización de un 'Estudio de Componente Indígena' (ECI), sin cuya aprobación por parte de FUNAI no es posible avanzar hacia la realización de las reuniones que exige la ley con las comunidades indígenas susceptibles de ser afectadas. Estas reuniones deben en principio producirse durante la primera etapa conducente al otorgamiento de la 'Licencia Previa'.</p>

▶ Continúa...



Norma	Observaciones
<p><b>Implementación de la Consulta Previa en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental</b></p>	<p>10. En la práctica, este proceso de participación de las comunidades indígenas se realiza conforme a un 'Plan de Consulta' que acuerda la autoridad ambiental y FUNAI/Fundación Cultural Palmares con las comunidades involucradas, en el cual se considera lo establecido por los Protocolos Autónomos elaborados por las mismas, en caso de haberlos. En este proceso de participación se produce un diálogo y negociación que conduce al establecimiento en la 'Licencia Previa' (u otra licencia si es el caso) de condiciones específicas que debe cumplir el proponente respecto a las comunidades indígenas o quilombolas involucradas.</p>
<p><b>Qué ha dicho la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT sobre la falta de regulación específica de la Consulta Previa en Brasil<sup>1</sup></b></p>	<p>Artículos 6, 7, 15 y 16. Consultas. La Comisión se refirió anteriormente al proceso de regulación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas y quilombolas iniciado en 2012. El Gobierno indicó a este respecto que el proceso de negociación con los pueblos interesados había encontrado ciertas dificultades y que la Secretaría General de la Presidencia estaba tratando de restablecer el diálogo. El Gobierno estudiaba la posibilidad de proponer, sobre la base de un caso práctico, un posible mecanismo de consulta. La Comisión también tomó nota que la CNI y la OIE habían subrayado que la falta de un reglamento sobre la consulta, conforme a lo dispuesto en el Convenio, creaba inseguridad jurídica para las empresas.</p> <p>En su memoria, el Gobierno indica que en los últimos años varios pueblos indígenas han tomado iniciativas en esta materia, indicando al Estado cómo desean ser consultados. En este contexto, han desarrollado sus propios protocolos de consulta previa, en los que formalizan la diversidad de procedimientos adecuados para la construcción de un diálogo que les permita participar efectivamente en los procesos de toma de decisiones que puedan afectar sus vidas, derechos o territorios. El Gobierno se refiere en particular al apoyo brindado por la Fundación Nacional del Indio (FUNAI) para la elaboración de protocolos de consulta de los pueblos indígenas del Xingu en 2016, del pueblo indígena Krenak en 2018, y del pueblo Tupiniquim en 2018, así como en los debates en curso en el Consejo Indígena de Roraima (CIR). A este respecto, la Comisión observa, según la información disponible en el sitio web del Ministerio Público, que otras comunidades han adoptado este tipo de protocolos.</p> <p>Además, el Gobierno indica en relación con las políticas, programas, acciones y proyectos concernientes a la asistencia social de los pueblos indígenas, que la FUNAI está intensificando sus esfuerzos para firmar acuerdos con las instituciones proveedoras a fin de garantizar el respeto de las especificidades culturales y sociales de esos pueblos y el respeto de su derecho a la consulta libre, previa e informada, cuando proceda.</p> <p>El Gobierno también informa que hay una creciente demanda de infraestructuras por parte de las comunidades indígenas (electricidad, recolección y distribución de agua, o construcción de carreteras). A este respecto, la FUNAI vela por que todas las acciones, actividades o proyectos respeten el derecho a la consulta libre, previa e informada, de modo que las relaciones entre el Estado brasileño y las comunidades indígenas no se verticalicen [sic]. El Gobierno señala que la FUNAI, a través de sus unidades descentralizadas, proporciona apoyo técnico, logístico y a veces financiero a los organismos asociados y a los municipios dentro de cuya jurisdicción se encuentran las tierras indígenas para organizar las reuniones necesarias.</p> <p>La Comisión saluda la elaboración de protocolos de consulta específicos para determinados pueblos indígenas y el papel desplegado por la FUNAI al respecto. <b>La Comisión pide al Gobierno que proporcione información complementaria sobre el estatus de dichos protocolos y que indique cómo se garantiza en la práctica que dichos protocolos se apliquen de manera sistemática y coordinada en todo el país cada vez que se prevé la adopción de medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas y tribales directamente. Asimismo, la Comisión alienta al Gobierno a que prosiga sus esfuerzos con miras a la adopción de un marco reglamentario para la consulta que proporcione a los pueblos indígenas y quilombolas un mecanismo adecuado para garantizar su derecho a ser consultados y a participar efectivamente cuando se contemplen medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles directamente, y a efectos de propiciar mayor seguridad jurídica a todos los protagonistas. La Comisión recuerda la necesidad de consultar a los pueblos indígenas y los quilombolas en este proceso y de permitirles participar plenamente a través de sus instituciones representativas a fin de poder expresar sus opiniones e influir en el resultado final del proceso. La Comisión pide al Gobierno que facilite información sobre los procesos de consulta llevados a cabo, incluidos los emprendidos en base a los protocolos de consulta elaborados por las diversas comunidades indígenas, y sobre sus resultados.</b></p>

► Continúa...



