

Aportes DPLF

Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF)



Participantes en la reunión de expertos organizada por la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF), el Instituto de Defensa Legal (IDL) y la Red Participación y Justicia, en La Paz, Bolivia, en mayo de 2010.

El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas

Katya Salazar

Directora Ejecutiva

Durante la última década el número y la intensidad de los conflictos sociales en América Latina han aumentado considerablemente, a tal punto que han puesto en riesgo la gobernabilidad democrática y el Estado de derecho en varios países de la región. Si bien las causas de estos conflictos son diversas, muchos de ellos –quizás los más explosivos– están relacionados con el uso y explotación de los recursos naturales. En estos escenarios entran en tensión diversos intereses legítimos: por un lado, el interés de los Estados de promover un modelo de desarrollo económico a través de la explotación de recursos naturales y por otro, los derechos de los pueblos indígenas a la tierra, el territorio y los recursos naturales, derechos reconocidos en tratados internacionales que la mayoría de los Estados latinoamericanos ha asumido soberanamente como de obligatorio cumplimiento.

Aunque en muchos casos pareciera que son conflictos sin solución, existe un marco jurídico internacional que establece reglas claras y que debe ser conocido, aplicado y exigido –incluso judicialmente– en cualquier discusión seria sobre este tema. Elementos esenciales de este marco jurídico son el derecho a la consulta y al consentimiento previos, libres e informados de los pueblos indígenas y tribales, que están vinculados directamente con el derecho de los miembros de estas comunidades a la tierra, el territorio y los recursos naturales. No se puede perder de vista, por supuesto, que en estas problemáticas también están involucrados los derechos a la integridad física y a la vida de los miembros de los pueblos indígenas y de los defensores de derechos humanos, inclusive de aquellos que defienden el medio ambiente.

La explotación de los recursos naturales debe realizarse en el marco del cumplimiento de las obligaciones constitucionales e internacionales de los Estados y respetando los derechos de los pueblos indígenas. En este sentido, es un imperativo de la conducta estatal y de las reglas básicas de la solución de estos conflictos, el respeto del derecho a la consulta y, en los casos de proyectos a gran escala o de gran impacto, la necesidad de contar con el consentimiento de las comunidades afectadas. Para cumplir plenamente con las obligaciones internacionales que soberanamente han asumido, los Estados no pueden delegar su cumplimiento en particulares, como las empresas, con el riesgo de tener que asumir posteriormente los costos jurídicos, políticos y económicos que derivarían de tal decisión.

Por su actualidad y trascendencia, en este número de AportesDPLF abordamos principalmente la situación del derecho a la consulta previa en países con una alta conflictividad derivada justamente de la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas, tales como Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, México y Perú, así como otras temáticas relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas y los derechos medioambientales. Esperamos que este número sea de su agrado y lo invitamos a enviarnos sus comentarios a: aportes@dplf.org ■



En este número

El derecho a la consulta en las Américas: marco legal internacional

Thomas Antkowiak y Alejandra Gonza p2

Opciones del derecho ambiental internacional para proteger los derechos de los pueblos indígenas

Astrid Puentes Riaño p6

Consulta, consentimiento y veto

María Clara Galvis Patiño p11

El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú: dificultades para su implementación

Javier La Rosa Calle p14

El derecho a la consulta previa en Bolivia

Mirna Cuentas p17

La consulta previa en Ecuador: ¿Un derecho colectivo justiciable o una mera formalidad administrativa?

Jaime Vintimilla p21

Ecuador: Estado plurinacional, pueblos indígenas y planes de vida

Verónica Albuja Muenala p24

La integración de la Ley de Consulta a los pueblos indígenas en México

Carlos Moreno Derbez p26

El derecho a la consulta en México: un derecho negado

Bárbara Dolman y Pedro Faro p30

Consulta y pueblos indígenas: el caso de Chile

Jorge Contesse p32

La paradoja de la consulta previa en Colombia

César Rodríguez Garavito y Natalia Orduz Salinas p34



¿Quiere recibir AportesDPLF?

Envíenos un e-mail a aportes@dplf.org



El derecho a la consulta en las Américas: marco legal internacional

Thomas Antkowiak

Profesor de Derecho Internacional de la Escuela de Derecho de la Universidad de Seattle

Alejandra Gonza

Abogada, especialista en Sistema Interamericano y ex abogada de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, los países latinoamericanos han explotado sus recursos naturales de una manera sin precedentes. Muchos de estos recursos no sólo se encuentran en territorios indígenas, sino que además son esenciales para la supervivencia de las comunidades indígenas. Como consecuencia, éstas han intentado defender sus tierras y sus recursos, y los derechos sobre ellos, acudiendo cada vez con mayor frecuencia a los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos. Debido a que *Aportes DPLF* enfatiza el contexto legal latinoamericano, este artículo resumirá algunos de los aspectos más importantes que surgen del marco legal desarrollado por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, especialmente en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además, cuando el espacio lo permita, se harán breves referencias a los parámetros similares que pueden encontrarse en el Sistema Universal de las Naciones Unidas.

La Corte Interamericana, a través del análisis de cinco casos contenciosos relacionados con la temática de los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras, ha establecido un sólido marco jurídico internacional para resolver los conflictos que surgen entre los Estados y las comunidades indígenas o

tribales por las concesiones otorgadas por los gobiernos para la extracción, explotación y desarrollo de recursos naturales en sus territorios¹. Todo comenzó con la sentencia emitida en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua* en 2001 y culminó, por ahora, con la sentencia de interpretación emitida en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, siete años después. Sin embargo, todavía existen puntos claves y complejos que deben ser desarrollados en la materia, así como derechos conexos que aún no han sido analizados en profundidad.

Es importante señalar que la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana ha consolidado la defensa de los derechos humanos de las comunidades indígenas realizada por sus miembros y líderes, por la sociedad civil y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), principalmente a través del ejercicio de sus funciones preventiva y contenciosa. La CIDH ha solicitado medidas provisionales² ante la Corte Interamericana en diversas oportunidades, especialmente cuando las medidas cautelares otorgadas no han sido efectivas, y ha presentado siete demandas en casos contenciosos³ (dos todavía pendientes de decisión)⁴. Además, la CIDH continúa elaborando informes de admisibilidad y fondo en casos concretos⁵, adoptando medidas cautelares, realizando informes temáticos⁶ o sobre un país determinado⁷, y llevando a cabo audiencias públicas y visitas *in loco* en

¹ Corte I.D.H., *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185; Corte I.D.H., *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172; Corte I.D.H., *Caso Comunidad Indígena Sarwoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Moirwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124; Corte I.D.H., *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; y Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

² Ver, por ejemplo, las decisiones de la Corte Interamericana adoptando o rechazando medidas en los siguientes casos: *Asunto Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros* (Panamá) (este caso ya fue admitido y se encuentra pendiente de decisión de fondo ante la Comisión Interamericana); *Asunto del Pueblo Indígena Sarayaku* (Ecuador) (recientemente, la CIDH presentó la demanda en este caso ante la Corte Interamericana); *Asunto del Pueblo Indígena Kankuamo* (Colombia); y *Asunto Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó* (Colombia).

³ Demandas ante la Corte Interamericana que ocasionaron las sentencias en los cinco casos mencionados en la nota 2.

⁴ Demandas de la CIDH en el *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek del pueblo Enxet-Lengua y sus miembros* (Paraguay) de 3 de julio de 2009 y en el *Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku* (Ecuador) de 26 de abril de 2010.

⁵ Ver, por ejemplo: CIDH. Informe 75/09, Admisibilidad. Petición 286-08, *Comunidades Indígenas Ngöbe y sus miembros en el Valle del Río Changuinola*. Panamá, 5 de agosto de 2009; CIDH. Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052. *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo*. Belice, 12 de octubre de 2004; y CIDH. Informe 75/02, Fondo. Caso 11.140. Mary y Carrie Dann. Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002.

⁶ CIDH. Informe Anual 2009. Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV, Acápite 2, "Acceso a la información y derecho a la consulta de los pueblos indígenas".

⁷ CIDH. Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia (2007). Capítulo IV, Acápite C.

las que recaba información sustancial que le servirá de base para profundizar estos temas en futuros informes.

De los cinco casos contenciosos ya decididos por la Corte Interamericana surgen varios principios importantes. Primero, que el derecho a la propiedad, garantizado por el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, abarca el derecho tanto a la propiedad privada de los particulares como a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas o tribales. Segundo, que los pueblos indígenas que viven en tierras ancestrales “de conformidad con sus tradiciones” tienen el derecho a obtener el título sobre sus territorios y que los Estados tienen la obligación de legalizar la relación de los pueblos indígenas con sus tierras para proteger sus intereses en la propiedad. Tercero, que el Estado tiene el deber de consultar con sus pueblos indígenas y tribales en materias que afecten a sus derechos e intereses. En este punto, la Corte Interamericana articuló diversos requisitos que los Estados deben observar al restringir los derechos de los pueblos indígenas y tribales de usar y gozar de su propiedad. Finalmente, que el Estado, en ciertos casos, debe obtener el consentimiento previo de las comunidades afectadas.

El desarrollo jurisprudencial destacado es el resultado de la interpretación y análisis extensivos de la Convención Americana, tanto en sí misma como a la luz de otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la reciente Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Tanto el Convenio No. 169 como dicha declaración consagran expresamente el deber de consultar.

EL DEBER DE CONSULTAR

El derecho a la propiedad protegido en la Convención Americana no es absoluto: su artículo 21.1 señala que: “[l]a ley puede

subordinar tal uso y goce al interés social”. Por consiguiente, la Corte Interamericana ha establecido que el Estado puede restringir los derechos a la propiedad contemplados en el artículo 21 de la Convención Americana si tal restricción responde “a los intereses de la sociedad”⁸. Para que pueda considerarse “de interés de la sociedad” se requiere que las restricciones: 1) hayan sido previamente establecidas por ley; 2) sean necesarias; 3) sean proporcionales; y 4) tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática⁹. Además, si la restricción afecta los derechos a la propiedad comunitaria, la Corte Interamericana requiere que se satisfaga un quinto elemento: la limitación no puede “implica[r] una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”¹⁰.

Según la Corte Interamericana, para asegurar que una restricción a los derechos a la propiedad de los pueblos indígenas no implique una violación del quinto elemento, deben reunirse tres salvaguardas. Primero, el Estado debe asegurar “la participación efectiva” de los miembros del pueblo indígena o tribal, “de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de su territorio”¹¹. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo indígena se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio¹². Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión o permiso dentro del territorio indígena, “a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental”¹³.

1. Efectiva participación

Para asegurar una “efectiva participación” de los grupos indígenas o tribales, el Estado tiene el deber de consultar activamente con dicha comunidad según sus costumbres y tradiciones, aceptar y brindar información, y promover la comunicación constante entre las partes¹⁴. Las consultas deben realizarse de buena

⁸ Corte I.D.H., *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 127.

⁹ *Ibid.* Ver además: Corte I.D.H., *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 144-145; Corte I.D.H., *Caso Comunidad Indígena Sarwoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 137.

¹⁰ Corte I.D.H., *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 128.

¹¹ *Ibid.*, párr. 129.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.* Recientemente, la Corte Interamericana ha aclarado que dichos estudios deben “realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto”, tales como las *Akwé:Kon Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessments*. Corte I.D.H., *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 41.

¹⁴ Corte I.D.H., *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133; Corte I.D.H., *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 17.

fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados, y deben tener como fin llegar a un acuerdo¹⁵. Asimismo, se debe consultar con el pueblo de que se trate desde las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si fuera el caso. El Estado, además, debe asegurarse de que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto, con conocimiento y de forma voluntaria¹⁶.

Estos elementos también son exigidos por el Sistema Universal de las Naciones Unidas. El Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, y los comentarios del Relator especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, requieren que las consultas se efectúen de buena fe y de una manera apropiada, a través de sus instituciones representativas¹⁷.

2. Materias sobre las que se debe consultar

En la sentencia de interpretación en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam* (2008), la Corte Interamericana profundizó el significado del deber del Estado de consultar en el contexto de extracción de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas, ordenando que, como mínimo, las consultas se lleven a cabo respecto de seis materias. Primero, sobre todo el proceso tendiente al otorgamiento del título colectivo del territorio. Segundo, sobre el proceso de reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad indígena. Tercero, sobre el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para garantizar al derecho de los integrantes del pueblo indígena a ser titulares de derechos bajo

La Corte Interamericana aclaró que es el pueblo indígena, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo indígena en cada proceso de consulta

forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado. Cuarto, sobre el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para garantizar el derecho del pueblo indígena a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres. Quinto, sobre los estudios previos de impacto social y ambiental. Y sexto, en relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo indígena, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten su territorio¹⁸. Además, con el propósito de ase-

gurar una participación significativa de los grupos indígenas, los Estados tienen la obligación de “aceptar y brindar información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible”¹⁹.

Finalmente, la Corte Interamericana aclaró que es el pueblo indígena, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo indígena en cada proceso de consulta²⁰.

3. Deber de obtener el consentimiento previo

En el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte Interamericana determinó que en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que pudieran tener un mayor impacto en los territorios indígenas, el Estado tiene no sólo el deber de consultar con la comunidad, sino que también “debe obtener el consentimiento previo, libre e informado, de conformidad con sus costumbres y tradiciones”²¹. A la fecha, la Corte no ha definido los términos “a gran escala” o “mayor impacto”.

Por su parte, el Relator especial de Naciones Unidas sobre la situación de los indígenas ha manifestado que la importancia de lograr el consentimiento varía de acuerdo a las circunstancias. Al respecto, sostiene que “el impacto significativo y directo en las vidas o territorios de los pueblos indígenas establece una fuerte presunción de que la medida no debería seguir adelante

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Corte I.D.H., *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133. Asimismo, ver: CIDH. Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052. *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo*. Belice, 12 de octubre de 2004, párr. 142.

¹⁷ Ver, por ejemplo: el artículo 6 del Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo; el artículo 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas; y los párrs. 38-42 del Informe del Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas (2009), A/HRC/12/34. Ver también: Observación general No. 23 (1997) relativa a los pueblos indígenas, CERD/C/51/Misc. 13/Rev.4, párrs. 4.d y 5.

¹⁸ Corte I.D.H., *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185, párr. 16.

¹⁹ Corte I.D.H., *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185, párr. 17. Sobre este punto específico, ver: CIDH. Informe Anual 2009. Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV, Acápito 2, “Acceso a la información y derecho a la consulta de los pueblos indígenas”.

²⁰ Corte I.D.H., *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185, párr. 18.

²¹ Corte I.D.H., *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 134.

sin el consentimiento de sus pueblos”²². En este sentido, ofrece tres casos ilustrativos en los que el Estado debe obtener el consentimiento de los pueblos. Dos de ellos provienen de la Declaración de las Naciones Unidas y se refieren a las circunstancias que impliquen reubicación de sus tierras tradicionales o la colocación de residuos tóxicos en sus territorios. El tercer ejemplo surge de la sentencia de la Corte Interamericana en el Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, en el sentido de que el consentimiento previo debe ser requerido cuando se trate de “proyectos a gran escala” o que tengan un “mayor impacto” en las tierras indígenas²³.

CONCLUSIÓN

De este modo, en el Sistema Interamericano, los Estados tienen la obligación de consultar con las comunidades indígenas o tribales afectadas cada vez que se planea el desarrollo de recursos

naturales dentro de su territorio. Además, si el plan de desarrollo es “a gran escala” o de “mayor impacto”, los Estados no pueden seguir adelante sin obtener un consentimiento previo, libre e informado de la comunidad indígena o tribal afectada.

En los próximos años, el Sistema Interamericano conocerá numerosos casos que involucran derechos de los pueblos indígenas. Ya se encuentran pendientes de decisión en la Corte Interamericana dos casos que tratan estos temas en Panamá y Ecuador²⁴. Los límites del deber de consultar y del deber de obtención del consentimiento serán inevitablemente puestos a prueba y mejor definidos. Otros conceptos inciertos, tales como “de acuerdo a sus tradiciones” o “desarrollo a gran escala”, serán posiblemente cuestionados y subsecuentemente desarrollados con matices diferentes. Sin duda alguna, en la próxima década los derechos indígenas estarán entre los asuntos jurídicos neurálgicos y más dinámicos de las Américas. ■

²² Informe del Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas (2009), A/HRC/12/34, párr. 47.

²³ *Ibid.*

²⁴ Recientemente, una solicitud de medidas provisionales respecto de otro caso de Panamá fue rechazada, entre otros motivos, porque adoptarlas hubiera significado tocar temas de fondo que debían discutirse en el marco de un caso contencioso ante la CIDH.

Actividades

Reunión de expertos sobre recursos naturales y derechos de los pueblos indígenas: intercambio de experiencias en Washington, D.C. y en la región andina

Con el fin de conocer los debates actuales sobre recursos naturales y derechos de los pueblos indígenas e intercambiar ideas y reflexiones directamente con los actores locales, DPLF coordinó una iniciativa para que en Washington DC se pueda contar con información de primera mano y a la vez viajar a la región andina para conocer directamente las experiencias locales, recoger información e intercambiar conocimientos. Bajo este marco organizamos reuniones de trabajo con expertos nacionales e internacionales, referidas a la situación de tres países: Perú, Ecuador y Bolivia.