Norma	Observaciones
<b>Sujetos de la Consulta Previa</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Pueblos indígenas.</li> <li>▶ <b>Comunidades quilombolas:</b> existe jurisprudencia que reconoce a las comunidades quilombolas como pueblos tribales y por lo tanto la aplicación a su respecto de la Consulta Previa del Convenio 169.<sup>3</sup></li> <li>▶ <b>Otras comunidades tradicionales:</b> no existe total claridad sobre la aplicación de la Consulta Previa a comunidades tradicionales distintas de las comunidades quilombolas. En todo caso, es importante mencionar que algunas de estas comunidades han elaborado 'Protocolos Autónomos' tal como se expone a continuación.</li> </ul>

1 Esta parte ha sido preparada utilizando como fuentes, entre otros antecedentes, la guía 'Consultas públicas: el paso a paso' del Banco Interamericano de Desarrollo (2020), y la tesis 'Licenciamiento ambiental y derechos indígenas. Una investigación documental del caso de la pequeña central hidroeléctrica Ludesa en la tierra indígena Toldo Imbu', de Laura Montenegro Góes (2016).

2 Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2019, Publicación: 109ª reunión CIT (2021).

3 Decisión del Juez José Carlos do Vale Madeira del 5º Juzgado federal de Maranhao, de fecha 27 de septiembre de 2020, Acción Civil Pública N°2003.37.00.008868-2.

## 'Protocolos Autónomos' de Consulta Previa

Cabe destacar que un número importante de pueblos indígenas, comunidades quilombolas y otras comunidades tradicionales han elaborado 'Protocolos Autónomos' para regular la implementación de la Consulta Previa en sus respectivas comunidades, cuyo detalle se inserta a continuación.

Nº	Nombre protocolo	Pueblos indígenas, comunidades quilombolas u otras comunidades tradicionales	Fecha
1	<b>Protocolo de consulta y consentimiento de Wajãpi</b>	Pueblo Wajãpi	Mayo 2014
2	<b>Protocolo de Consulta de Montaña y Mangabal</b>	Comunidades de Montaña y Mangabal	Septiembre 2014
3	<b>Protocolo de consulta de Munduruku</b>	Pueblo Munduruku	Diciembre 2014
4	<b>Protocolo de consulta quilombola - Santarém</b>	Comunidades Saracura, Arapemã, Surubiu-Açú, Nova Vista do Ituqui, São José do Ituqui, São Raimundo do Ituqui, Patos do Ituqui, Pérola do Maicá, Bom Jardim, Murumurutuba, Murumuru y Tiningu	Agosto 2016
5	<b>Protocolo de consulta para los pueblos del territorio indígena Xingu</b>	Pueblos Aweti, Ikpeng, Kalapalo, Kamayura, Kawaiwete, Kĩsêdjê, Kuikuro, Matipu, Mehinako, Nafukua, Naruvotu, Tapayuna, Trumai, Wauja, Yawalapiti e Yudja. Falamos 16 línguas diferentes pertencentes aos troncos Tupi, Karib, Aruak, Jê e Trumai	Octubre 2016
6	<b>Protocolo de Consulta de los Pueblos Indígenas Munduruku y Apiaká del Planalto Santareno</b>	Munduruku e Apiaká do Planalto Santareno	Enero 2017
7	<b>Protocolo de consulta a pescadores y pescadores en el municipio de Santarém - PA</b>	Comunidades quilombolas e indígenas dedicadas a la pesca artesanal y la agricultura familiar de la Colonia Pesquera Z-20 del municipio de Santarém	Junio 2017
8	<b>Protocolo de consulta - Quilombolas de Abacatal / Aurá</b>	Comunidades quilombolas de Abacatal	Julio 2017

▶ Continúa...