En septiembre de 2009 y marzo de 2010 tuvieron lugar

las reuniones de expertos y una conferencia pública en Washington, D.C., a la que asistieron una variedad de actores que desde diferentes perspectivas y disciplinas trabajan en temas relacionados con el medio ambiente, los pueblos indígenas y las industrias extractivas en el Perú.

Posteriormente, para tener acceso a información de primera mano, transmitir conocimiento y fortalecer las capacidades de organizaciones locales sobre los temas de recursos naturales, derechos humanos y derechos de los pueblos indígenas, organizamos, en mayo de 2010, reuniones de expertos en Ecuador y en Bolivia. A cada una de las reuniones invi-



Reunión de expertos sobre recursos naturales y derechos de los pueblos indígenas, La Paz, Bolivia, 11 y 12 de mayo de 2010.

tamos expertos internacionales, ong's, autoridades, así como representantes de los distintos pueblos indígenas. Estas reuniones se centraron en abrir un espacio de discusión entre varios actores, con un énfasis especial en los mecanismos para que el respeto de los derechos

de los pueblos indígenas pueda ser puesto en práctica luego de las reformas constitucionales recientemente aprobadas en estos dos países. La memoria de estas reuniones estará disponible para ser consultada en la página de internet de DPLF: www.dplf.org



Opciones del derecho ambiental internacional para proteger los derechos de los pueblos indígenas

Astrid Puentes Riaño

Co-Directora Ejecutiva de la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA)

INTRODUCCIÓN

La vinculación de los pueblos indígenas con los recursos naturales, su ambiente y su territorio es innegable. Por ello, para hablar de la protección efectiva de los derechos de los pueblos indígenas es imperioso incluir también al derecho ambiental.

En primer lugar, porque los derechos humanos son universales, interdependientes e indivisibles, por lo cual la falta de protección de uno compromete el disfrute de los demás derechos. Dado que la aplicación de las normas ambientales promueve la protección del derecho humano a un ambiente sano, el incorporar estas opciones puede fortalecer la efectividad de los derechos¹, incluyendo los de los pueblos indígenas, afrodescendientes, campesinos y pescadores.

Segundo, en virtud de la complejidad de los problemas que amenazan los derechos indígenas y el ambiente, el derecho ambiental podría contribuir con soluciones, aportando el conocimiento técnico que en muchas ocasiones se requiere. El derecho ambiental puede también ayudar a llenar vacíos, por ejemplo, respecto a cómo evaluar impactos ambientales y sociales, y las alternativas existentes o medidas posibles para evitar, mitigar o remediar daños.

En tercer lugar, los sistemas de protección de derechos humanos deberían ser dinámicos y evolucionar de acuerdo con las necesidades para brindar una protección más efectiva. Así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos al incorporar la posibilidad de recurrir a otros tratados internacionales, incluso cuando no hayan sido reconocidos dentro del sistema, “siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado miembro del sistema interamericano”².

Los derechos humanos son universales, interdependientes e indivisibles, por lo cual la falta de protección de uno compromete el disfrute de los demás derechos

Este artículo busca identificar las herramientas básicas del derecho ambiental internacional para fortalecer la protección de los derechos de los pueblos indígenas. La primera parte enuncia los principios de derecho ambiental internacional más importantes, que han sido y podrían ser usados para este fin. La segunda parte incluye algunos de los tratados ambientales internacionales que por las obligaciones y las opciones de exigencia a través de los secretariados u otros mecanismos, podrían dar oportunidades de protección cuando fuera necesario. Reconociendo la complejidad del

tema y el límite del espacio, este escrito busca iniciar la discusión, haciendo una invitación para investigar en mayor detalle y aplicar esta temática caso por caso.

PRINCIPIOS INTERNACIONALES DEL DERECHO AMBIENTAL

Los principios internacionales son una de las fuentes del derecho³. Estos principios son normas aceptadas por la mayoría de los Estados que “llenen los vacíos del derecho internacional que no han sido llenados por los tratados o la costumbre”⁴. Si bien su contenido no es claro en todas las circunstancias, no hay duda de su condición de fuente de derecho⁵ y, por ende, son fundamentales en la determinación de las obligaciones de los Estados para cada caso concreto.

La aplicación de éstos implica también el respeto de las normas generales del derecho, incluyendo a los derechos humanos. Es importante resaltar la responsabilidad de los Estados por las acciones u omisiones de sus agentes, así como de las actividades bajo su jurisdicción⁶. Esta obligación es fundamental en materia ambiental y está reflejada también en el marco jurídico.

¹ Martin Wagner y Astrid Puentes Riaño. “Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Guía de Defensa Ambiental*, AIDA, 2009, p. 113.

² Corte I.D.H., “*Otros Tratados*” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párrs. 21 y 43.

³ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.

⁴ David Hunter, James Salzman y Durwood Zaelke. *International Environmental Law and Policy*. University Casebook Series, 1998, p. 231.

⁵ M. Shaw. “International Law”, en: Barry Carter y Phillip Trimble. *International Law*. Aspen Law & Business, 3a edición, 1999, p. 170.

A continuación se describen brevemente aquellos principios que han tenido un mayor desarrollo en la normatividad y jurisprudencia internacional, por lo cual son ampliamente aceptados como obligatorios. La aplicación de cada uno depende del grado de reconocimiento de cada Estado y de la claridad de su contenido. En todo caso, la forma en que han sido reconocidos internacionalmente ha sido suficiente para que los tribunales, como se verá más adelante, los adopten para llenar vacíos hacia la solución de conflictos.

1. Principio de no causar daños ambientales en otras jurisdicciones

Todos los Estados tienen “la responsabilidad de velar porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”⁷. Este principio está reconocido en la Carta de las Naciones Unidas, así como reiteradamente en la jurisprudencia internacional desde 1938⁸. Recientemente, la Corte Internacional de Justicia reiteró este principio, reconociendo que ahora “es parte del cuerpo del derecho internacional ambiental relacionado con el ambiente”⁹.

Por ende, cualquier actividad que los Estados autoricen deberá considerar los posibles impactos a las jurisdicciones de otros Estados. En consecuencia, se deberán implementar las acciones necesarias para evitar posibles impactos a otros Estados. Esto puede ser particularmente útil para los pueblos indígenas que habitan en zonas fronterizas.

2. Principio de prevención

Es evidente que todas las actividades humanas causan algún tipo de impacto, incluso el respirar. Sin embargo, a través del tiempo, la humanidad ha aprendido que algunas actividades causan daños graves y que hay medidas que pueden evitarlos. Éste es el fondo del principio de prevención, en el entendido

En caso de duda respecto al desarrollo de una actividad, y siempre y cuando haya un riesgo de este tipo, la decisión deberá ser a favor de la naturaleza, con lo cual, dichas actividades deberían evitarse o no autorizarse.

que es mejor evitar que curar. En consecuencia, los Estados reconocen la obligación de proteger el ambiente¹⁰ y por ende, la importancia de implementar acciones para evitar la ocurrencia de daños ambientales, incluyendo la biodiversidad, el medio marino, la atmósfera, entre otros.

El principio de prevención, a diferencia del siguiente, de precaución, implica que los Estados o autoridades tienen la certeza científica respecto del tipo de impactos que pueden ocasionarse y de las medidas a implementar para evitarlos o mitigarlos. En consecuencia, los Estados deben aplicar este conocimiento

para evitar daños cuyas consecuencias ya son conocidas.

3. Principio de precaución

El principio de precaución o precautorio establece que, “[c]uando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”¹¹. Dicho principio está incluido en tratados ambientales internacionales¹², en legislación interna en América Latina, así como en la Unión Europea. Por ello, es considerado como parte de los principios del derecho ambiental internacional¹³.

El fundamento de este principio es tener una aproximación de protección especialmente ante actividades con alto riesgo de causar daños graves e irreversibles. Por ende, en caso de duda respecto al desarrollo de una actividad, y siempre y cuando haya un riesgo de este tipo, la decisión deberá ser a favor de la naturaleza, con lo cual dichas actividades deberían evitarse o no autorizarse. Una de las consecuencias del principio de precaución es que la carga de la prueba cambia, es decir, le corresponde a quien promueve la actividad en cuestión demostrar que ésta no ocasionará daños graves e irreversibles¹⁴.

⁶ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 172.

⁷ Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo (en adelante, Declaración de Río), junio de 1992. A/CONF. 151/26 (Vol. I). Principio 2.

⁸ Reports of International Arbitral Awards. Trail Smelter Case, United States, Canada, 16 April 1938 and 11 March 1982, Volume III, p. 1963.

⁹ Corte Internacional de Justicia. *Caso de las Papeleras en el Río Uruguay*, Argentina c. Uruguay, Decisión de abril de 2010, párr. 193. Citando: *Legalidad de la Amenaza del Uso de Armas Nucleares*, Opinión Consultiva, Informes de la C.I.J. 1996 (I), pp. 241-241, párr. 29.

¹⁰ Declaración de Río, Principio 4.

¹¹ Declaración de Río, Principio 15.

¹² Ver, por ejemplo: Carta Mundial de la Naturaleza, Principio 11(b), G.A. Res. 37/7, 28 de octubre de 1982; Convenio sobre la Diversidad Biológica, Preámbulo, 1760 U.N.T.S. 79, 31 I.L.M. 818, 5 de junio de 1992; Programa 21, párr. 18.40(b)(iv), U.N. Doc. A/CONF.151/26/REV.1(VOL.II) (1993), Convención Marco de Cambio Climático, art. 3, 31 I.L.M. 849 (1992).

¹³ Unión Europea. Comunicación acerca del PP, 2000. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0001:FIN:ES:PDF>. “De ello se deriva que este principio ha experimentado una consolidación progresiva en el Derecho internacional del medio ambiente que lo ha convertido en un verdadero principio de derecho internacional de alcance general”, p. 10.

¹⁴ Roosie Cooney. *El Principio de Precaución en la Conservación de la Biodiversidad y la Gestión de los Recursos Naturales*, UICN, noviembre de 2004. Traducido al español en octubre de 2005, p. 6.

4. Principio de evaluación de impactos ambientales

La herramienta fundamental para tomar decisiones respecto de actividades que pueden causar daños ambientales es la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA). Por ende, ésta es reconocida como norma internacional y parte fundamental de las obligaciones de los Estados, incluida en prácticamente todos los tratados ambientales¹⁵, y reconocida también por la jurisprudencia internacional¹⁶. Además, esta herramienta permite prevenir los daños y aplicar una perspectiva precautoria, cuando no haya certeza de éstos.

La Corte Internacional de Justicia, en un significativo avance jurisprudencial¹⁷, reconoció su existencia. Según el tribunal, “de acuerdo con la práctica que en años recientes ha ganado mucha aceptación entre los Estados, podría ahora considerarse un requisito bajo el derecho internacional general el implementar estudios de impacto ambiental cuando haya un riesgo que la actividad industrial propuesta pueda tener un impacto adverso significativo en un contexto transfronterizo, particularmente, en un recurso compartido”¹⁸. La Corte Internacional de Justicia concluye que a cada Estado le corresponde determinar en su legislación interna o en el proceso de autorización, el contenido de los EIA, aclarando que éste debe ser previo a la implementación del proyecto y que deben implementarse acciones de control y seguimiento una vez que el proyecto comienza a operar¹⁹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha referido a la obligación de los Estados de realizar los EIA, particularmente para garantizar los derechos humanos. De acuerdo con la Corte Interamericana, en situaciones en las cuales se tomen decisiones que restrinjan derechos humanos, deben rea-

La herramienta fundamental para tomar decisiones respecto de actividades que pueden causar daños ambientales es la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA)

lizarse los EIA por entidades independientes y técnicamente capaces²⁰. El tribunal se refirió a la necesidad de tener los EIA para autorizar la explotación de madera, porque en dicho caso se limitaba el derecho a la propiedad de los pueblos afectados, entre otros derechos.

Asimismo, en un caso relacionado con pueblos indígenas y afrodescendientes afectados por actividades mineras, la Corte Constitucional de Colombia consideró que estas autorizaciones implican la obligación del Estado de planificar el manejo de los recursos naturales para garantizar

el desarrollo sostenible y para garantizar los derechos indígenas afectados²¹. Para ello, el Estado debió haber realizado los procesos de consentimiento libre, previo e informado, para los cuales existía la obligación de realizar EIA integrales. Dado que ello no ocurrió, la Corte Constitucional ordenó al Estado colombiano suspender las actividades mineras hasta que se realicen dichos estudios de forma integral y difundiendo los resultados ampliamente con las comunidades afectadas²².

5. Principio de información, participación y acceso a la justicia

Finalmente, el principio de información, participación y acceso a la justicia es uno de los pilares fundamentales en el derecho internacional ambiental para garantizar el derecho al ambiente sano. Fue reconocido expresamente en la Declaración de Río²³ y es fundamental porque determina la posibilidad de que las personas conozcan la situación en la que viven y tomen medidas, incluyendo ser parte de las decisiones que consideren que pueden afectarlos. Este principio es un complemento vital para la protección de los pueblos indígenas, dado que, en muchas ocasiones, por ejemplo, el derecho a la consulta previa, libre e informada no es suficiente para garantizar sus derechos.

¹⁵ Convenio de Diversidad Biológica, art. 14; Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional (Convención de Ramsar), 996 U.N.T.S. 245, 2 de febrero 1971; Convención Marco de Cambio Climático, art. 3, 31 I.L.M. 849 (1992).

¹⁶ Por ejemplo: Comisión Africana de Derechos Humanos de los Pueblos, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*. ACHRP/Comm/A044/1, 27 de mayo de 2002, párr. 53.

¹⁷ Cymie R. Payne, “Pulp Mills on the River Uruguay: The International Court of Justice Recognizes Environmental Impact Assessment as a Duty under International Law”, ASIL. The American Society of International Law, April 22, 2009, Volume 14, Issue 9. Traducción de la autora.

¹⁸ CIJ, *Caso de las Papeleras en el río Uruguay, Argentina c. Uruguay*, párr. 204.

¹⁹ *Ibid.*, párr. 205.

²⁰ Corte I.D.H., *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129.

²¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-769 de 2009, 29 de octubre de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, p. 30.

²² *Ibid.*, p. 44, Resolutive Quinto.

²³ Declaración de Río, Principio 10: “El mejor modo de tratar las cuestiones es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población, poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

En desarrollo de este principio, la Unión Europea suscribió la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la toma de decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales, también conocida como Convención de Aarhus²⁴. Este instrumento es de suma importancia, pues va más allá de un listado de buenas intenciones y reconoce el principio como derecho de las personas, estableciendo instituciones responsables y mecanismos de exigibilidad. Aunque dicha convención cubre a la Unión Europea, los demás Estados, aunque no sean parte de ella, la pueden ratificar. Además, cualquier persona puede exigir su cumplimiento si considera que sus derechos a la información, participación o acceso a la justicia se ven vulnerados por los Estados partes.

En el continente americano no hay instrumentos exclusivos que reconozcan estos derechos. A pesar de ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que el acceso a la información y participación es esencial para la democracia, incluyendo la información ambiental²⁵. Así y a través de la conexidad con éste y otros derechos, se podría alcanzar el reconocimiento de este principio de forma más directa.

TRATADOS O INSTRUMENTOS DE DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL

Sumado a los principios, existen diversos tratados ambientales que contienen obligaciones de los Estados, cuyo cumplimiento implica también una mayor protección para los pueblos indígenas. Incluyo tres de los más usados, porque han demostrado su utilidad, dado que contienen obligaciones claras y tienen mecanismos de exigencia de cumplimiento que han funcionado. Vale la pena mencionar que una de las debilidades de estos tratados es la falta de mecanismos fuertes de exigibilidad, por lo cual la efectividad depende de cada caso, de la estrategia utilizada y de la voluntad de cumplimiento de los Estados.

1. Convenio de Diversidad Biológica

El Convenio de Diversidad Biológica (CDB) tiene como objetivos “la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos”²⁶. En relación con los pueblos indígenas, se incluyó, en el famoso artículo 8(j), la obligación de los Estados de respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales en relación con el uso y conservación sostenible de la biodiversidad biológica²⁷. Explicar esto en detalle excede el límite de este escrito, por lo cual resta incluir que a raíz de este artículo se creó un comité y grupos de trabajo en los cuales los gobiernos y los pueblos indígenas han ido negociando la manera de implementarlo.

2. Convención de Ramsar

La Convención sobre los Humedales de Importancia Internacional, conocida como Convención de Ramsar, es un tratado intergubernamental que sirve de marco para la acción nacional y la cooperación internacional para conservar y promover el uso racional de los humedales y sus recursos²⁸. Entre otros, de acuerdo con la Convención de Ramsar, “[l]as Partes Contratantes deberán elaborar y aplicar su planificación de forma que favorezca la conservación de los humedales incluidos en la Lista y, en la medida de lo posible, el uso racional de los humedales de su territorio”²⁹. Para asegurar su cumplimiento, esta convención cuenta con una Secretaría que puede recibir quejas cuando los Estados la incumplen. De esta manera, para casos que afecten derechos indígenas y humedales (manglares, lagos, ríos, entre otros), esta convención puede ser una vía para exigir el cumplimiento de las obligaciones de los Estados.

3. Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, UNESCO

La Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural ha servido para que los Estados implementen medidas para identificar y proteger algunas áreas vitales por su valor

²⁴ Convención de Aarhus, junio 25 de 1998, DocECE/CEP/43, 2161 U.N.T.S. Guía para la implementación, disponible en: <http://www.unece.org/env/pp/acig.pdf>.

²⁵ Convención de Aarhus, junio 25 de 1998, DocECE/CEP/43, 2161 U.N.T.S. Guía para la implementación, disponible en: <http://www.unece.org/env/pp/acig.pdf>. bre 2004. Traducido al español en octubre de 2005, p. 6.

²⁶ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente y el Desarrollo, Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB). Disponible en: <http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>. Río de Janeiro, 1992, artículo 1.

²⁷ CDB, Artículo 8(j): “Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”.

²⁸ Disponible en: http://www.ramsar.org/cda/es/ramsar-home/main/ramsar/1%5E7715_4000_2__.

²⁹ Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional (Convención de Ramsar), 996 U.N.T.S. 245, 2 de febrero de 1971, artículo 3.

excepcional ambiental o étnico, entre otros³⁰. En caso de que los Estados incumplan dichas obligaciones, existe la posibilidad de solicitar ante el Comité de la UNESCO la protección y la exigencia para implementar medidas de protección. Evidentemente, el reconocimiento de algunas zonas ha generado controversia, particularmente por la posible afectación a derechos indígenas. Por ello, su uso se tendrá que analizar en cada caso.

CONCLUSIONES

Dado que el ambiente y los derechos indígenas están íntimamente ligados, la protección efectiva de ambos requiere y ofrece la búsqueda de posibles soluciones en varias áreas del derecho. El derecho ambiental internacional es una vía, que dada su especialidad y la determinación de obligaciones de los Estados, podría fortalecer la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

³⁰ Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural 1972, 16 de noviembre de 1972, artículo 1. Disponible en: <http://www.unesco.org/new/es/unesco/>.

Para ello, la referencia a los principios fundamentales es de vital importancia, especialmente, al principio de la responsabilidad de los Estados de no causar daños a la jurisdicción de otros Estados, al principio de prevención, al principio de precaución, al principio de evaluación de impactos ambientales, así como el de información, participación y acceso a la justicia. Asimismo, los tratados de derecho ambiental internacional podrían también ayudar a determinar soluciones para casos puntuales que fortalezcan la protección de los pueblos indígenas y, por ende, ayuden a llenar vacíos hacia la protección efectiva de los mismos.

Sin duda, el tema tiene un potencial inmenso de desarrollo, por lo cual, el presente escrito no pretende agotarlo. Al contrario, pretende constituirse en punto inicial de discusión, hacia el desarrollo de estrategias y acciones que fortalezcan la protección de los derechos humanos, como un todo. ■

Actividades

DPLF participa en XL Asamblea General de la OEA en Lima

Del 6 al 8 de junio de 2010, DPLF participó en la XL Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) que se llevó a cabo en Lima, con el tema de “Paz, Seguridad y Cooperación en las Américas”. Mirte Postema, Coordinadora del Programa de Rendición de Cuentas y Transparencia Judicial de DPLF, participó en las reuniones preparatorias organizadas por las organizaciones de la sociedad civil de las Américas, así como por el Departamento de Asuntos Internacionales de la OEA, en las que se discutió la estrategia compartida de la sociedad civil y se acordaron posiciones comunes para la Asamblea General.

DPLF, como miembro de la Alianza Regional para la Libertad de Expresión e Información,

presentó varios temas en el Diálogo Informal de la Sociedad Civil con el Secretario General. Aplaudió la redacción de una Ley Modelo de la OEA para el Acceso a la Información, la cual fue aprobada por la Asamblea General varios días después; además de expresar su grave preocupación y su oposición al intento de Venezuela de limitar la participación de organizaciones de la sociedad civil en la OEA, al sugerir que la participación de las organizaciones de la sociedad civil en la OEA debe depender de su establecimiento como organizaciones según el derecho interno.

Precisamente por los intentos de varios Estados americanos de limitar la participación de la sociedad civil, tanto en sus propios países como dentro de la OEA, es importante fortalecer el marco de participación de las organizaciones de la sociedad civil en las actividades de la OEA. Es fundamental para el



Mirte Postema en la reunión del diálogo informal de la sociedad civil con el Secretario General, José Miguel Insulza.

Foto: Juan Manuel Herrera/OAS

buen gobierno tener espacios de discusión donde la sociedad civil pueda participar, hacer sugerencias y aportar información relevante. Estas prácticas enriquecen el debate, fortalecen la democracia y mejoran el proceso de toma de decisiones.

Para que lo anterior pueda hacerse efectivo al interior de la OEA, se requiere evaluar la manera de mejorar la participación de las organizaciones de la sociedad civil. Es esencial que el diálogo sea verdadero: que haya

un intercambio de información entre las partes en lugar de una secuencia de monólogos, y que todas las organizaciones que deseen, puedan participar en estos espacios. El trabajo del Departamento de Asuntos Internacionales —que coordina las relaciones de la OEA con la sociedad civil— es clave en este proceso. Por ello, DPLF sigue con interés las discusiones que tengan lugar sobre este tema, tanto con las autoridades como con las organizaciones de la región.



Consulta, consentimiento y veto

María Clara Galvis Patiño

Abogada, especialista en derecho interamericano, profesora de derecho internacional de los derechos humanos de las universidades Sergio Arboleda y Santo Tomás de Colombia

Aunque los instrumentos internacionales que protegen los derechos de los pueblos indígenas (Convenio 169 de la OIT y Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas) han dado claridad sobre ciertos aspectos relacionados con la consulta y el consentimiento, otros aún tienen contenidos inciertos, que seguramente serán precisados en el futuro, por las cortes nacionales o por los órganos y tribunales internacionales. En esta nota en primer lugar voy a mencionar varios de los aspectos que están definidos en el Convenio 1969 y en la Declaración de 2007, para luego referirme a algunos de los que permanecen inciertos y que son centrales en los debates sobre consulta y consentimiento: ¿el consentimiento es solo la finalidad de la consulta o es un derecho en sí mismo? ¿el derecho a la consulta previa implica un poder de veto para los pueblos consultados?

A la luz de los estándares normativos de derecho internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas es claro: i) que la consulta es un deber propio de los Estados (C-169: art. 6.1), ii) que debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos (C-169: art. 6.1; D: art. 19), iii) que debe realizarse de buena fe (C-169: art. 6.2; D: art. 19), iv) antes de adoptar o aplicar leyes o medidas administrativas que puedan afectar directamente a las comunidades (C-169: art. 6.1; D: art. 19), v) antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (D: art. 32.2), vi) antes de autorizar o emprender cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales que se encuentren en las tierras donde habitan pueblos indígenas (C-169: art. 15.2), vii) antes de utilizar las tierras o territorios indígenas para actividades militares (D: art 30), viii) que la consulta debe llevarse a cabo con la finalidad de lograr un acuerdo con los pueblos o su consentimiento libre, previo e informado (C-169: art. 6; D: arts. 19 y 32). Igualmente, bajo los instrumentos internacionales que protegen los derechos de los pueblos indígenas está establecido el derecho al consentimiento previo, libre e informado en dos situaciones: i) respecto de los traslados de las tierras que ocupan y la reubicación (C-169: art. 16.2; D: art. 10) y para almacenar o eliminar materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (D: 29).

En los dos instrumentos internacionales mencionados, respecto de la aprobación de leyes, medidas administrativas, proyectos de uso, prospección o explotación de recursos naturales, el consentimiento no ha sido configurado como un derecho sino como la finalidad de la consulta previa (C-169: art. 6; D: arts. 19 y 32). Sin embargo, en la sentencia de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos, en el *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*, el Alto Tribunal interamericano estableció el derecho al consentimiento en circunstancias específicas: cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que puedan tener un impacto mayor en el territorio del pueblo. Si bien es cierto, –y en ello coincido con Thomas Antkowiak y Alejandra Gonza en su artículo para esta revista– que aún no está definido con precisión el significado de “planes de desarrollo o de inversión a gran escala” y de “impacto mayor”, sí existen criterios que permiten saber cuándo se está frente a proyectos capaces de causar impactos mayores y/o generar cambios sociales y económicos profundos en las comunidades. Estos criterios fueron mencionados en el informe del *Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas*, Rodolfo Stavenhagen y retomados por la Corte Interamericana en el *Caso del Pueblo Saramaka*. Se trata de un proyecto de este tipo cuando éste genere efectos como i) la pérdida de territorios y tierra tradicional, ii) el desalojo, iii) la migración y el posible reasentamiento, iv) el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, v) la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, vi) la desorganización social y comunitaria, vii) impactos sanitarios y nutricionales negativos y de larga duración, o viii) abuso y violencia.

Resulta entonces que en las circunstancias indicadas el consentimiento se configura como un verdadero derecho, que tiene como fuente la jurisprudencia interamericana. La Corte Constitucional colombiana también ha establecido que el consentimiento es un derecho que se debe cumplir cuando los proyectos tengan consecuencias particularmente graves (ver el artículo de Cesar Rodríguez y Natalia Orduz en esta revista). En consecuencia, en los Estados que han ratificado el Convenio 169 y aprobado la Declaración de 2007, cuando un proyecto cause o tenga la potencialidad de causar alguno de los impactos señalados (los cuales deben ser identificado debidamente en el estudio previo de impacto ambiental y social realizado por entidades independientes y con capacidad técnica) éste no se podrá autorizar ni ejecutar sin el consentimiento previo, libre e informado del pueblo afectado. Esto, en la práctica, implica que las comunidades tienen el poder de vetar el proyecto, en razón de los “impactos mayores” que éste pueda generar. En algunos países, el número de proyectos a gran escala que se están ejecutando sin contar con el consentimiento de las comunidades afectadas es tal que ha llegado a configurar una situación generalizada de incumplimiento de obligaciones internacionales.

En los demás casos, es decir, cuando la consulta se refiera a proyectos que no generen los impactos indicados o cuando se trate

de medidas legislativas o administrativas (D: 19 y 32), si mediante un proceso de consulta realmente previa, adelantado de buena fe, con los representantes legítimos de los pueblos, con los métodos apropiados según las características del pueblo, con información exhaustiva y tiempo suficiente para el diálogo, no se llega a un acuerdo o al consentimiento, bajo las normas internacionales actualmente vigentes, las comunidades indígenas o negras no tienen un derecho a vetar el proyecto o la medida legislativa o administrativa. Así lo han señalado, entre otros, especialistas en normas internacionales de trabajo de la OIT, como Xavier Beaudonnet (Ver: <http://eurosocial-empleo.itcilo.org/uploads/documentos/afda81e3baa7431639315c3067b245bf.pdf>).

Aunque la consulta no implique un poder de veto, ello no se traduce en que los Estados tengan entera discrecionalidad

para aprobar medidas o proyectos. La ausencia de un acuerdo no genera, de ninguna manera, un espacio de vacío normativo o de ausencia de derecho. En estas circunstancias los Estados están sujetos a las normas y principios propios del Estado de Derecho que establecen controles a la acción estatal, prohíben la arbitrariedad y exigen que las medidas que restringen derechos –en este caso el derecho a la propiedad comunal sobre la tierra– estén previstas en las leyes y estén justificadas en función de la proporcionalidad entre la restricción del derecho y el logro de objetivos legítimos. Si las medidas que adopte unilateralmente el Estado desconocen derechos constitucional o internacionalmente protegidos, pueden ser cuestionadas ante los tribunales nacionales y en subsidio ante los internacionales. ■

Seguimiento de casos

El caso de la Mina Marlin (Goldcorp) en Guatemala: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicita la suspensión de las actividades de la mina

Como parte del trabajo que realiza el programa de Acceso Igualitario a la Justicia, DPLF viene monitoreando la situación de la Mina Marlin (Montana Exploradora de Guatemala, S.A), una subsidiaria de la canadiense Goldcorp, ubicada en los municipios de San Miguel Ixtahuacán y Sipacapa, en el departamento de San Marcos. Organizaciones locales y miembros de las comunidades cercanas a la mina han denunciado contaminación del medio ambiente, que pone en riesgo la salud de los pobladores, y violaciones de los derechos humanos en contra de líderes indígenas y defensores ambientales que se oponen a la extracción minera, la cual se inició sin que se realizara un proceso de consulta previa, tal como lo establece el derecho internacional.

Ante la falta de respuesta del Estado guatemalteco frente a las denuncias presentadas y para asegurar el respeto del derecho a la consulta previa, libre e informada, y la implementación de un monitoreo más estricto de las condiciones ambientales y de derechos humanos, organizaciones locales llevaron el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y le solicitaron el otorgamiento de medidas cautelares a favor de los miembros de 18 comunidades del pueblo indígena maya.

El 20 de mayo de 2010 la CIDH otorgó las medidas cautelares¹ y solicitó además al Estado de Guatemala que suspenda la explotación minera del proyecto Marlin e implemente medidas efectivas para prevenir la contaminación ambiental, hasta que la CIDH adopte una decisión sobre el fondo de la petición. Cabe resaltar que este

es uno de los primeros casos en que la CIDH le ha solicitado a un Estado que suspenda un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. La CIDH solicitó asimismo al Estado adoptar las medidas necesarias para descontaminar en lo posible las fuentes de agua de las 18 comunidades beneficiarias; asegurar el acceso de sus miembros a agua apta para el consumo humano; asegurar la atención médica; y planificar e implementar las medidas de protección con la participación de los beneficiarios y/o sus representantes. Por su parte, la petición sigue bajo estudio. Unos meses antes de la decisión de la CIDH, el Comité de expertos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), preocupado por el impacto ambiental y la falta de participación de los pueblos indígenas, llamó la atención sobre este caso en su informe anual sobre la aplicación de las convenciones y recomendaciones², y recomendó al Estado guatemalteco la suspensión de la explotación de la mina Marlin hasta que se realice el proceso de consulta contemplado en el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas.

El 23 de junio, el Estado guatemalteco anunció el inicio de un proceso administrativo para la suspensión temporal de las operaciones de explotación de la mina Marlin en concordancia con sus obligaciones bajo las convenciones y los tratados internacionales, mientras se investigan las denuncias en su contra por violaciones de los derechos humanos y contaminación³.

En este caso, los estudios técnicos han sido fundamentales para señalar posibles casos de contaminación y lograr que órganos internacionales soliciten informes ambientales profundos y ac-

¹ MC 260-07 a favor de las Comunidades del Pueblo Maya (Sipakepense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala, disponible en línea en: <http://www.cidh.oas.org/medidas/2010.sp.htm>

² Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, OIT, febrero de 2010; sobre Guatemala ver p.767 y sobre el caso ver p.770, disponible en línea en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_123424.pdf

³ Sobre el tema ver la noticia: <http://www.elperiodico.com.gt/es/20100805/pais/168110/>

Seguimiento de casos

tualizados, subrayando la responsabilidad del Estado en el monitoreo de la situación ambiental. La Comisión Pastoral Paz y Ecología (COPAE), parte de la Diócesis de San Marcos, publicó en julio 2010 su *Tercer Informe de monitoreo y análisis de la calidad del agua*⁴, en el que señaló su “profunda preocupación por algunos de los resultados obtenidos, ya que existe una tendencia en los puntos ubicados debajo de la mina, a presentar concentraciones de metales y otros compuestos relacionados a minería en mayores concentraciones que los puntos de referencia (ubicados arriba de la mina)”. Después de una misión en el terreno en la cual participó DPLF, la organización *Physicians for Human Rights*, en colaboración con científicos de la Universidad de Michigan, publicó en mayo de este año un informe titulado *Metales Tóxicos y Poblaciones Indígenas cerca de la Mina Marlin en Guatemala Occidental: Posibles Exposiciones e Impactos a la Salud*⁵. El informe encontró niveles más altos –aunque todavía dentro de los límites permitidos por las normas internacionales– de mercurio, cobre, arsénico y zinc, en muestras biológicas de habitantes que viven próximos a la mina, que en las muestras de quienes viven a unos 7 kilómetros de la mina. Asimismo, el Comité de gestión para la evaluación de impactos en los derechos humanos de la propia mina Marlin también publicó, en mayo de este año, un informe titulado *Evaluación de los Derechos Humanos de la Mina Marlin de Goldcorp*, prepa-



Foto: COPAE

La mina Marlin (Goldcorp), departamento de San Marcos, Guatemala.

rado por la consultora canadiense On Common Ground⁶, el mismo que reconoce la necesidad de la empresa de tomar en cuenta los estándares internacionales de derechos humanos.

El otorgamiento de medidas cautelares solicitando la suspensión de actividades de explotación de recursos naturales que puedan amenazar la vida e integridad física de las comunidades cercanas representa un importante avance en el Sistema Interamericano.