Nº	Nombre protocolo	Pueblos indígenas, comunidades quilombolas u otras comunidades tradicionales	Fecha
9	Protocolo de Consulta - Comunidad Tradicional de Ponta Oeste, Ilha do Mel.	Comunidad tradicional de Ponta Oeste, Ilha do Mel, Baía deParanaguá	Julio 2017
10	Protocolo de Consulta Previa al Pueblo Krenak	Pueblo Krenak	Agosto 2017
11	Protocolo de Consulta Juruna (Yudjá) de la Tierra Indígena Paquiçamba de Volta Grande do Rio Xingu	Pueblo Juruna (Yudjá), de la Tierra Indígena Paquiçamba	Agosto 2017
12	Protocolo de consulta a las comunidades ribereñas de Pimental y São Francisco	Comunidades Pimental e São Francisco	Noviembre 2017
13	Protocolo de Consulta a Pescadores y Pescadores Artesanales y Caiçaras de Guaraqueçaba - PR	Comunidades tradicionales de pescadores y pescadoras artesanales de Caiçaras	2017
14	Protocolo de Consulta al Pueblo Waimiri Atroari	Pueblos Waimiri Atroari	Agosto 2018
15	Protocolo de consulta previa de Tekoa Itaxi Mirim	Pueblo Guraní	2018
16	Protocolo de Consulta y Consentimiento - Asociación de las Comunidades Resto de Quilombo do Alto Trombetas II	Comunidades restantes de quilombos de Alto Trombetas II	2018
17	Protocolo de Consulta Previa de la Comunidad Agroextractiva de Pirocaba / Abaetetuba - Pará	Comunidades de Pirocaba	2018
18	Protocolo de Consulta de Ilhéus y Ribeirinhos del Río Paraná	Comunidades Ilhéus y Ribeirinhos del Río Paraná	2018
19	Protocolo de Consulta de Comunidades Quilombo Étnicas Regionales Alcantara	Comunidades quilombolas del territorio étnico de Alcântara	2019
20	Protocolo de consulta previa - Kayapó-Menkrãgnoti	Pueblo Kayapó-Menkrãgnoti	2019
21	Protocolo de Consulta a los Pueblos Indígenas de Oiapoque	Pueblos Indígenas de Oiapoque	2019
22	Protocolo de consulta para recolectores de flores eternas: monos, Pé de Serra y Lavras	Pueblo tradicional de recolectores de flores de Serra do Espinhaço	2019
23	Protocolo de consulta Comunidades quilombolas y recolectores de flores SV Vargem do Inhaí, Mata dos Crioulos, Raiz y Braúnas	Pueblos tradicionales recolectores quilombolas y recolectores de flores de hoja perenne de la Serra do Espinhaço	2019
24	Protocolo de Consulta de los Pueblos Yanomami y Ye'kwana	Pueblos Yanomami y Ye'kwana	2019
25	Protocolo de Consulta del Pueblo Panará	Pueblo Panará	2019
26	Protocolo de Consulta y Consentimiento de los Pueblos Indígenas Mura de Autazes y Careiro da Várzea, Amazonas.	Pueblo indígena Mura de Autazes y Careiro da Várzea	2019
27	Protocolo de consulta para los pueblos indígenas de la región de Serra da Lua, Roraima	Pueblos indígenas de la región de Serra da Lua, Roraima	2019

▶ Continúa...

Nº	Nombre protocolo	Pueblos indígenas, comunidades quilombolas u otras comunidades tradicionales	Fecha
28	Protocolo de Consulta y Consentimiento Libre, Previo e Informado del Pueblo Irantxe-Manoki	Pueblo Irantxe-Manoki	2019
29	Protocolo de consulta con la comunidad tradicional de Rolim de Moura de los indios Guaropé Quilombolas, Wajuru, Sakirabiar y Guarassuê	Pueblos Guaropé, Wajuru, Sakirabiar y Guarassuê y quilombola	Noviembre 2019
30	Protocolo de consulta previa, libre e informada para Quilombos Passagem, Nazaré do Airi y Peafú en el municipio de Monte Alegre -PA	Pueblo quilombola de Quilombos Passagem, Nazaré do Airi e Peafú	2020
31	Protocolo de Consulta Previa al Pueblo Warao en Belém / PA	Pueblo Warao	2020
32	Protocolo de Consulta Pueblo Gitano - Etnia Calon	Pueblo gitano Calon	2020

Fuente: Observatorio de protocolos de consulta, en <http://direitosocioambiental.org/observatorio-de-protocolos/protocolos-comunitarios-de-consulta/>

Como se puede apreciar, todos los 'Protocolos Autónomos han sido elaborados entre el año 2014 y el año 2020. Asimismo, todos ellos hacen referencia expresa a la Consulta Previa del Convenio 169 y se fundan en una decisión de los respectivos pueblos o comunidades en orden a elaborar estos protocolos para indicar al Gobierno cómo debe consultarles.

En el apartado 3.6 se revisan y comentan algunos fallos judiciales que se pronuncian sobre el valor de los Protocolos Autónomos.

### 3. Dimensión Operativa

En esta parte se describen y explican los esfuerzos que Brasil ha desplegado para implementar procesos de Consulta Previa respecto a proyectos de inversión.

#### Cómo se ha implementado la Consulta Previa

Aspecto a revisar	Estado de implementación
Rubros productivos en que se ha implementado la CP	No existiendo regulación interna expresa de la Consulta Previa, tampoco hay rubros productivos excluidos a priori de la misma.
Cantidad de procesos de CP	No existen estadísticas oficiales sobre la cantidad de procesos de Consulta Previa.
Duración de los procesos de CP	No existen estadísticas oficiales sobre la duración de los procesos de Consulta Previa.
Resultado de los procesos de CP (acuerdo; no acuerdo; acuerdos parciales)	No existen estadísticas oficiales sobre el resultado de los procesos de Consulta Previa.
Participación de las empresas o proponentes en los procesos de CP	No existen estadísticas oficiales sobre la participación de las empresas o proponentes de los procesos de Consulta Previa.



A continuación, por vía ejemplar, se exponen los principales antecedentes de un proceso de licenciamiento ambiental en que se ha buscado implementar la Consulta Previa a pueblos indígenas en Brasil.

Proyecto FICO	
<b>Nombre completo del proyecto</b>	Proyecto Ferrovía de Integración Centro Oeste FICO – EF 354
<b>Proponente del proyecto</b>	Ministerio de Infraestructura Empresa contratista: VALEC
<b>Pueblos indígenas consultados</b>	3 grupos: Sector Xingu: pueblos Aweti, Ikpeng, Kaiabi, Kalapalo, Kamaiurá, Kisêdjê, Kuikuro, Matipu, Mehinako, Nahukuá, Naruvotu, Wauia, Tapayuna, Trumai, Yudja, - Yawalapiti. Sector Xavante: pueblo Xavante. Sector Noroeste del Mato Grosso: pueblos Enawenê-Nawê, Menky, Irantxe/Manoki, Nambikwara y Pareci.
<b>Ubicación</b>	El proyecto FICO parte al noroeste del Estado de Goiás y atraviesa de este a oeste todo el Estado de Mato Grosso hasta la ciudad de Vilhena en el Estado de Rondonia, con un trazado total de 1.700 kilómetros.
<b>Estudios de Componente Indígena (ECI) y análisis exigidos por FUNAI</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Estudio de Componente Indígena (ECI) – sector Xingu.</li> <li>▶ Estudio de Componente Indígena (ECI) - sector Xavante.</li> <li>▶ Estudio del Componente Indígena (ECI) – sector Noroeste del Mato Grosso.</li> <li>▶ Análisis integrado de Viabilidad, considerando los resultados de los tres estudios anteriores.</li> </ul>
<b>Aprobación y condiciones de FUNAI</b>	Mediante Oficio N°389/2014 de fecha 16 de septiembre de 2014, FUNAI estableció <b>condiciones</b> para la emisión de la Licencia Previa de este proyecto para el tramo entre Campinorte (Estado de Goiás) y Vilhena (Estado de Rondonia).
<b>Licencia Previa</b>	Licencia Previa N°493/2014, otorgada por IBAMA el 3 de octubre de 2014 (válida por 4 años). Condición 2.2: " <i>Seguir las recomendaciones de FUNAI en cuanto a las acciones y programas propuestos para mitigar los impactos relacionados con el componente indígena</i> ". La Licencia Previa N°493/2014 fue renovada en octubre de 2018 y su vigencia se extendió hasta octubre de 2019.
<b>Plan de Consulta</b>	En junio de 2019, los líderes del sector Xingu presentaron al Gobierno una propuesta de 'Plan de Consulta Unificado' del proyecto FICO y del proyecto BR-242. El 17 de julio de 2019, el Gobierno aceptó la propuesta de Plan de Consulta Unificado presentada por los líderes del sector Xingu. Entre el 5 y 6 de noviembre de 2019 se llevó a cabo la <b>primera etapa del 'Plan de Consulta Unificado' en Canarana</b> (Estado de Mato Grosso), en las que se estableció un cronograma de continuación de la consulta. En esta reunión se acordó que el tramo entre Água Boa (Estado de Mato Grosso) y Vilhena (Estado de Rondonia) permanecería bloqueado hasta el final de la consulta.
<b>Licencia de Instalación</b>	Licencia de Instalación (LI) N°1364/2020 (8458566), otorgada por IBAMA el 29 de septiembre de 2020, para el tramo 1 de FICO (kilómetro 0 a kilómetro 382), entre los municipios de Mara Rosa (Estado de Goiás) y Água Boa (Estado de Mato Grosso). Condición: Bloqueo de intervenciones en el tramos comprendido entre el kilómetro 308 y el kilómetro 382, según lo especificado por Funai, hasta la manifestación formal por parte de la agencia.
<b>Situación Actual</b>	El Plan de Consulta Unificado sobre FICO y BR-242 para el sector Xingu aún está en progreso.