⁴ III Informe de monitoreo y análisis de la calidad del agua, julio de 2010, disponible en línea en: <https://docs.google.com/fileview?id=0B2wfU0ue6dC9MGZmOTNiOGMtMWY2MC00MmNjLWEzOWQzMtM4ZmZhYmVhMmYy&hl=en>

⁵ Metales Tóxicos y Poblaciones Indígenas cerca de la Mina Marlin en Guatemala Occidental: Posibles Exposiciones e Impactos a la Salud, mayo de 2010, disponible en línea en: <http://physiciansforhumanrights.org/library/documents/reports/guatemala-metales-toxicos.pdf>

⁶ Evaluación de los Derechos Humanos en la Mina Marlin de Goldcorp, mayo de 2010, disponible en línea en: http://www.hria-guatemala.com/es/docs/Human%20Rights/OCG_HRA_Mina_Marlin.pdf

Actividades

DPLF participa en seminario internacional sobre derecho a la consulta en Lima

Los días 4 y 5 de mayo tuvo lugar en Lima el Seminario-taller internacional “Construyendo Consensos para la Implementación del Derecho a la Consulta en el Perú y en América Latina”, organizado por la Red Muqui- Red de Propuesta y Acción, el Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (CAAAP), el Grupo de Trabajo de Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, la Mesa

de Interculturalidad y la asociación Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR), con el auspicio de Cáritas-Alemania, Misereor y Oxfam Internacional.

El seminario tuvo como objetivo reunir experiencias de la región andina sobre normativa y práctica del derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, con el fin de aportar al debate que se viene dando en Perú sobre la aprobación de una ley marco de consulta previa. Un objetivo específico del seminario consistía en “encontrar respuestas técnicas a los temas que están en discusión en el debate político y que serán puestos a considera-

ción en el Proyecto de Ley sobre Derecho a la Consulta en el Congreso de la República”. Al evento asistieron expertos y expertas de Perú, organismos internacionales y organizaciones e instituciones de países como Bolivia, Ecuador, Chile y Colombia.

Durante el seminario se realizaron talleres temáticos que abordaron temas como la relación entre consulta, consentimiento y participación; la autodeterminación y la territorialidad; quiénes son los sujetos del derecho a la consulta y cuál es su representatividad; el carácter vinculante y la vigencia de la consulta; la interculturalidad y los derechos consuetudinarios;

la consulta, los recursos naturales y los proyectos de inversión. Maria Clara Galvis, consultora de DPLF y experta en derecho internacional y sistema interamericano, participó en el taller sobre consulta, consentimiento y participación. Para contribuir públicamente al debate, Maria Clara Galvis sostuvo –en una entrevista para Ideele Radio– que la consulta previa debe ser consagrada como un derecho fundamental en la ley que para entonces estaba siendo debatida en el Congreso peruano (la entrevista completa está disponible en: <http://www.ideeleradio.org.pe/web/wNoti.php?idN=694&tip=especiales>).



El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú: dificultades para su implementación

Javier La Rosa Calle

Coordinador del programa Justicia Viva del Instituto de Defensa Legal y profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

El Perú se ha caracterizado por aprobar una serie de normas internacionales como tratados y declaraciones que han establecido en su ordenamiento jurídico el reconocimiento de derechos y principios a favor de los pueblos indígenas. En tal sentido, hemos sido uno de los primeros países de Latinoamérica en ratificar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes¹, asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos, y recientemente, en 2007, la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas. Sin embargo, al momento de implementar estas regulaciones, los poderes públicos han sido reacios e inclusive contrarios a la aplicación de estas disposiciones.

De este modo se ha podido apreciar una legislación interna insuficiente que, paralelamente con el desarrollo de claras políticas a favor de las industrias extractivas, han evidenciado una serie de retrocesos e incumplimientos de derechos sociales y culturales que garanticen el respeto de los territorios donde se ubican los pueblos indígenas, que en el caso peruano tienen la denominación de comunidades campesinas, cuando se refieren al poblador andino, y comunidades nativas, cuando aluden al poblador amazónico.

En el caso específico del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, los sucesos violentos de Bagua del 5 de junio de 2009 produjeron diversos efectos, siendo uno de ellos el de haber incorporado en la agenda pública la discusión acerca del cumplimiento de este derecho por parte del actual gobierno y cómo su inobservancia era generadora de diversos conflictos sociales². El presente artículo intenta hacer un balance de lo ocurrido hasta la fecha.

A MODO DE ANTECEDENTES: LOS SUCESOS DE BAGUA

Debemos recordar que los hechos violentos en la Amazonía peruana se dieron como correlato de las protestas que las organizaciones indígenas amazónicas llevaron a cabo contra el gobierno para exigir la derogatoria de una serie de decretos legislativos que afectaban el derecho a la tierra de estas comunidades. Principalmente, se señaló que se había omitido realizar la consulta antes de la aprobación de estas normas³, lo cual transgredía el Convenio 169 de la OIT, por lo que debió suspenderse la vigencia de las mismas hasta que se garantizara el derecho a la consulta previa.

A raíz de este trágico desenlace se creó el Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos, el cual, en su Mesa 3, conformada por representantes de las organizaciones amazónicas y del sector estatal, se dedicó a formular una propuesta consensuada sobre derecho a la consulta, la misma que hizo entrega de su informe final el pasado mes de diciembre⁴.

En simultáneo, en el Congreso de la República se presentaron hasta seis proyectos de ley que buscaban reglamentar el derecho a la consulta, los que fueron analizados a través de dos comisiones parlamentarias, las mismas que emitieron sus dictámenes correspondientes, siendo votado por el pleno en mayo de 2010 un documento definitivo (autógrafo), que contenía aspectos interesantes que desarrollaban el contenido de este derecho⁵.

De este modo, cuando amplios sectores del país saludaban que después de más de quince años de ratificado el Convenio 169 por fin tendría una ley de consulta previa, el gobierno decidió vetar (observar) la autografía y devolverla al Congreso para que in-

¹ En diciembre de 1993 mediante la Resolución Legislativa N° 26253.

² Se calcula que alrededor del 40% de los conflictos sociales que en el Perú reporta mensualmente la Defensoría del Pueblo tienen una naturaleza socio ambiental, varios de los cuales tienen que ver con la omisión de la consulta previa a los pueblos indígenas afectados. Ver: *El Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*. Fundación para el Debido Proceso Legal, Instituto de Defensa Legal, Washington DC 2010, pp. 47 y 48.

³ Fueron 99 decretos legislativos aprobados en el marco del proceso de implementación del Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos de América, de los cuales una docena afectaban de modo directo derechos de pueblos indígenas.

⁴ Disponible en: http://www.servindi.org/pdf/Mesa_Dialogo_3.pdf.

⁵ Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc20052010-182856.pdf.

corpore sus observaciones, las que a nuestro modo de ver han traído al debate una serie de aspectos controversiales para el abordaje de los derechos de los pueblos indígenas en la realidad peruana.

NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN LEGISLATIVA DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

En más de una ocasión se ha sostenido que en nuestro caso, una vez ratificado el Convenio 169 de la OIT, estábamos ante una norma autoaplicativa que, al haber ingresado al ordenamiento jurídico interno, era exigible ante las autoridades estatales. En tal sentido, ¿cuál sería la necesidad de aprobar un marco legal si ya sería suficiente con la ley internacional? Al respecto, consideramos que en principio hay una demanda de las organizaciones nacionales andinas y amazónicas porque se apruebe una legislación, también el Tribunal Constitucional ha señalado en una sentencia sobre el caso *Cordillera Escalera* que está pendiente por el legislativo (refiriéndose al Congreso de la República), “una regulación del caso, a fin de hacer realmente viable y efectiva la obligación internacional asumida en todos los ámbitos en los que intervengan los pueblos indígenas”⁶. También estamos ad portas de la inminente aprobación por el pleno congresal. En todo caso, la discusión debiera plantearse sobre cuál es el contenido mínimo que debe tener esta regulación normativa de modo que cumpla los preceptos establecidos en tratados, declaraciones y jurisprudencia vinculante que existe al respecto.

En este sentido, resultan ilustradoras del pensamiento gubernamental las ocho observaciones planteadas por el Ejecutivo que prácticamente han sido asumidas por una de las comisiones parlamentarias⁷, que se ha allanado a las mismas, produciendo un nuevo dictamen, el cual se aprobaría en cualquier momento. Algunos de los aspectos más controversiales son los siguientes:

1. La consignación de manera expresa que si no se logra el acuerdo o consentimiento no significa que haya un derecho a veto por los pueblos indígenas consultados.

Lo cual ha sido una de las preocupaciones mayores de los sectores gubernamentales y empresariales, preocupados por no conseguir un acuerdo. Al respecto, ni el Convenio 169 ni ningún otro tratado internacional establece esta posibilidad, lo que existe es lo dispuesto en el artículo 16 de dicho tratado, en lo que concierne a traslados y reubicación de pueblos, en cuyo caso se exige buscar el consentimiento, pero incluso con un margen de flexibilidad. Asimismo, tenemos la sentencia vinculante para

el Perú de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, en el cual señala que cuando se trate de proyectos de gran escala, no bastará efectuar la consulta sino obtener el consentimiento libre, informado y previo de los pueblos afectados⁸.

2. La definición de pueblos indígenas, que se estaría extendiendo indebidamente a las comunidades campesinas andinas y ubicadas en la costa.

Lo que resulta claramente un despropósito gubernamental que evidencia un desconocimiento de la realidad rural peruana, ya que, si bien es cierto un buen número de comunidades campesinas de la costa y algunas comunidades ubicadas en los Andes han trastocado su particularidad cultural por su proceso de urbanización y contacto con la cultura occidental, la inmensa mayoría de comuneros son descendientes directos de quienes habitaban este continente antes de la llegada de los españoles, conservando sus propias tradiciones, costumbres e incluso idioma, además que un significativo sector se percibe como indígena.

3. La decisión de establecer la representatividad y legitimidad de las organizaciones indígenas que son materia de consulta a cargo del Poder Ejecutivo.

Lo que claramente es una abierta injerencia en los asuntos internos de las organizaciones representativas indígenas, al establecer que sea una entidad gubernamental la que decida cuál de ellas participa en los procesos de consulta, algo que resulta contrario a las normas internacionales y a la propia Constitución Política.

4. La aplicación de la ley a futuras medidas legislativas y administrativas, pretendiendo que sigan vigentes aquellas disposiciones inconsultas que han afectado a los pueblos indígenas.

Lo cual es evidentemente contraproducente ya que casi la mitad de los conflictos sociales registrados en los últimos años han tenido que ver con este tema, generando riesgos innecesarios de protestas y desestabilización del sistema político por no haberse hecho la consulta previa.

Consideramos que una regulación legislativa que establezca estos controversiales aspectos no sólo desnaturalizaría lo que el Estado peruano se ha obligado a respetar de la normativa internacional, sino que podría significar nuevos conflictos sociales y problemas de inseguridad jurídica, nada atractivo para las inversiones privadas. Además que generarían nuevas denuncias

⁶ Fundamento 40 de la Sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. 3343-2007-PA).

⁷ Nos referimos a la Comisión de Constitución y Reglamento, cuyo dictamen se encuentra disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/apoycomisiones/dictamen20062011.nsf/DictamenesFuturo/2574A1D4D32EEE7B0525777C00837A74/\\$FILE/00413DC03MAY060810.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/apoycomisiones/dictamen20062011.nsf/DictamenesFuturo/2574A1D4D32EEE7B0525777C00837A74/$FILE/00413DC03MAY060810.pdf).

⁸ Corte I.D.H., *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 134.

ante instancias de la OIT y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Tampoco podemos dejar de mencionar dos sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en los últimos meses⁹, las cuales configuran una incipiente pero interesante tendencia jurisprudencial que señala que estamos ante un derecho de rango constitucional que tiene una aplicabilidad inmediata, por lo que los poderes públicos no pueden excusarse en la falta de desarrollo legislativo para incumplir el proceso de consulta. Asimismo, establece las etapas que deberían adoptarse para llevar a cabo

esta clase de procedimientos y la obligación de compartir los beneficios de las actividades consultadas. Estamos pues ante un avance en la judicatura que debería animar a los otros poderes públicos a no desnaturalizar este derecho¹⁰.

Por último, frente al próximo desenlace legislativo, esperamos una actuación responsable de las normas constitucionales e internacionales de parte de los legisladores y funcionarios gubernamentales, sólo así se marcará una orientación distinta en la aspiración de plasmar un país inclusivo y respetuoso de su diversidad cultural. ■

⁹ Nos referimos a las sentencias del Tribunal Constitucional en los expedientes 00022-2009-PI/TC y 6316-2008-PA/TC que configuran, con la sentencia sobre el expediente 3343-2007-PA, los tres principales pronunciamientos que hasta la fecha ha resuelto esta instancia jurisdiccional.

¹⁰ Un análisis de estas sentencias puede encontrarse en el artículo de Juan Carlos Ruiz: “El desarrollo jurisprudencial por el Tribunal Constitucional del derecho a la consulta previa: La exigencia judicial de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas”. Documento de Trabajo N° 41, Instituto de Defensa Legal Justicia Viva, Lima 2010, http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc05082010-223419.pdf.

Seguimiento de casos

Raúl Hernández, defensor de derechos humanos de la Organización del Pueblo Indígena Me'phaa (OPIM), recuperó su libertad



Foto: Tlachinollan

Raúl Hernández al salir de la cárcel de Ayutla, el 27 de agosto de 2010.

El 27 de agosto de 2010, Raúl Hernández Abundio recuperó su libertad por orden del Juzgado Mixto de Primera Instancia con sede en Ayutla de los Libres, estado de Guerrero, México, que dictó sentencia absolutoria en su caso. Raúl Hernández había sido privado de su libertad el 17 de abril de 2008. Su situación ha sido incluida en el informe *Criminalización de los defensores de derechos humanos y de la protesta social en México* y es uno de los casos a los que DPLF le hace seguimiento.

La sentencia demuestra la veracidad y contundencia de las pruebas aportadas por Raúl y su defensa, y confirma, además, las inconsistencias de las acusaciones, que las organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos denunciaron en su momento, con la firme convicción y creencia de que Raúl es inocente y que su encarcelamiento fue consecuencia de la denuncia constante de las violaciones de derechos humanos que desde su organización decidió realizar de manera desinteresada desde 1998.

En sus primeras declaraciones, Raúl Hernández expresó que estaba contento con su libertad y le pidió al juez Alfredo Sánchez Sánchez que investigue realmente quién es el responsable de la muerte de Alejandro Feliciano, porque “yo no cometí ese delito”.

Publicaciones

El Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas en la Región Andina

En el segundo semestre de 2010 DPLF publicará un estudio sobre **El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en la región andina**, elaborado por solicitud de Oxfam America. El documento contiene un análisis detallado del marco jurídico internacional que reconoce y establece criterios de regulación del derecho a la consulta. Asimismo, profundiza en las

experiencias de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, y finaliza con recomendaciones para los distintos actores relacionados con este tema, entre ellos, los Estados, las organizaciones de pueblos indígenas, la sociedad civil y la empresa privada. El documento estará disponible en inglés y en español tanto en la página web de DPLF como en la de Oxfam America.



El derecho a la consulta previa en Bolivia

Mirna Cuentas

Consultora y especialista en temas de derechos de los pueblos indígenas, participación y consulta

CONTEXTUALIZACIÓN

La comprensión de la aplicación del derecho a la consulta en Bolivia debe leerse desde la perspectiva de su significación en la actualidad, pero con base en los hitos históricos que han ido marcando su alcance.

Para ello, se requiere de una mirada retrospectiva que permita entender la visibilización, el reconocimiento y el accionar de los pueblos indígenas, originarios y campesinos en Bolivia. En este sentido, lo indígena¹ está referido a los pueblos que se encuentran en las tierras bajas (Oriente, Chaco y Amazonía). En cambio, los pueblos ubicados en las tierras altas (región alto andina) se definen como “originarios”, haciendo referencia a las llamadas “comunidades originarias” de la época colonial². Estos pueblos son reconocidos en la actual Constitución Política del Estado, dada su existencia pre colonial como “colectividades humanas que comparten identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión (artículos 2 y 30), [y que] han habitado y habitan en todas las regiones del país”³.

BREVE RECORRIDO HISTÓRICO

Este recorrido histórico se inicia en la década de 1950, cuando fueron emergiendo estructuras de corte sindical campesino basadas en la política estatal⁴ de entonces, que homogeneizaba y reconocía a la población rural bajo la categoría de “clase campesina”. Tres décadas después (década de 1980), se dio un viraje con base en un ajuste económico por la situación complicada

(hiperinflación) que vivía el país. Este nuevo orden privilegió lo privado y al mercado, lo que incentivó una fuerte presencia empresarial. Los efectos de esta situación no se dejaron esperar, ya que fueron surgiendo nuevas estructuras de “acción colectiva” articuladas en torno al reclamo por el reconocimiento de derechos y formas tradicionales de uso, organización y estructuración territorial. Esto se expresó en la histórica marcha de los pueblos indígenas hacia la sede de gobierno, denominada “Por el territorio y la dignidad” (1990), y que abogaba por el reconocimiento de sus derechos y la visibilización de la diversidad cultural. Como resultado de ésta, se reconocieron cinco territorios indígenas⁵.