Fuente: <https://xingumais.org.br/obra/fico-ef-354-trecho-agua-boa-mt-lucas-rio-verde-mt-lotes-6-11>



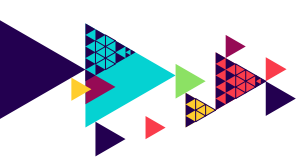
En esta sección se exponen los principales hallazgos en relación a nudos críticos, elementos positivos y lecciones aprendidas que se han identificado en la implementación de la Consulta Previa en Brasil, con particular referencia a la retroalimentación recibida de los actores empresariales y otros entrevistados [...].

#### 4. Hallazgos en relación a nudos críticos, elementos positivos y lecciones aprendidas en la implementación de la Consulta Previa

En esta sección se exponen los principales hallazgos en relación a nudos críticos, elementos positivos y lecciones aprendidas que se han identificado en la implementación de la Consulta Previa en Brasil, con particular referencia a la retroalimentación recibida de los actores empresariales y otros entrevistados que se mencionan en anexo a este capítulo.

Aspecto de las dimensiones regulatoria, operativa y judicial	Explicación del nudo crítico/elemento positivo/lección aprendida
<p><b>Regulación de la Consulta Previa respecto a proyectos de inversión</b></p>	<p><b>Falta de reglamentación de la Consulta Previa respecto a proyectos de inversión.</b> Los actores entrevistados constatan la inexistencia de reglamentación específica de la Consulta Previa, tanto a nivel federal como estadual. Respecto a esta falta de regulación, señalan que no ha existido interés político en generarla. Agregan que el actual gobierno (a través del Ministerio de Minas y Energía) estaría interesado en presentar una propuesta de reglamentación por ley de la actividad minera en tierras indígenas, incluyendo la Consulta Previa, participación en los beneficios y otras materias, pero que el proyecto no ha ingresado al Congreso. Por otra parte, tal como da cuenta la solicitud directa de CEACR mencionada más arriba, la Organización Internacional de Empleadores (OIE) y otros actores empresariales han subrayado que la falta de un reglamento específico sobre la Consulta Previa crea inseguridad jurídica para las empresas, razón por la cual dicha comisión alentó al Gobierno a “proseguir sus esfuerzos con miras a la adopción de un marco reglamentario para la consulta que proporcione a los pueblos indígenas y quilombolas un mecanismo adecuado para garantizar su derecho a ser consultados y a participar efectivamente cuando se contemplen medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles directamente, y a efectos de propiciar mayor seguridad jurídica a todos los protagonistas.” No obstante, algunos actores entrevistados afirman que si bien no se ha dictado una reglamentación específica de la Consulta Previa, ésta ya se está aplicando en conformidad a las regulaciones establecidas en la constitución, la ley y otras normas, lo cual es sin perjuicio de que algunos aspectos de dichas regulaciones podrían ser mejorados. Por tanto, no creen que sea necesaria la dictación de una regulación específica de la Consulta Previa.</p> <p><b>Alcance de una eventual regulación de la Consulta Previa.</b> Los actores entrevistados reportan que uno de los temas que se ha discutido es el alcance que debería tener una eventual regulación de la Consulta Previa dada la diversidad de realidades de los pueblos indígenas en Brasil. Agregan que esta sería una de las razones por las que nació la idea de elaborar Protocolos Autónomos para la Consulta Previa por parte de los pueblos indígenas y comunidades quilombolas.</p>

► Continúa...



Aspecto de las dimensiones regulatoria, operativa y judicial	Explicación del nudo crítico/elemento positivo/lección aprendida
<p><b>Regulación de la Consulta Previa respecto a proyectos de inversión</b></p>	<p><b>Protocolos Autónomos.</b> Las entrevistas dan cuenta de que los Protocolos Autónomos surgen por varias razones relacionadas entre ellas: (i) Por una parte las asociaciones de pueblos indígenas han solicitado que se regule la Consulta Previa; (ii) Por otra parte la discusión pública sobre la dictación de una reglamentación de la Consulta Previa a nivel federal puso de manifiesto el desafío que ello significa dada la gran diversidad de realidades de los pueblos indígenas en Brasil; y (iii) los Protocolos Autónomos responden también a la necesidad de fijar reglas respecto a la representación de los pueblos indígenas. Se destaca que los Protocolos Autónomos han sido reconocidos por la jurisprudencia y también a nivel internacional (por ejemplo, por la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). Un informe de la Comisión de Expertos de la OIT también habría reconocido su importancia.</p> <p><b>Alcance de los Protocolos Autónomos.</b> Los actores entrevistados relevan que los Protocolos Autónomos tienen alcance para cierto tipo de temas, como cuestiones particulares o locales, pero no sirven para la Consulta Previa de temas suprarregionales, nacionales ni para temas legislativos.</p>
<p><b>Implementación de la Consulta Previa respecto a proyectos de ley relevantes para las actividades productivas</b></p>	<p>S/I.</p>
<p><b>Identificación de los pueblos indígenas o tribales afectados en la Consulta Previa de proyectos de inversión</b></p>	<p><b>Sujetos de la Consulta Previa.</b> Tal como se indicó antes, existe total claridad respecto a la obligatoriedad de la Consulta Previa respecto a los pueblos indígenas y a las comunidades quilombolas, en este último caso conforme a la jurisprudencia nacional. Sin embargo, no existe la misma claridad respecto a la aplicabilidad de la Consulta Previa a otras comunidades tradicionales distintas de las comunidades quilombolas, algunas de las cuales han elaborado 'Protocolos Autónomos' para regular la Consulta Previa a su respecto.</p>
<p><b>Implementación de la Consulta Previa respecto a proyectos de inversión</b></p>	<p><b>Modalidad de implementación de procesos de Consulta Previa.</b> Los actores entrevistados relevan que si bien no existe regulación específica para su implementación, en la práctica la Consulta Previa se está desarrollando en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de los proyectos de inversión. Al efecto, citan el caso del proceso de licenciamiento ambiental del proyecto ferroviario FICO en cuyo marco se está desarrollando un proceso de Consulta Previa con los pueblos indígenas del sector Xingu de dicho proyecto, en que las comunidades indígenas involucradas y el gobierno acordaron un plan de Consulta Previa que reconoce y valida el Protocolo Autónomo elaborado por aquéllas. Se destaca además que en casos como éste el plan de consulta puede aplicar a grupos que no cuentan con Protocolos Autónomos pero que deciden adherirse al proceso.</p> <p><b>Gestión institucional de FUNAI.</b> Los actores entrevistados relevan que FUNAI tiene una estructura muy delgada y que es necesario fortalecer y profesionalizar su gestión. Los actores entrevistados están de acuerdo en que el involucramiento de FUNAI en un proceso de licenciamiento ambiental y Consulta Previa es crítico para el buen resultado del proceso, pero algunos de ellos indican que dicho involucramiento es habitualmente sinónimo de mayor complejidad y lentitud en el desarrollo del mismo.</p>
<p><b>Implementación de la Consulta Previa respecto a proyectos de inversión, en situación de pandemia</b></p>	<p><b>Consulta Previa, Protocolos Autónomos y pandemia.</b> Los actores entrevistados indican que conforme a los Protocolos Autónomos, los procesos de Consulta Previa tienen que ocurrir presencialmente en los territorios de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados. Por lo mismo, agregan, las comunidades de pueblos indígenas son contrarias a los procesos virtuales de Consulta Previa.</p>
<p><b>Decisiones judiciales respecto a la Consulta Previa</b></p>	<p><b>Decisiones judiciales respecto a los Protocolos Autónomos.</b> Conforme a lo indicado por los actores entrevistados y según la información disponible, existen varias sentencias judiciales que ordenan al gobierno desarrollar los procesos de Consulta Previa reconociendo los Protocolos Autónomos.</p>



## 5. Dimensión Judicial

En esta parte se describe y explica la interpretación que han hecho los tribunales ordinarios de justicia y otros órganos jurisdiccionales respecto a la regulación e implementación de procesos de la Consulta Previa en Brasil, para lo cual se describen las principales sentencias y pronunciamientos, las doctrinas que establecen y las tendencias jurisprudenciales que pueden observarse, con particular referencia a su consistencia con los estándares nacionales e internacionales de la Consulta Previa.