MARCO LEGAL DE SOPORTE CON RELACIÓN A LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Posteriormente, en 1991, Bolivia ratificó el Convenio 169 de la OIT (por Ley de la República No.1257⁶), estableciéndose criterios para el uso del término tierra⁷ y para la consulta a los pueblos, con lo cual se refrendaba la obligación de consulta, toda vez que se procura desarrollar alguna actividad de afectación directa. En 1994, el artículo I de la Constitución Política del Estado incorporó el carácter multiétnico y pluricultural del Estado boliviano. También se incluyó el reconocimiento de los derechos sociales, económicos, culturales, y el respeto de las tierras comunitarias de origen como una particularidad de los pueblos indígenas y originarios, garantizando el uso y aprovechamiento de sus recursos naturales, su identidad, sus valores, lenguas, costumbres e instituciones⁸.

¹ En referencia al Convenio 169 de la OIT.

² La denominación “originario” data de la época de la Colonia (Bolivia antes de su fundación como República, estaba colonizada por la Corona española) y guarda relación con el acceso a la tenencia de la tierra.

³ Actual Constitución Política del Estado, aprobada en 2009.

⁴ Revolución de 1952, con un enfoque nacionalista que propugnaba la idea de nación, con base en la alianza de clases (obreros, mineros, campesinos).

⁵ Territorios indígenas por Decreto Supremo (TIDS).

⁶ Artículo único. De conformidad con el artículo 59, atribución 12 de la CPE, se aprueba y ratifica el convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado en la 76 Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, realizada el 27 de junio de 1989.

⁷ Artículos del 13 al 19 del Convenio 169.

⁸ Artículo 171 de la anterior Constitución Política del Estado.

Siguiendo la cronología de incorporación de derechos en la legislación, en 1994, la Ley de Participación Popular⁹ reconoció y articuló a las comunidades indígenas y campesinas en lo jurídico, político y económico del país, así como a las autoridades tradicionales, sus normas, etc.

En 1996, se promulgó la “Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria”, que regularizó el régimen de distribución de la tierra y el saneamiento de la propiedad agraria. La norma también incorporó “las tierras comunitarias de origen”¹⁰ como equivalentes a territorios indígenas¹¹ cuyo título sea de índole colectivo, estableciendo como personas jurídicas beneficiarias a los pueblos y comunidades indígenas y originarias, así como a las comunidades campesinas y ex haciendas. En cuyo caso, la norma hace referencia al espacio donde éstas realizan sus actividades para permitirles su reproducción material, cultural y espiritual. Las competencias sobre lo que ocurre en este espacio territorial es parte inseparable de la misma definición de los derechos territoriales. Por ello, cualquier actividad dentro del mismo, afecta directamente al pueblo.

Existe una coincidencia entre las áreas de los contratos petroleros y las tierras comunitarias de origen y de las comunidades campesinas. Las organizaciones indígenas (Asamblea del

Existe una coincidencia entre las áreas de los contratos petroleros y las tierras comunitarias de origen y de las comunidades campesinas.

Pueblo Guaraní, Comité de Defensa del Río Pilcomayo, organizaciones que aglutinan a los pueblos indígenas de tierras bajas, etc.) lograron que se incluya en la Ley de Hidrocarburos¹² el título sobre “Derecho de los Pueblos Campesinos, Indígenas y Originarios”¹³, que regula y protege sus derechos, estableciendo la consulta obligatoria de las comunidades y pueblos campesinos, indígenas y originarios de manera previa y oportuna cuando se pretenda desarrollar cualquier actividad, obra o proyecto que pueda causar un impacto socio ambiental o afectar los derechos de las personas, estableciendo además el derecho a compensaciones e indemnizaciones¹⁴. La norma también se refiere a la intangibilidad de sitios sagrados y áreas de especial valor natural y cultural, así como al derecho a la participación en los ingresos de la renta petrolera. Se incorpora además la “compensación financiera” cuando la actividad se desarrolle en una tierra comunitaria de origen, comunal, indígena o campesina, titulada o no¹⁵, y cuando se produzcan impactos socioambientales¹⁶.

En tanto el reconocimiento de los derechos de los pueblos cuenta además con instrumentos internacionales refrendados en la legislación¹⁷, los mismos deben ser operativizados y articulados a través de políticas que los complementen. Para ello, se promulgó el Decreto Supremo No. 29033¹⁸, que reglamenta el

⁹ Ley No. 1551, de 20 de abril de 1994.

Art. 1. Reconoce, promueve y consolida el proceso de participación popular articulando a las comunidades indígenas, campesinas y urbanas, en la vida jurídica, política y económica del país [...].

Art. 3. Se define como sujetos de la Participación Popular a las Organizaciones Territoriales de Base, expresadas en las comunidades campesinas, pueblos indígenas [...]. Se reconoce como representantes de las Organizaciones Territoriales de Base a los hombres y mujeres, Capitanes, Jilacatas, Curacas, Mallcus, Secretarios (as) Generales y otros (as) designados (as) según sus usos, costumbres y disposiciones estatutarias.

¹⁰ “Las Tierras Comunitarias de Origen son los espacios geográficos que constituyen el hábitat de los pueblos y comunidades indígenas y originarias, a los cuales han tenido tradicionalmente acceso y donde mantienen y desarrollan sus propias formas de organización económica, social y cultural, de modo que aseguran su sobrevivencia y desarrollo. Son inalienables, indivisibles, irreversibles, colectivas, compuestas por comunidades o mancomunidades, inembargables e imprescriptibles”.

“Las propiedades comunarias con aquellas tituladas colectivamente a comunidades campesinas y ex haciendas y constituyen la fuente de subsistencia de sus propietarios. Son inalienables, indivisibles, irreversibles, colectivas, inembargables e imprescriptibles”.

¹¹ Definición establecida en el convenio 169 (arts. 13-15) reconociendo a los pueblos indígenas el derecho a tierras y territorio como un espacio de gestión colectiva.

¹² Esta ley fue aprobada por el presidente del Senado (Hormando Vaca Díez) en el gobierno transitorio de Rodríguez Veltze (2005), anterior al actual presidente Evo Morales, quien asumió el cargo en 2006.

¹³ Ley No. 3058 (diciembre 2005). Capítulo I. “De los derechos a la Consulta y Participación de los Pueblos Campesinos, Indígenas y Originarios” y un Título sobre “Actividades Hidrocarburíferas, Medio Ambiente y Recursos Naturales”.

¹⁴ Se establece que se debe indemnizar a las tierras comunitarias de origen, comunales, indígenas o campesinas contemplando los perjuicios derivados de la pérdida de beneficios por actividades productivas, de conocimientos tradicionales y/o aprovechamiento de recursos naturales que las Comunidades o Pueblos Campesinos, Indígenas y Originarios pudieran desarrollar en las zonas impactadas. Asimismo, las tierras agrícolas, ganaderas, forestales o de conservación de propiedad individual o colectiva, de Comunidades Campesinas, Indígenas y Originarios quedan excluidas del procedimiento de expropiación, salvo la declaración de utilidad y necesidad pública.

¹⁵ Referido al derecho expectatio sobre una demanda territorial establecida.

¹⁶ Impacto socioambiental es aquél que es negativo, directo, acumulado y de largo plazo (Ley No. 3058).

¹⁷ Se cuenta con dos instrumentos jurídicos, el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, ambos incorporados al derecho interno de Bolivia.

¹⁸ Decreto Supremo No. 29033 de 16 de febrero de 2007 (promulgado en el gobierno del presidente Evo Morales).

Cuadro No. 1

Ley de Medio Ambiente	Ley de Hidrocarburos
<p>Establece la “consulta pública”, para el público¹⁹ que pueda ser afectado. El <u>representante legal</u> de una actividad, obra o proyecto es quien convoca a la consulta pública. Se encuentra bajo el Reglamento para la Prevención y Control Ambiental (art.162).</p>	<p>Establece la “consulta y participación de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas para las actividades hidrocarburíferas”. Es <u>convocada por el Estado a través de la Autoridad Competente</u>²⁰ en el sector hidrocarburífero. Se encuentra reglamentada por el D.S 29033.</p>

Fuente: Elaboración propia con base en las leyes 1333 y 3058.

derecho a la consulta a los pueblos indígenas, originarios y campesinos, y que establece momentos y fases para su aplicación.

El valor agregado de esta normativa es que la consulta y participación es específica para los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas, y se encuentra bajo la Ley de Hidrocarburos²¹, diferenciándose de la consulta pública bajo la Ley de Medio Ambiente²².

En ambos casos resaltan las diferencias. La consulta y la participación son únicamente para las actividades en el sector hidrocarburífero y es convocada por el Estado. En tanto, la consulta pública abarca otras áreas y no privilegia a ningún sector, siendo convocada por la empresa.

IMPLEMENTACIÓN DEL PROCESO DE “CONSULTA Y PARTICIPACIÓN”

El proceso de consulta y participación privilegia la inversión en el sector hidrocarburífero. La ubicación de los recursos naturales (no renovables) de origen fósil se encuentra en áreas que coinciden con el hábitat de los pueblos indígenas, originarios y campesinos. La política nacional apunta a la necesidad de inversión. En ese entendido, dada la normativa sobre el derecho a la consulta y participación, la misma es vinculante y debe materializarse a través de sus instituciones y procedimientos apropiados y de buena fe.

El proceso de consulta y participación tiene como objetivo arribar a un acuerdo concertado entre el Estado y los pueblos cuando existan actividades sobre recursos hidrocarburíferos cuya ubicación coincide con su espacio territorial. El proceso de

consulta debe tomar en cuenta una pluralidad de significados y una gama de valoraciones, partiendo de la forma de vida de los pueblos como resultante de la dinámica histórica.

Participan en la misma, el Ministerio de Hidrocarburos, como la autoridad competente, y los pueblos indígenas, originarios o comunidades campesinas afectadas. El proceso de consulta y participación debe ser realizado previamente a la aprobación de los Estudios de Evaluación de Impacto Ambiental (EEIA)²³ Analítico Integral²⁴ para la obtención de la licencia ambiental.

El reglamento contempla momentos y fases:

Fase 1. Coordinación e información

Se prevé una reunión preliminar informativa con el pueblo indígena acerca de la actividad hidrocarburífera. Ésta debe ser convocada por la autoridad competente, respetando la estructura organizativa (todos sus niveles) de la comunidad, así como sus usos y costumbres.

Fase 2. Organización y planificación de la consulta.

En esta fase, es el mismo pueblo indígena quien se encarga de realizar la consulta en sus comunidades. Ésta se realiza con toda la información proporcionada por la entidad estatal competente en la fase 1, para lo cual se presenta un plan de actividades²⁵ con una propuesta presupuestaria de los costos que demandará la consulta y toda la logística que requerirá para su implementación. Es el mismo pueblo, a través de sus autoridades, el que identifica los impactos socioambientales en sus comunidades.

¹⁹ El subrayado es mío.

²⁰ El subrayado es mío.

²¹ Ley No. 3058 de Hidrocarburos.

²² Ley No. 1333 de Medio Ambiente.

²³ El estudio de Evaluación de Impacto Ambiental (EEIA) está destinado a identificar y evaluar los potenciales impactos positivos y negativos que pueda causar la implementación, operación, mantenimiento y abandono de un proyecto, obra o actividad, con el fin de establecer las correspondientes medidas para evitar, mitigar o controlar aquellos impactos que sean negativos e incentivar los positivos.

²⁴ Sólo se elabora un Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental, Analítico Integral cuando el proyecto ha sido categorizado como bajo la categoría “1” y le corresponde únicamente a los proyectos bajo esta categoría un proceso de consulta y participación.

²⁵ El pueblo indígena puede solicitar asesoría especializada de sus técnicos indígenas.

Fase 3. Ejecución de la consulta

En esta fase participan representantes de otros ministerios y es el pueblo indígena quien expone los impactos socioambientales que se identificaron en la consulta realizada en las comunidades y que serán generados por la actividad petrolera. Se debe señalar que la ley establece cuatro criterios para los impactos socioambientales, pero es el pueblo quien identifica los mismos bajo su propia cosmovisión, enmarcándose en lo establecido.

Fase 4. Concertación

Siguiendo lo establecido en el decreto supremo, los resultados de la consulta y participación se ratifican con la firma del “convenio de validación de acuerdos”. Si se identifican impactos socioambientales, se prevé una compensación financiera por parte de los titulares del proyecto. En caso de no reconocimiento de los “impactos socioambientales”, el pueblo indígena puede no firmar el convenio, lo que imposibilitaría la obtención de la licencia ambiental e implicaría otro proceso de conciliación posterior.

Cabe señalar que la implementación de la consulta y participación refleja una interpretación de los impactos socioambientales desde los propios pueblos indígenas, bajo su cosmovisión. Éstos, además de haber ganado experiencia, han generado capacidades especializadas en torno a las actividades hidrocarburíferas y la legislación relacionada con sus derechos.

ASPECTOS A RESALTAR

Transitar del reconocimiento de derechos al ejercicio de los mismos ha significado un largo proceso de lucha. En ese sentido, los indígenas de las tierras bajas han protagonizado siete movilizaciones (marchas). En todas ellas se ha enfatizado el “reconocimiento de sus derechos y el saneamiento de sus tierras”. Este recuento histórico ratifica la importancia del reconocimiento y de la seguridad jurídica sobre sus tierras comunitarias de origen o comunidades campesinas. Y sus implicancias van más allá de

lo legal, involucrando su propia reproducción material y espiritual. De hecho, la consulta y participación se aplican a los pueblos indígenas, originarios y campesinos cuyo referente son los “espacios territoriales colectivos”. Este breve despliegue histórico muestra los cambios significativos con relación a los avances sobre los derechos de los pueblos indígenas, originarios, campesinos, pasando de ser considerados objetos pasivos a ser sujetos activos en relación al derecho a la consulta y participación en las actividades hidrocarburíferas y en los procesos

de implementación de las políticas públicas.

Finalmente, cabe resaltar que la actual Constitución Política del Estado incorpora a lo largo de todo el texto los derechos fundamentales²⁶ de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, especificando en su artículo 30²⁷ el derecho “a ser consultados mediante procedimientos apropiados”. En este marco se respeta y garantiza el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertadamente, respecto a la explotación de los recursos no renovables en el territorio que habitan. ■

La implementación de la consulta y participación refleja una interpretación de los impactos socioambientales desde los propios pueblos indígenas, bajo su cosmovisión.



Por favor, envíe sus comentarios sobre esta publicación, y posibles contribuciones para su consideración a aportes@dplf.org.

²⁶ Constitución Política, Primera Parte (Bases Fundamentales del Estado Derechos, Deberes y Garantías), Título II (Derechos Fundamentales y Garantías), Capítulo Cuarto (Derechos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos); Ley N° 3058 de Hidrocarburos, Título VII (Derechos de los pueblos campesinos, indígenas y originarios), Capítulo I (De los derechos a la consulta y participación de los pueblos campesinos, indígenas y originarios); Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas; y el Convenio 169 de la OIT.

Bolivia es el primer Estado que eleva a rango de ley la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada el 13 de septiembre de 2007 en la 62 Asamblea General de la ONU. La declaración consta de 46 artículos y establece los estándares mínimos de respeto de los derechos de los pueblos indígenas, que incluyen, principalmente, la propiedad de sus tierras y la autodeterminación.

²⁷ En el artículo 30 se establecen 18 derechos de los pueblos indígenas, originarios y campesinos.



La consulta previa en Ecuador: ¿Un derecho colectivo justiciable o una mera formalidad administrativa?

Jaime Vintimilla

Profesor de la Universidad San Francisco de Quito y Director Ejecutivo del Centro sobre Derecho y Sociedad (CIDES)

En el Ecuador, toda la confrontación originada por el debate de la fallida Ley de Recursos Hídricos ha mostrado una realidad lacerante, pues muchas normas han sido aprobadas sin medir las consecuencias jurídicas e incluso sin respetar las disposiciones de aplicación directa de la Carta Magna¹.

En este sentido, resulta fundamental que se conozca que, desde 1998, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado y ratificado por el Estado, ya regulaba el derecho colectivo de la consulta previa a los pueblos y nacionalidades indígenas. Empero, la Constitución de Montecristi de 2008 extendió este derecho a los pueblos afro ecuatoriano y montubio.