### Descripción y análisis de las sentencias o pronunciamientos más relevantes

Tribunal/órgano que ejerce jurisdicción	Fecha y rol	Materia y doctrina	Observaciones
<b>Tribunal Regional Federal de Santarém, Pará</b>	Proceso n°. 3883-98.2012.4.01.3902, 2017 Caso Usina Hidrelétrica São Luiz do Tapajós	Se rechaza la apelación interpuesta, estableciendo que, si existe un deber de consulta, aunque la tierra indígena no esté demarcada, ya que se debe considerar el criterio de susceptibilidad de afectación.  La relación de causa y efecto entre las medidas administrativas y los impactos no puede verificarse post factum, ya que la consulta no sería previa.  Establece la validez de los protocolos de consulta autónomos como documentos que regulan la consulta según los usos, costumbres y tradiciones específicas.	Cabe notar que este caso fue objeto de una 'suspensión de seguridad', medida judicial a través de la cual se puede lograr el retiro de la suspensión judicial de un proyecto cuando se resuelva que la interrupción de las obras representa un peligro 'contra la economía del país' o que debe alzarse por motivos de 'seguridad nacional'.
<b>3° Tribunal Regional Federal</b>	Proceso N° 1001605-06.2017.4.01.3200 Caso Linhao Manaus-Boa Vista (Territorio Waimiri-Atroari)	Se concede la solicitud de que los acusados se abstengan de realizar empresas capaces de provocar impactos a gran escala dentro de las tierras indígenas de Waimiri-Atroari, sin el consentimiento previo y vinculante del pueblo Kinja.	Se determina que los protocolos de consulta autónomos de los pueblos indígenas informan al gobierno como deben llevarse a cabo estos procesos.
<b>Justicia Federal</b>	Proceso N°377-75.2016.4.01.3902 Caso Construção de Porto no Lago do Maicá, em Santarém, Estado do Pará	Se ordena la suspensión de la licencia ambiental del puerto de la empresa brasilera de Portos de Santarém mientras no sean consultadas las comunidades quilombolas y tradicionales ribereñas afectadas por el proyecto.	
<b>Justicia Federal</b>	Proceso N° 6962-86.2014.4.01.3200 Caso Polo Naval do Amazonas	Se ordena que para la construcción de un proyecto de construcción de un puerto para transporte de mineral y carga en la ribera del Amazonas el Estado de Amazonas consulte previamente a las más de veinte comunidades tradicionales de pescadores y riberanos afectados por el proyecto.	
<b>Justicia Federal</b>	Proceso N°14123-48.2013.4.01.3600 Caso Usina Hidrelétrica São Manoel	Al inicio del período de construcción del proyecto en el río Teles Pires, en la frontera de los estados de Pará y Mato Grosso, se ordena al gobierno brasilero a consultar a los pueblos indígenas Munduruku, Kayabi y Apiaka.	

▶ Continúa...

Tribunal/órgano que ejerce jurisdicción	Fecha y rol	Materia y doctrina	Observaciones
Tribunal Regional Federal 1ª Región	Proceso N° 2006.39.03.000711-8 Caso Usina Hidrelétrica Belo Monte	En la fase final de construcción del proyecto en el río Xingu, Estado Pará, el tribunal decidió que las reuniones informativas realizadas por el gobierno no equivalían a CP y ordenó la suspensión de las obras para consultar a los pueblos indígenas afectados.	Cabe notar que este caso fue objeto de una 'suspensión de seguridad', medida judicial a través de la cual se puede lograr el retiro de la suspensión judicial de un proyecto cuando se resuelva que la interrupción de las obras representa un peligro 'contra la economía del país' (y o por motivos de 'seguridad nacional').
Supremo Tribunal Federal	Raposa Serra do Sol e o direito á consulta (2013)	Sin perjuicio de que se reconoce el derecho a CP, se resuelve que el derecho de CP no se trata de un derecho absoluto, pudiendo ser excepcionado cuando estén en juego otros bienes o derechos constitucionales relevantes, tales como la defensa nacional (operaciones militares en el caso particular).	

## 6. Recomendaciones

En esta parte se incluyen recomendaciones respecto a la implementación de la Consulta Previa de proyectos de inversión en Brasil, con particular foco en la dimensión regulatoria y operativa, recomendaciones que van dirigidas tanto al Estado como a las empresas.