Al respecto, se hace necesario comprender que existen tres tipos de consulta constitucionalmente definidos, cada uno con diversas características, pues se diferencian en su finalidad como en los sujetos que deben ser consultados. A saber: 1) Consulta previa ambiental orientada a proteger un derecho difuso como el medio ambiente, conforme lo dispone el artículo 398 de la

Carta Magna²; 2) Las consultas previas del artículo 57 en tanto derechos colectivos, que, a su vez, son dos: a) Consulta, libre e informada, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentran en las tierras de los pueblos y nacionalidades indígenas y que pueden afectarles ambiental o culturalmente (artículo 57, numeral 7)³, y b) Consulta pre legislativa, en el sentido de que las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas deberán ser consultadas antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos (artículo 57, numeral 17)⁴, es decir, si se aprobare una ley sin haberse realizado el procedimiento de consulta dicha norma resultaría inconstitucional; y 3) Consulta popular como derecho político o de participación (artículo 104)⁵. Obsérvese que en las consultas previas colectivas, los titulares de este derecho constitucional son exclusivamente los pueblos indígenas y otros como los montubios y afro ecuatorianos. En cambio, tanto la consulta previa ambiental como la consulta política son ejercidas por la ciudadanía en general.

¹ El artículo 426 de la Constitución indica: “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.

² Artículo 398. Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta.

El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.

³ 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

⁴ 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

⁵ Artículo 104. El organismo electoral correspondiente convocará a consulta popular por disposición de la Presidenta o Presidente de la República, de la máxima autoridad de los gobiernos autónomos descentralizados o de la iniciativa ciudadana.

La Presidenta o Presidente de la República dispondrá al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular sobre los asuntos que estime convenientes.

Lamentablemente, y en contraposición con los instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT (artículos 6 y 15) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (artículo 32), se han confundido estos tipos de consulta en detrimento de los derechos colectivos de las 14 nacionalidades indígenas que habitan en Ecuador. La nueva Ley Orgánica de Participación Ciudadana⁶ coloca dentro de los denominados mecanismos de participación ciudadana en la gestión pública, tanto a la consulta previa, libre e informada en temas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus territorios, como a la consulta previa ambiental dirigida a la comunidad⁷, junto a otros mecanismos de participación ciudadana como las veedurías, observatorios, consejos consultivos, audiencias públicas, cabildos populares, etc. Como se advierte, no se hace diferencia entre la consulta como derecho colectivo y la participación ciudadana en la gestión pública.

Otro caso que llama la atención, por ser contrario a las normas constitucionales, es la Ley de Minería⁸ que fue aprobada precisamente después de entrar en vigencia la nueva Constitución. El asunto es que no hubo consulta previa antes de su debate, sin embargo, la Corte Constitucional desechó la impugnación de inconstitucionalidad por la forma de dicho cuerpo normativo, y declaró que la consulta pre legislativa es de carácter sustancial y no formal. Además, defendió la constitucionalidad condicionada de los artículos referentes a las declaratorias de utilidad pública, servidumbres, libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e instalaciones complementarias generadas a partir de un título de concesión

Lamentablemente, y en contraposición con los instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT (artículos 6 y 15) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (artículo 32), se han confundido estos tipos de consulta en detrimento de los derechos colectivos de las 14 nacionalidades indígenas que habitan en Ecuador.

minera y consulta ambiental⁹. Por otra parte, atribuyéndose la condición de guardián de la normativa constitucional y de los contenidos “axiológicos”, declaró también que le correspondía establecer reglas y procedimientos mínimos para los casos que requieran consultas pre legislativas, ante la ausencia de una ley que regule esas consultas y por encontrarse el Ecuador bajo las excepcionales circunstancias propias de una transición constitucional profunda. Así, obligó a la Asamblea Nacional que, en la expedición de normas que impliquen derechos colectivos, se deberán cumplir, al menos, tres requisitos fundamentales: 1) Organizar e implementar, en cuatro fases, la consulta pre legislativa antes de la adopción de una medida legislativa; 2) La consulta previa pre legislativa, en tanto derecho colectivo, no puede equipararse bajo ninguna circunstancia con la consulta previa, libre e informada contemplada en el artículo 57, numeral 7, ni con la consulta ambiental prevista en el artículo 398 de la Constitución; y 3) Que los pronunciamientos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades se refieran a los aspectos que puedan afectar de manera objetiva a alguno de sus derechos colectivos¹⁰.

La Corte Constitucional concluyó que, ante la ausencia de un cuerpo normativo que regule los parámetros de la consulta pre legislativa, es decir, anterior al debate de la norma recurrida, “el proceso de información y participación implementado previo a la expedición de la Ley de Minería se ha desarrollado en aplicación directa de la Constitución”.

Lamentablemente, los artículos 88 y 90 de dicha Ley son contradictorios, pues el primero habla de procesos de información donde “a partir del otorgamiento de una concesión

Los gobiernos autónomos descentralizados, con la decisión de las tres cuartas partes de sus integrantes, podrán solicitar la convocatoria a consulta popular sobre temas de interés para su jurisdicción.

La ciudadanía podrá solicitar la convocatoria a consulta popular sobre cualquier asunto. Cuando la consulta sea de carácter nacional, el petitorio contará con el respaldo de un número no inferior al cinco por ciento de personas inscritas en el registro electoral; cuando sea de carácter local el respaldo será de un número no inferior al diez por ciento del correspondiente registro electoral.

Cuando la consulta sea solicitada por ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior, para asuntos de su interés y relacionados con el Estado ecuatoriano, requerirá el respaldo de un número no inferior al cinco por ciento de las personas inscritas en el registro electoral de la circunscripción especial.

Las consultas populares que soliciten los gobiernos autónomos descentralizados o la ciudadanía no podrán referirse a asuntos relativos a tributos o a la organización político administrativa del país, salvo lo dispuesto en la Constitución.

En todos los casos, se requerirá dictamen previo de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas.

⁶ Registro Oficial Suplemento 175 de 20 de abril de 2010.

⁷ Revisar los artículos 81, 82 y 83 de la Ley Orgánica de Participación.

⁸ Ley 45, publicada en el Registro Oficial Suplemento 517, de 29 de enero de 2009.

⁹ Sentencia Constitucional 001-10-SIN-CC de 13 de abril de 2010 publicada en el Registro Oficial Suplemento 176, de 21 de abril de 2010.

¹⁰ Torres, Luis Fernando. Análisis Constitucional, Derechos Colectivos y Consulta Pre legislativa. Informativo Número 20 de mayo de 2010.

minera y durante todas las etapas de ésta, el concesionario, a través del Estado, deberá informar adecuadamente a las autoridades competentes, gobiernos autónomos descentralizados, comunidades y entidades que representen intereses sociales, ambientales o gremiales, acerca de los posibles impactos, tanto positivos como negativos de la actividad minera”, es decir, que se proporcionará información que se debió compartir con los pueblos indígenas antes y durante la consulta previa, no después, cuando las concesiones ya han sido adjudicadas.

Por su parte, el artículo 90 vuelve a confundir la naturaleza de la consulta previa y le brinda una suerte de “Procedimiento Especial de Consulta a los Pueblos”, enmarcándola en lo previsto en el artículo 398 de la Constitución que defiende los derechos difusos de todos los ecuatorianos, dejando de lado el artículo 57 que se refiere a los derechos colectivos de los pueblos indígenas¹¹.

Tampoco se puede omitir el hecho de que se han aprobado dos leyes vitales para los pueblos indígenas sin que haya operado previamente la consulta pre legislativa. Tal es el caso del Código Orgánico de la Función Judicial¹² y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹³.

Para concluir, es vital recordar lo que dispone el artículo 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, y que nos lleva al tema del consentimiento previo informado. De acuerdo con esta declaración, “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 relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

Esta realidad debe entenderse desde lo que disponen los artículos 417, 426 y 427 de la Carta Magna, que establecen criterios de aplicación directa de los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las normas constitucionales.

Es vital recordar lo que dispone el artículo 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, y que nos lleva al tema del consentimiento previo informado.

Como se advierte, este derecho constitucional deberá manejarse con suma prudencia más allá de que el resultado sea o no vinculante. Empero, se concluye, conforme lo dispone el Convenio 169, que “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”¹⁴.

Considero que se hace imprescindible un debate nacional sobre una Ley de Consulta Previa. Es también hora de empezar a buscar candidatos probos, sapientes y transparentes para la conformación de la Corte Constitucional, pues al ser un verdadero poder jurídico,

no puede perder su independencia y especialidad, sobre todo, ante la posibilidad de dictar sentencias atípicas o de modulación que se tornan vinculantes u obligatorias para autoridades y ciudadanos.

Mientras tanto, resulta ineludible la aplicación directa de las normas constitucionales, más aún cuando existen instrumentos internacionales que nos explican que la finalidad de la consulta no es mera información y participación, e incluso al advertir que todos los derechos constitucionales, incluidos los colectivos, son plenamente justiciables y se encuentran jurisdiccionalmente garantizados bajo el amparo de la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el derecho a la defensa. Como ya se dijo, no se requiere de ley para defender los derechos, para ejercer las acciones dirigidas a ese objetivo o para que éstos sean reconocidos. Uno de los deberes primordiales del Estado es precisamente garantizar los derechos constitucionales¹⁵.

En suma, la consulta previa pre legislativa se sujetará a la sentencia constitucional *in comento* en tanto que la consulta previa del artículo 57 numeral 7, hasta que no se dicte una ley, deberá realizarse respetando el derecho internacional de los pueblos indígenas y la aplicación directa de las normas constitucionales. ■

¹¹ Los procesos de participación ciudadana o consulta deberán considerar un procedimiento especial obligatorio a las comunidades, pueblos y nacionalidades, partiendo del principio de legitimidad y representatividad, a través de sus instituciones, para aquellos casos en que la explotación o la explotación minera se lleve a cabo en sus tierras y territorios ancestrales y cuando dichas labores puedan afectar sus intereses. De conformidad con el artículo 398 de la Constitución de la República”.

¹² Registro Oficial Suplemento 544, de 9 de marzo de 2009.

¹³ Registro Oficial Suplemento 52, de 22 de octubre de 2009.

¹⁴ Artículo 6.2.

¹⁵ Zavala Egas, Jorge. Derecho Constitucional, neo constitucionalismo y argumentación jurídica. Edilex S. A., Guayaquil, 2010, p. 34.



Ecuador: Estado plurinacional, pueblos indígenas y planes de vida

Verónica Albuja Muenala

Consultora e investigadora en derechos humanos y derechos colectivos

El presente artículo se organiza a partir del principio constitucional de reconocimiento del Ecuador como un Estado intercultural y plurinacional. En la Constitución Política de 2008 se reconocen los derechos humanos y colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas del país, derechos que están presentes en varios instrumentos internacionales que los garantizan y los protegen.

La nueva Constitución Política, aprobada en septiembre de 2008, en los principios fundamentales del capítulo primero dice: “Art. 1. El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”. Cabe mencionar que la Constitución Política de 1998 también reconocía al Estado como pluricultural y multiétnico.

Después de diez años de presencia constitucional, los derechos colectivos de los pueblos indígenas, la implementación adecuada de los derechos colectivos y la participación activa de los pueblos indígenas continúan siendo para la sociedad y las instituciones gubernamentales un proceso en construcción.

En la actualidad, la plurinacionalidad en el Ecuador ha sido incorporada como un concepto. Sin embargo, es necesario entenderla e institucionalizarla en el marco del respeto de la cosmovisión de los 18 pueblos y 14 nacionalidades indígenas que habitan en el país: poblaciones indígenas que tienen sus planes de vida, formas de organización, participación, justicia propia para el desarrollo del *Sumak Kawsay* (“buen vivir”).

Los pueblos indígenas participan democráticamente en sus organizaciones, federaciones y comunidades. Y en el ejercicio de sus derechos, administran sus jurisdicciones territoriales a través de sus autoridades y su propia justicia.

Los planes de vida constituyen una planificación resultado de su historia ancestral y de su convivencia basada en objetivos a partir de una cosmovisión y comprensión de que sus vidas están ligadas a la Pachamama. Por ello, en el proceso de planificación se hace énfasis en lo territorial, ambiental, organizativo, salud, educación, idioma, producción y cultura, tanto en lo espiritual como en lo político.

El proceso de construcción del plan de vida se convierte en un trabajo colectivo para lograr la unidad, desarrollo e integralidad de un pueblo o nacionalidad, es decir, es un proyecto

de vida que será aplicado en su territorio. Los planes de vida son socializados internamente y entre los pueblos y las nacionalidades.

Existen pueblos o nacionalidades que han realizado modificaciones en sus planes de vida en los ámbitos político y organizativo, como por ejemplo, al fortalecer esas áreas, en casos en los que sus territorios ancestrales han sido afectados por decisiones desde el Estado o gobiernos locales que aplican políticas públicas, económicas, sociales y proyectos que no han sido debidamente consultados con los pueblos o nacionalidades.

Desde la década de 1990, el movimiento indígena ecuatoriano, como un actor político, ha contribuido con presentar propuestas de carácter nacional. Los pueblos y nacionalidades indígenas continúan luchando por el reconocimiento de sus territorios ancestrales y el respeto de sus propias formas de organización y autodeterminación.

En los planes de vida están presentes tanto el marco legal nacional como el internacional. Los instrumentos internacionales tienen fundamental importancia porque permiten abordar el promover los derechos de los pueblos indígenas con el propósito de garantizar el ejercicio de sus derechos presentes en el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, y otros documentos como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Declaración del Milenio, la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural de la UNESCO, la Convención de París sobre la Protección del Patrimonio Intangible y otros, como las recomendaciones que hicieran para Ecuador los relatores especiales¹ Rodolfo Stavenhagen (2006) y James Anaya (2008).

Es importante avanzar para que el Estado y la sociedad en su conjunto reconozcan la *plurinacionalidad* y las propuestas de planes de vida de los pueblos indígenas que son desarrollados en sus territorios.

La plurinacionalidad y las propuestas de planes de vida política, jurídicamente no implican o significan la división del país. Por el contrario, implican construir la unidad del Estado en la diversidad multiétnica, reconociendo y garantizando a los pueblos y nacionalidades sus derechos, su autonomía y su autogobierno.

¹ La ONU cuenta con mecanismos específicos para apoyar y fortalecer las propuestas indígenas, además de procurar solucionar problemáticas relacionadas con violación de sus derechos. Entre los mecanismos destacan: el Relator Especial, el Foro Permanente de las Cuestiones Indígenas y el Grupo de trabajo sobre pueblos indígenas. El Relator Especial es un experto independiente y realiza sus funciones por un período de 3 años.

Esta nueva forma de comprender y organizar el país como Estado plurinacional, en la esfera de los derechos de los pueblos indígenas significa respetar su autodeterminación, sus territorios, sus sistemas de gobierno, sus sistemas de justicia y sus modelos de organización política, económica y social desde las comunidades como pueblos o nacionalidades.

Los sistemas de vida y los planes de vida de los pueblos o nacionalidades indígenas se basan en la reciprocidad, comple-

mentariedad, solidaridad, desarrollo, respeto del ser humano, la naturaleza y armonía con sus territorios, que son algunos de los elementos que permiten el *Sumak Kawsay* (“buen vivir”). Por ello, las comunidades se organizan con la participación activa de sus miembros tanto en el desarrollo de sus planes de vida como en la toma de las decisiones: la comunidad y sus autoridades procuran mantener los principios y mandatos: *ama qulla, ama sua, ama llulla* (no ser ocioso, no robar, no mentir). ■

Actividades

DPLF presenta informe sobre criminalización de defensores de derechos humanos en México



Desde 2008, DPLF viene trabajando con varias organizaciones de la sociedad civil en el estado de Guerrero, con el objetivo de fortalecer sus capacidades y llamar la atención pública sobre la grave situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los defensores y las defensoras de derechos humanos. En octubre de 2008, DPLF y sus colegas locales presentaron esta

situación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en una audiencia pública (ver el correspondiente informe en: <http://www.dplf.org/uploads/1225989683.pdf>); en abril de 2009, organizaron una conferencia internacional en Chilpancingo, Guerrero, sobre el mismo tema, en la que participaron organizaciones de la Ciudad de México y de los estados de Guerrero, Nuevo León, Guanajuato, Oaxaca y Chiapas, así como expertos internacionales de la CIDH, Colombia, Perú y Alemania.

La información compartida y recopilada en estos dos importantes eventos fue publicada por DPLF en el informe titulado **“Criminalización de los defensores de derechos humanos y de la protesta social en México”**, el cual fue presentado recientemente en la ciudad de Chilpancingo, en el marco de un evento que contó con la presencia de organizaciones de la sociedad civil y de instituciones públicas.

Teniendo en cuenta que el informe resalta muchas preocupaciones sobre el sistema de justicia y sobre otras instituciones públicas, consideramos necesario invitar a representantes estatales a la presentación del informe. Participaron en el evento representantes de la Unidad para la promoción y defensa de los derechos humanos de la Secretaría de Gobernación (SEGOB), de la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas en México (OACDH), de la Comisión de Defensa de los Derechos Humanos de Guerrero (CODDHUM) y del Tribunal Superior de

Justicia del estado. Las presentaciones fueron comentadas por Abel Barrera, Director del Centro de Derechos Humanos de la Montaña Tlachinollan y Emilie E. Joly, Coordinadora del Programa de Acceso Igualitario a la Justicia de DPLF.

Uno de los temas clave que se abordó en la reunión fue la reciente ley aprobada por el Congreso del estado de Guerrero, para la protección de los defensores y las defensoras de derechos humanos. En la reunión se mencionó tanto la falta de participación de la sociedad civil en la discusión de la ley, como la evidente falta de voluntad política para apoyar el proceso de adopción e implementación de dicha ley.



Participantes en la conferencia internacional organizada por DPLF y colegas de la sociedad civil mexicana, en Chilpancingo, en abril de 2009.



Abel Barrera, Director, Centro de Derechos Humanos de la Montaña Tlachinollan, Héctor Pérez Rivera, Unidad para la promoción y defensa de los derechos humanos, Secretaría de Gobernación (SEGOB), Luisa Pérez, OACDH-México y Emilie E. Joly, DPLF.



La integración de la Ley de Consulta a los pueblos indígenas en México

Carlos Moreno Derbez

Asesor de la Comisión de Asuntos Indígenas de la Cámara de Diputados, LXI legislatura

Integrante de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica

CONSIDERACIONES PREVIAS

Para poner contexto al punto en el que nos encontramos con este nuevo intento para la integración de la Ley de Consulta a los pueblos indígenas, es importante hacer una introducción comentando cuáles son, desde mi punto de vista, aquellos antecedentes que dan cuenta de la lucha por este derecho¹.

La consulta a los pueblos indígenas como proceso, incluso como trato, no es, en estricto, un ejercicio reciente, pero tampoco se ha logrado que sea un derecho: ésta se ha visto sujeta a las voluntades de quien ha estado en el poder. Para sustentar esta afirmación pondré un par de ejemplos que se manifestaron en distintos momentos.

Superada la intencionalidad racista del mestizaje por parte de los primeros gobiernos de la revolución, y en el momento de creación del Instituto Nacional Indigenista, la relación entre las autoridades y los pueblos se caracterizó por ser autoritaria y paternalista. No se consultaba la política indigenista y, en el mejor de los casos, se consultaban los proyectos que se llevarían a cabo y, también, en el escenario ideal, se ajustaban esos programas a las propuestas que los indígenas beneficiarios llevaban a cabo. Tal es el caso, por poner un ejemplo, de los programas ganaderos que se ejecutaron entre los Mayas en Yucatán o en la región Wixarika de Jalisco, y los de introducción de conejeras o de plantaciones de frutales en los altos de Chiapas.

Tampoco se consultaban casos de expropiaciones tan agresivas y etnocidas derivadas de megaproyectos, como lo fueron las presas de Temascal y Cerro de Oro en el estado de Oaxaca o la de Chicoasen en Chiapas. Prevalció el principio jurídico que sustenta que la nación es la propietaria originaria del territorio nacional y que se trataba de una expropiación cuya causal era “la utilidad pública”. Una vez ejecutada la expropiación y corridos los indígenas de sus territorios se hacía un ejercicio de “con-

La consulta a los pueblos indígenas se marca con la ratificación del Convenio 169 en 1990. Al firmar este instrumento, se debe asumir la consulta como un derecho de los pueblos indígenas en el contexto de los derechos a la autonomía y a la libre determinación, reivindicados también por este convenio.

sulta” que consistía en registrar y llevar a cabo los programas que le parecían a la población más atractivos, como la creación de escuelas, albergues escolares o apoyos en la producción y comercialización de productos.

Un segundo momento fue la aparición de la política indigenista de participación, a mediados de la década de 1970, en el contexto de lo que se conoció como la “apertura democrática”, producto de un neopopulismo posterior al ejercicio represivo del gobierno durante la década de 1960.

A partir de entonces se dieron múltiples trabajos relacionados con la capacitación y organización campesina, en los cuales se propuso integrar una propuesta participativa, en donde los talleres y asambleas, como técnica de diálogo, jugaron un papel importante. Este período fue de alrededor de veinte años y sentó bases para múltiples ensayos programáticos y de cambio de actitud de algunos de los servi-

dores públicos, quienes a su vez integraron ejercicios de organización en torno a los programas participativos. Cabe señalar que también se llevaron a cabo, a favor de la reivindicación de los derechos indígenas, sesiones de trabajo con autoridades indígenas que dieron cuenta del registro ampliado, más allá de las etnografías, de los sistemas normativos, que sienta las bases para hablar de un sistema jurídico indígena. Asimismo, se realizaron muchas reuniones para integrar una organización de médicos tradicionales y que permitió la recuperación y el intercambio de los procedimientos y especialidades de atención a la salud de los pueblos indígenas.

La consulta a los pueblos indígenas, como obligación y responsabilidad jurídica, se marca para México con la ratificación del Convenio 169 de la OIT en 1990. Al firmar este instrumento, se debe asumir la consulta como un derecho de los pueblos indígenas en el contexto de los derechos a la autonomía y a la libre determinación, reivindicados también por este convenio.

Sin embargo, ni en la transformación del artículo 4 de la

¹ El texto íntegro de las propuestas puede consultarse en la página de la Cámara de Diputados de México.

Constitución, antecedente del reconocimiento como nación pluricultural en 1992, ni en el artículo 2 reformado en 2001, se observa el reflejo concreto de esa obligación, ya que sólo existe una referencia a la Ley de Planeación. Fue solamente durante el final de la década de 1990 y la primera década de 2000 que se intensificaron las discusiones para definir una serie de planteamientos que permitieran su ejercicio².

Una última referencia que considero importante es aquella que nos llevó a plantear la necesidad de hacer efectivo el mandato derivado del artículo 2, fracción IX de la Ley de la Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas que plantea: “[d]iseñar y operar, en el marco del Consejo Consultivo de la Comisión un sistema de consulta y participación indígena, estableciendo los procedimientos técnicos y metodológicos para promover la participación de las autoridades, representantes y comunidades de los pueblos indígenas en la formulación ejecución y evaluación de los planes y programas de desarrollo”.

A partir de la integración de ese sistema de consulta se han llevado a cabo 16 de las 18 consultas a partir de 2003. También funciona, en el seno del Consejo Consultivo de la CDI, una mesa de discusión relacionada con las decisiones de las consultas que se consideran prioritarias, así como con los puntos de vista para la integración de la Ley de Consulta a pueblos indígenas que se promueve desde el Congreso de la Unión. Estas definiciones se han presentado en diversos seminarios y reuniones.

LAS DEFINICIONES PARA UNA LEY DE CONSULTA³

Hasta aquí, el ejercicio de la consulta aparece como una actividad meramente administrativa. No hay consecuencias, se satisface la inquietud de que los pueblos se manifiesten y sean “tomados en cuenta” y se hace el juego de la participación.

Pero es necesario retomar el contenido del mandato derivado del Convenio 169 para hacer algunos señalamientos que permitan precisar el criterio con el cual se debe acotar la consulta. Esto nos ayudará a identificar el sentido y la orientación de la propia consulta que, de convertirse en ley, puede significar un poderoso instrumento de presencia y de transformación en la relación pueblos indígenas, gobierno y sociedad en general: y hacer efectiva la pluralidad cultural de nuestra nación mediante una auténtica política de Estado a favor de los pueblos y comunidades indígenas.

Como es de todos conocido, el convenio 169 de la OIT, propone los siguientes elementos sustanciales en sus artículos 6 y 7:

1. Consultar a pueblos y comunidades.

Es decir, define al sujeto colectivo a quien se debe consultar. De este planteamiento haremos consideraciones más adelante.

2. Consultar mediante procedimientos adecuados.

Lo cual equivale a establecer un mecanismo tal cuyo contenido sea eficiente y que permita una relación productiva desde la planeación, la utilización de los medios y la obtención y divulgación de los resultados. Esta situación implica tomar en cuenta a dos tipos de especialistas. Aquéllos que conocen la cultura del pueblo o comunidades pertenecientes a éste y aquéllos que conocen suficientemente el tema de la consulta. Los procedimientos están en relación directa con el tema y las características del pueblo con el cual se trabajará.

3. Consultar a través de sus instituciones representativas.

Cuando se hace referencia a las instituciones representativas se está reconociendo la existencia de estructuras propias, producto de la diversidad cuyo sustento deviene de sistemas normativos y, por lo tanto, de un sistema jurídico propio.

4. La consulta deberá llevarse a cabo cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Esta porción del inciso a) del artículo 6 es particularmente importante porque hace referencia a los temas bajo los cuales se debe trabajar no solamente por iniciativa de quien emitirá las medidas legislativas o administrativas, sino también como producto de la reflexión, previsiones y definiciones que los pueblos o comunidades puedan llevar a cabo.

5. En el inciso b) del mismo artículo 6 se plantea la obligación para establecer los medios por los cuales los pueblos puedan participar libremente bajo el principio de equidad con los otros sectores de la población respecto de la adopción de decisiones, tanto en instituciones electivas como en organismos administrativos y de otra índole que integren políticas y programas que les conciernan.

Se trata de crear las mejores condiciones para que la participación de los pueblos indígenas sea un hecho ante quien toma las decisiones de las que por lo general han sido excluidos.

En complemento y, en el mismo sentido, se plantea el establecimiento de los medios necesarios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de estos pueblos presupuestando incluso los recursos que sean necesarios.

² Al respecto puede consultarse: CDI. “Consideraciones para legislar en materia de consulta indígena. Memoria de un seminario”. México. 2006. Dos líneas de discusión se plantearon en este seminario: las que se refieren a las bases jurídicas propiamente y los avances que en la materia se tenían, incluyendo las propuestas de ley que desde las cámaras de senadores y de diputados se habían integrado.

³ Muchos de los elementos jurídicos aquí vertidos son consecuencia de las discusiones y reflexiones que se sostienen entre las secretarías técnicas de las cámaras de senadores y de diputados, coordinados por los licenciados Sandra Serretos y Francisco Godoy.

En la fracción 2 del mismo artículo 6 se plantean dos cuestiones. En primer lugar, se introduce la noción de buena fe para la aplicación de las consultas, cuyo principio jurídico general, “obliga a sostener respeto, lealtad y honradez en el tráfico jurídico, tanto en el ejercicio de un derecho, como en el cumplimiento de un deber”⁴. En segundo término, se plantea que las consultas a los pueblos indígenas deben llevarse a cabo de manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. El consentimiento implica la exteriorización de la voluntad entre dos o más personas para aceptar o transformar derechos y obligaciones. El consentimiento juega un papel fundamental en el marco de la autonomía de la voluntad⁵.

Con este marco, la tarea del grupo de trabajo del Congreso de la Unión a través de las comisiones de asuntos indígenas ha dado varios pasos:

1. Ambas cámaras integraron una iniciativa en distintos momentos que ha sido sancionada a favor por sus respectivas asambleas plenarias. Actualmente se encuentra dentro del procedimiento legislativo que la sanciona en comisiones de distinto orden.

La integración de la propuesta, de manera conjunta, se inclina a considerar a esta norma con el carácter de ley general, con el objeto de que los estados de la federación y los municipios, es decir, los tres órdenes de gobierno, se obliguen a hacer efectivo este derecho⁶.

2. Se trata de la cuestión relacionada con los sujetos por consultar. En este sentido, y apeándose a las definiciones asumidas por el propio Convenio 169 de la OIT y del artículo 2 constitucional, los actores de la consulta serán los pueblos y comunidades a través de sus autoridades representativas. Se asume en una primera definición a estos sujetos, aunque en opinión de Roldan Xopa: “[u]na de las cuestiones más delicadas a determinar en el caso de los pueblos indígenas como personas morales es la concerniente a su organización, gobierno interno y representación”, y más adelante, “[s]u dispersión geográfica, la falta de estructuras organizacionales que agrupen a cada pueblo, las diversidades internas, el mayor o menor número de sus integrantes, son cuestiones que no pueden ser ajenas al planteamiento jurídico que se realice”⁷.

En cambio, la comunidad indígena presenta un conjunto de elementos que le permiten contar con “las caracte-

terísticas de una autoridad de derecho público, en la que ‘el derecho’ a la autonomía y la libre determinación se traduce en un ámbito competencial de ejercicio autónomo que podría ser concebido como una garantía institucional oponible a otros sujetos”⁸. Tales elementos son la organización social y política, sus sistemas normativos u “orden normativo consuetudinario” y el territorio. Cabe señalar que los intelectuales indígenas oaxaqueños hablan del concepto de la comunidad integrada por el territorio, el gobierno propio, el tequio o trabajo comunitario y la fiesta, esta última relacionada fundamentalmente con los acontecimientos de fundación o de consolidación de su integración⁹.

En estas definiciones hace falta mucho trabajo, pues solamente los estados de San Luis Potosí y de Querétaro han avanzado integrando sus padrones de comunidades indígenas, tarea pendiente para todos los demás estados del país.

La selección de quién será consultado no corresponderá a quién ejerce la consulta, sino a los propios pueblos o comunidades, mediante sus propias normas para la toma de decisiones en el seno del pueblo o comunidades. En todo caso, es producto de un acuerdo a partir de la información previa con respecto de los temas por consultar.

En muchos casos, el trato para llevar a cabo la consulta no tiene dificultad, pero hay pueblos o incluso comunidades en las cuales no es sencillo, pues deben establecerse una serie de acuerdos y consentimientos previos antes de iniciar la consulta para hacer efectivo el principio de equidad para su ejecución.

En complemento, y dadas las condiciones en las cuales se ha distribuido a la población indígena en el territorio nacional debido al proceso migratorio, se considera importante involucrar como sujeto a las colectividades de migrantes debido a su articulación con sus comunidades y pueblos de origen.

3. Se trata de los temas o materias por consultar, tanto de carácter legislativo como administrativo. Cabe señalar que se encuentra en discusión el conjunto de temas que serán tomados en consideración para someterse a consulta y aquellos que por su naturaleza no es posible que sean consultados, como lo podrían ser los asuntos de seguridad nacional. De cualquier manera, el principio del impacto directo o indirecto serán temas permanentemente considerados para la consulta.

⁴ Diccionario Jurídico Espasa Calpe - Siglo XX. Madrid, España. 2006.

⁵ De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa. México 1998.

⁶ Varios estados de la República han integrado a sus Constituciones locales este reconocimiento. Varios otros están en proceso.

⁷ Roldan, José. *El pueblo y las comunidades indígenas como sujetos de derecho*. CDI, México, 2006, pp. 10-14.

⁸ *Ibid.*

⁹ Martínez, Jaime. *Comunalidad y Desarrollo*. Conaculta. Campo, 2003.

4. En la propuesta de ley de consulta en proceso de integración se plantea que el órgano técnico para normar y dar seguimiento al proceso será la Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

Sin embargo, no será la CDI quien ejerza de manera directa la consulta y, dependiendo del tema o temas por consultar, las instancias del legislativo o del ejecutivo se encargarán de considerar la parte presupuestal y llevarlas a cabo bajo la asesoría de la CDI. Así, cada dependencia tendrá que integrar, de acuerdo a sus planes y programas, aquellas acciones de consulta para cumplir con la ley.

5. Se trata del complicado tema de la condición vinculante de las consultas. Al respecto, y de principio, es necesario recalcar que la primera condición vinculante es el derecho de los pueblos y comunidades a que la consulta sea ejecutada por quienes van a tomar decisiones que los afecten o impacten de manera directa o indirecta.

Los resultados de la consulta son un tema que requiere de tratamiento especial, ya que se trata de revisar de manera puntual las conclusiones y las implicancias que tendría el articularlos con las decisiones de las dependencias involucradas, así como sus consecuencias técnicas y jurídicas. Pero también importa revisar las consecuencias respecto del sujeto pueblo y comunidad.

Es necesario partir de que existen condiciones para un diálogo intercultural y que es posible abrir un proceso de negociación mediante el cual la relación se torne en un ejercicio respetuoso de los intereses y necesidades de los pueblos indígenas, que permita garantizar de manera integral sus derechos.

La consulta, en todo caso, debe ser considerada como el inicio de un proceso de diálogo y de concertación y no como la culminación de un ejercicio en donde necesariamente se toman decisiones. Solo así será posible el ejercicio del consentimiento previo, libre e informado.

Una última consideración son las dificultades para llevar a cabo la consulta de acuerdo con la ley. Hasta el momento de la elaboración de estos comentarios, la disponibilidad de recursos para llevar a cabo la consulta no existía. La

responsable de hacer consultas hasta el momento, la CDI, se ha quedado sin recursos, o dice haberse quedado sin recursos para llevarla a cabo. Por su parte, la disponibilidad de recursos de las cámaras también es sumamente reducida y aunque se tiene la plena disponibilidad, la propia consulta está en riesgo.

La consulta está prevista para desarrollarse en la modalidad de foros y será de carácter intercultural. Deberá llevarse a cabo en cada una de las entidades federativas y es responsabilidad del Congreso de la Unión con la participación de los congresos estatales y el apoyo y coadyuvancia de la CDI. Cabe señalar que los integrantes del consejo consultivo de la CDI jugarán un papel importante en este proceso.

REFLEXIÓN FINAL

Como puede observarse, han pasado casi veinte años para que el derecho a la consulta, uno de los principales derechos reivindicados en la actualidad por parte de los pueblos y comunidades indígenas pueda, finalmente, concretarse.