Dimensión	Recomendaciones
Regulatoria	<p><b>1. Identificación de aspectos susceptibles de mejora en las regulaciones (principalmente relativas al licenciamiento ambiental) a través de las cuales se está implementando la Consulta Previa.</b> Esta recomendación se basa por una parte en la constatación del hecho de la inexistencia de reglamentación específica de la Consulta Previa, tanto a nivel federal como estadual, y por otra en la opinión de algunos actores entrevistados en cuanto a que la Consulta Previa ya se está aplicando en conformidad a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias hoy vigentes en Brasil, razón por la cual estiman que no es necesaria la dictación de una regulación específica de la Consulta Previa. En ese sentido, la recomendación apunta a identificar aquellos aspectos susceptibles de mejora en las regulaciones (principalmente relativas al licenciamiento ambiental) a través de las cuales hoy se está implementando la Consulta Previa y proponer las adecuaciones normativas que correspondan.</p> <p><b>2. Relación entre una eventual reglamentación específica de la Consulta Previa y la regulación aplicable al licenciamiento ambiental de los proyectos de inversión, en cuyo marco se están desarrollando actualmente los procesos de Consulta Previa.</b> Esta recomendación se basa en la opinión de algunos actores entrevistados en cuanto a que, en caso que se decidiera dictar una reglamentación específica de la Consulta Previa, los desafíos para dicha reglamentación son varios: (i) el alcance que debería tener, dada la diversidad de realidades de los pueblos indígenas en un territorio tan amplio como el de Brasil; (ii) la forma en que se la vincule con el proceso de licenciamiento ambiental de los proyectos de inversión, en cuyo marco se están desarrollando actualmente los procesos de Consulta Previa; y (iii) la forma en que dicha regulación se relacione o vincule con los Protocolos Autónomos, considerando entre otros elementos la diversidad de realidades de los pueblos indígenas y comunidades quilombolas en Brasil y el hecho que dichos protocolos no tienen -según los mismos entrevistados- la capacidad de abordar procesos de Consulta Previa para temas suprarregionales, nacionales ni para temas legislativos. Lo anterior se vincula con el principio de flexibilidad establecido por el artículo 34 del Convenio 169, según el cual "la naturaleza y alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país".</p>

▶ Continúa...

Dimensión	Recomendaciones
Operativa	<p><b>3. Conformación de mesas de trabajo público-privadas para generar mayor claridad y cooperación sobre el desarrollo y ejecución de procesos de Consulta Previa en un contexto de ausencia de regulación específica, de implementación de procesos de Consulta Previa en el marco del licenciamiento ambiental y de la existencia de Protocolos Autónomos.</b> Esta recomendación se basa en la constatación –según la opinión de los actores entrevistados– en cuanto a que en ausencia de reglamentación específica a nivel federal y estadual, la Consulta Previa se ha implementado durante el proceso de licenciamiento ambiental de los proyectos de inversión, en cuyo marco las comunidades indígenas o quilombolas involucradas han acordado planes de consulta que reconocen la validez de los Protocolos Autónomos de dichas comunidades y consideran las propuestas de estas últimas con respecto al desarrollo de la Consulta Previa. Al respecto, se estima que la conformación de mesas de trabajo público-privadas (incluyendo a pueblos indígenas y comunidades quilombolas) podría generar espacios de diálogo y cooperación para dotar de mayor claridad y fluidez al desarrollo y ejecución de procesos de Consulta Previa en el contexto regulatorio mencionado.</p>
	<p><b>4. Fortalecimiento de la gestión institucional de FUNAI.</b> Esta recomendación se basa en la opinión de los entrevistados en cuanto a que FUNAI tiene una estructura muy delgada y que es necesario fortalecer y profesionalizar su gestión, incluyendo lo que tiene que ver con los procesos de licenciamiento ambiental y Consulta Previa, considerando el rol crítico que tiene FUNAI en dichos procesos.</p>

## Anexo. Entrevistas realizadas

N°	Institución/Persona	Participantes
1	Cámara Minera de Brasil, IBRAM	Cláudia Salles, Gerente de Asuntos Ambientales
2	Instituto Socioambiental, ISA	Biviany Rojas Garzón, Coordinadora Programa Xingu
3	Confederación Nacional de la Industria, CNI	Pablo Rolim Carneiro, Relaciones Laborales Matheus Braga de Castro, Infraestructura Maria do Socorro Lima Castello Branco Tatiani Leal, Medio Ambiente y Sustentabilidad
4		Juliana Esper, Ingeniera de Minas, Especialista en Permisos Ambientales





## Países de la serie

Brasil ▶ Chile ▶ Colombia ▶ Guatemala  
Honduras ▶ México ▶ Paraguay ▶ Perú



Organización  
Internacional  
del Trabajo

ACT/EMP

La Oficina de Actividades para los Empleadores de la OIT (ACT/EMP) agradece a quienes colaboraron con la elaboración de esta Nota Técnica, en particular a los líderes de las organizaciones empresariales que nos dieron su tiempo para la creación colectiva del documento. De igual manera, se agradece a **Sebastián Donoso**, quien lideró el trabajo de investigación, y al equipo de ACT/EMP implicado en el proceso de producción integrado por Roberto Villamil y Andrés Yurén.