Como ya se relató, han existido otras iniciativas y se han llevado a cabo seminarios y foros de reflexión pero no han sido, al parecer, suficientes, ya que nuevamente los tiempos legislativos, las voluntades políticas y la resistencia concreta para que los pueblos y comunidades indígenas tengan acceso efectivo a sus derechos, son factores para que una vez más se abran vacíos de tiempo y de justicia.

Las múltiples resistencias para asumir una legislación de esta dimensión ponen en evidencia la postura tradicional que se niega a aceptar la evidencia de la composición plural de la nación y se niega a compartir la diversidad y la toma de decisiones, en el contexto de una nación acorde con nuestra memoria histórica.

La demanda del cumplimiento de este derecho por parte de representantes de pueblos y comunidades, así como de organizaciones y otros interesados, persiste y es un punto fundamental de la agenda del Estado mexicano. No atenderla significaría continuar con ese vacío de trato justo que, contando con un reconocimiento constitucional en papel, es tan sólo un planteamiento demagógico. ■



Por favor, envíe sus comentarios sobre esta publicación, y posibles contribuciones para su consideración a aportes@dplf.org.



El derecho a la consulta en México: un derecho negado

Bárbara Dolman y Pedro Faro

Integrantes del Centro de Derechos Humanos Fray Bartolomé de Las Casas

INTRODUCCIÓN

Las políticas neoliberales tienden a mercantilizar los recursos naturales de los territorios ancestrales donde viven los pueblos en Chiapas y forman parte de una lógica de no reconocimiento de derechos colectivos por parte del Estado mexicano. Se niega la diversidad de sistemas de vida que tiene sus raíces desde antes de la colonización española y permanece hasta la actualidad. Los territorios indígenas poseen la biodiversidad más rica de Chiapas y, por lo tanto, siempre han atraído una serie de proyectos con intereses nacionales e internacionales que los gobiernos federal y estatal quieren imponer en detrimento de la cosmovisión de los pueblos, los derechos humanos y la protección del medio ambiente.

La intención del gobierno mexicano siempre ha sido la de generar una política de asimilación e integración a través de la discriminación, exclusión e invisibilización, aplicando mecanismos de represión, para mantener a raya cualquier manifestación de exigencia de derechos y descontento social. Es por ello que el derecho a la consulta es un estorbo para los gobiernos en la implementación de los intereses del sistema de explotación en beneficio de los grupos de poder transnacional.

EL DERECHO A LA CONSULTA Y LA AFECTACIÓN DE LA MINERÍA EN CHIAPAS

El reporte del Instituto Fraser ubica a México en el primer lugar a nivel internacional en el índice de potencial minero. Este reporte valora las condiciones administrativas y las políticas públicas a favor del sector minero en los principales países productores del mundo¹. Actualmente, empresas mineras transnacionales tienen en concesión parte del territorio del estado de Chiapas, la mayoría en la fase de la exploración, en lugares donde habitan campesinos y pueblos indígenas.

La minera canadiense Blackfire Exploration LTD ha comenzado la extracción de barita en el municipio de Chicomu-

selo, en el sur de Chiapas, donde se ha programado tener la mayor mina de barita del mundo, lo cual afecta directamente los pueblos que se encuentran en esta región, quienes fueron los últimos en enterarse de los proyectos por ejecutarse en sus territorios, tal como lo confirma la Delegación Investigadora que visitó Chiapas del 20 al 27 de marzo de 2010. La delegación informó que los habitantes locales supieron por primera vez de los intereses mineros en la región al percatarse de que desconocidos estaban recolectando muestras de material pétreo de la superficie, en la orilla de los ríos, o de la presencia de camiones propiedad de Blackfire. En este caso, es clara la negación del derecho a la consulta, que es una obligación de los gobiernos que se encuentra estipulada en el artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por México el 5 de septiembre del 1990. Según este artículo, los Estados deberán consultar a los pueblos indígenas 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.

En el ámbito internacional, se vuelven cada vez más insistentes los llamados a que los Estados en la consulta obtengan el consentimiento libre, previo e informado (CLPI) de las comunidades afectadas, así como la posibilidad de tener mecanismos de negociación a los proyectos con los que no están de acuerdo. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, consideró que: “cuando se trata de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe tener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”².

De la misma manera, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, se pronunció sobre las observaciones del Poder Ejecutivo a la Ley de Consulta aprobada por el Congreso peruano:

¹ México, primer lugar mundial en el índice de potencial minero. Comunicado 031/08. Disponible en: <http://www.presidencia.gob.mx/prensa/se/?contenido=34822>.

² Corte I.D.H., *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 134.

El deber de consultar con los pueblos indígenas en relación con asuntos que les afectan directamente tiene como objetivo lograr el consentimiento libre, previo e informado [...] en aquellos casos en que el impacto de una propuesta o iniciativa sobre el bienestar o derechos de un pueblo indígena es significativo, el consentimiento de la parte indígena, por medio de un acuerdo, no solamente es el objetivo de la consulta pero también es una precondition exigible para la ejecución de la medida propuesta [...] de instalación de actividades de extracción de recursos naturales dentro de un territorio indígena cuando esas actividades tuviesen impactos sociales, culturales, ambientales y significativos³.

En la expansión de la minería en México se ha dado un proceso de flexibilización normativa que vaticina el despojo de los territorios indígenas. Con la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en 1994, se dio previamente la reforma del artículo 27 de la Constitución, que permitió la venta y arrendamiento de las tierras campesinas e indígenas a particulares, fueran personas físicas o jurídicas, como son las empresas mineras. Al mismo tiempo, la Ley Minera otorga al concesionario de las tierras el derecho a obtener la expropiación, la ocupación temporal y la constitución de terrenos indispensables para llevar a cabo la exploración, explotación y beneficio de minerales⁴. Lo anterior está relacionado con la declaración de las actividades mineras como acciones de utilidad pública, lo que implica que tienen preferencia sobre otros usos del suelo⁵. La desprotección jurídica ha significado una oportunidad provechosa para las empresas, porque se presentan a las comunidades y pueblos con “derechos” ya adquiridos, lo que literalmente provoca el saqueo de sus tierras.

El Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales observó “que las tierras tradicionales de los pueblos indígenas han sido reducidas u ocupadas, sin su consentimiento, por empresas madereras, mineras y petroleras, a costa del ejercicio de su cultura y el equilibrio del ecosistema”. El comité recomendó que los gobiernos “garanticen la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que afectan sus vidas [...] y que busquen el consentimiento de los pueblos indígenas concernidos [...]”⁶.

En el informe de la Comisión de Expertos en Aplicaciones de Convenios y Recomendaciones sobre el Convenio No. 169, se considera a la consulta como un desafío fundamental y que es

necesario “incluir disposiciones en la legislación que requieran consultas previas como parte del proceso en el que se determina si se otorgarán concesiones para la explotación y exploración de recursos naturales”⁷.

La Ley Minera en México no establece mecanismos de consulta. Esta situación violenta tratados internacionales sobre los derechos a la preservación de los territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas. Este derecho a la consulta mediante el CLPI, que en materia de derechos colectivos de los pueblos indígenas México ha firmado y ratificado, en lugar de respetar este derecho, ha generado que las empresas mineras se apropien de las tierras locales con hostigamiento, amenazas y cooptación. Por ejemplo, en Chicomuselo, varias organizaciones canadienses lograron obtener documentos de la compañía minera Blackfire que muestran pagos mensuales de 10.000 pesos depositados en la cuenta personal del presidente municipal bajo el acuerdo de que el ejido no se levantaría en oposición a la mina⁸.

CONCLUSIONES

El consentimiento libre, previo e informado (CLPI) es un elemento fundamental de la capacidad de los pueblos para celebrar convenios y para ejercitar la soberanía, proteger sus territorios y recursos naturales. Hasta el momento, las experiencias de los pueblos indígenas con la industria minera, por lo general, han resultado en la destrucción de su territorio, y han polarizado las relaciones sociales y las formas de sustento y de vida de las comunidades. Asimismo, han generando cambios radicales y abruptos en las culturas regionales, así como riesgos de salud a corto y largo plazo, entre otras consecuencias que atentan contra el derecho a una vida digna.

En Chiapas sobrevive históricamente un régimen racista y oligárquico en el que la violencia institucional emana de la ley: quienes detentan el poder formal, es decir, quienes son autoridad, tienen la posibilidad de legislar a su interés o de violar la ley, sea esta agraria, laboral, penal y, por supuesto, los instrumentos internacionales de derechos humanos. Es aquí que el derecho a la consulta con los mecanismos para garantizar el consentimiento previo, libre e informado son desatendidos de manera deliberada para la implementación de proyectos que afectan la vida de los pueblos indígenas. Se privilegian así los intereses de los inversionistas nacionales e internacionales, y se niega de facto el derecho a los pueblos a existir como tales, convirtiéndose en un genocidio sistemático. ■

³ Declaración pública del Relator especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la “Ley del derecho a la consulta a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No.169 de la Organización Internacional de Trabajo” aprobada por el Congreso de la República del Perú. 7 de julio de 2010.

⁴ Ley de Minería 1992, Art. 7 Frac. VII.

⁵ *Ibid.*, Art. 6.

⁶ Conclusiones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Colombia. 30/11/2001. E/C. 12/Add. 1/74, en párr. 12.

⁷ CEACR. Observación general. Convenio:C169 Document No. (ilolex): 052009169. Publicación: 2009.

⁸ Fronteras Comunes de Canadá, Consejo de Canadienses, Alerta Minera de Canadá y el Sindicato de Trabajadores Metalúrgicos Unidos de Canadá. Documentos demuestran corrupción e intimidación en las actividades en México de la empresa minera Canadiense Blackfire – Ottawa debe investigar inmediatamente. Boletín de prensa, 18 de diciembre 2009.



Consulta y pueblos indígenas: el caso de Chile

Jorge Contesse

Director del Centro de Derechos Humanos y profesor asociado de la Universidad Diego Portales

En septiembre de 2009, tras casi dos décadas de discusión en el Parlamento, entró en vigencia en Chile el Convenio 169 de la OIT. Como es sabido, el convenio establece una serie de derechos colectivos a favor de los pueblos indígenas, rompiendo con el paradigma asimilacionista que animaba a su antecesor —el convenio 107, de 1957— y a las políticas que, consecuentemente, se impulsaban por parte de organismos internacionales y los propios Estados. Sobre la estructura del convenio, sus disposiciones y las posibilidades y desafíos para su implementación se ha escrito mucho —en ningún caso demasiado, hay que decirlo— razón por la cual este breve artículo mirará puntualmente la situación de Chile y cuáles son las perspectivas de implementación que se abren y los obstáculos que, a poco tiempo de entrada en vigencia, es posible vislumbrar.

Cuando el país recuperaba su vida democrática, hacia fines de la década de 1980, líderes de organizaciones indígenas y el candidato presidencial que luego sería ungido como primer presidente de la transición celebraron un acuerdo mediante el cual aquéllos daban su apoyo a éste, el que se comprometía a impulsar una agenda de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Uno de los puntos centrales de este acuerdo fue la ratificación por el Estado del Convenio 169 de la OIT. Corría el año 1989 y el convenio era toda una novedad en cuanto se reconocía a los pueblos indígenas como sujetos de derecho colectivo, dando vigencia a los estándares de la consulta previa, la participación y la administración preferente de los recursos naturales emplazados en territorios indígenas, entre otros¹.

Sin embargo, no fue hasta 2008 que el Congreso Nacional de Chile dio su aprobación al tratado. Los argumentos sobre la idea que la nación chilena es una e indivisible, que un tratado como éste podía poner en cuestión el carácter unitario e incluso la posibilidad de secesión marcaron buena parte del debate parlamentario que impidió en reiteradas ocasiones que la promesa electoral fuese cumplida. Finalmente, se consiguieron los votos necesarios inclusive cuando, cabe advertirlo, el gobierno de la ex presidenta Michelle Bachelet quiso ratificarlo con una declaración interpretativa, la cual fue rechazada por la propia OIT.

Hasta la entrada en vigencia del Convenio 169, la regulación sobre cuestiones indígenas reposaba sobre la llamada “Ley indígena” de 1993. El mismo día que entró en vigencia el convenio, el 15 de septiembre de 2009, el gobierno publicó

un decreto supremo que reglamentaba la norma sobre participación de dicha ley². Según se dice en el decreto referido, éste tuvo por objeto regular la consulta y participación de los pueblos indígenas, reconociendo que las normas del Convenio 169 que se refieren a estas materias —los artículos 6 y 7— tendrían vigencia inmediata pero que de todos modos necesitaban de articulación interna para su aplicación. Lo cierto es que el decreto supremo restringió el ámbito de aplicación de la consulta y de la participación tal como están prescritas en el convenio. Así, por ejemplo, ya desde la definición de lo que es la consulta se presentan problemas: el Convenio 169 dispone la obligación de los gobiernos de “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”. Pero el decreto chileno dispone que la consulta es “el procedimiento *a través del cual los pueblos indígenas interesados, a través de los sistemas que este reglamento diseña, pueden expresar su opinión acerca de la forma, el momento y la razón de determinadas medidas* legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente y que tengan su origen en alguno de los órganos de la administración del Estado señalados [...] en este reglamento, mediante un procedimiento adecuado y a través de sus organizaciones representativas” (art. 2, el destacado es mío).

Para efectos de este breve artículo, cabe llamar la atención sobre dos cuestiones en las que el derecho a consulta queda severamente limitado. En primer lugar, y como es posible observar, la reglamentación chilena señala en una misma frase que la consulta se hace “a través de los sistemas que este reglamento diseña” lo cual contraría el tenor del convenio. Aunque luego se dispone que la consulta debe hacerse “mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas”, siguiendo la frasología del tratado internacional. Y el problema es que, analizando el detalle de las disposiciones reglamentarias, éstas efectivamente diseñan un sistema de consulta el cual establece, por ejemplo, plazos para que se lleve a cabo el procedimiento de consulta (¡no más de 60 días!). Y, por otro lado, se excluye a los organismos administrativos que más interacción tienen con comunidades y pueblos indígenas, como son las municipalidades (art. 4).

¹ Junto con las disposiciones sobre consulta y participación, el Convenio 169 contempla disposiciones sobre tierras, empleo, seguridad social y salud, educación y medios de comunicación, entre otros.

² Decreto Supremo No 124 del Ministerio de Planificación, publicado el 15 de septiembre de 2009.

En segundo lugar, el convenio no distingue las materias que deben ser sometidas a consulta de los pueblos indígenas. Su letra es clara: se debe consultar a los pueblos indígenas “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. El decreto, en cambio, prescribe que la consulta procede respecto de “*determinadas* medidas”. ¿Por qué si el convenio no distingue le es lícito al Estado de Chile hacerlo? No hay explicación al respecto; menos aún, si éste se ha obligado a cumplir este tratado de buena fe. De esta manera se va achicando el ámbito de aplicación del convenio por una vía enteramente cuestionable, como es la reglamentación administrativa.

Como se sabe, uno de los temas más sensibles en materia de derechos de los pueblos indígenas es el de la relación con los efectos que los proyectos de inversión y desarrollo provocan en sus tierras y costumbres. Al respecto, el decreto señala que “los proyectos de inversión en las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena [...] serán sometidos a los procedimientos de consulta o participación que se contemplan en las respectivas normativas señoriales” (art. 9), pero ocurre que las leyes sectoriales chilenas se caracterizan por no tener normas sobre consulta o participación de pueblos indígenas. Se da la posibilidad, con todo, para que la autoridad aplique las normas sobre consulta, pero ello es facultativo y además el proceso de consulta debe quedar “concluido en un plazo máximo de noventa días” ni siquiera contado desde la última gestión que se haga, sino desde “la primera presentación que se haga relativa al proyecto”. La práctica demuestra que los procesos de consulta dependen de muchas variables, y no es sensato someterlos a plazos fijos.

En el ámbito judicial, destacan algunas sentencias que se han dictado en el año que lleva de vigencia el Convenio 169 en Chile. En el primer caso, la Corte de Apelaciones de Temuco dio plena vigencia a las normas sobre consulta, trayendo a colación el fallo del Tribunal Constitucional que declaró los artículos 6 y 7 como autoejecutables³, esto es, que no requerían de desarrollo normativo, y cuestionando el Decreto Supremo 124 por contravenir lo estipulado en el convenio. El razonamiento del tribunal fue simple y claro: los Estados no pueden incumplir sus obligaciones internacionales —en este caso, el convenio—

Como se sabe, uno de los temas más sensibles en materia de derechos de los pueblos indígenas es el de la relación con los efectos que los proyectos de inversión y desarrollo provocan en sus tierras y costumbres.

aduciendo su derecho interno, o sea el decreto supremo⁴. Pero la Corte Suprema revocó posteriormente la sentencia argumentando que la consulta a los pueblos indígenas se sujeta a las normas sobre participación ambiental de la ley nacional, lo que está en tensión con el mandato de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, que obliga a los Estados a someter su acción a las normas internacionales por sobre las de su derecho doméstico.

En el mismo sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, reforzando un punto importante que ha dado lugar a debate, cual es, que el derecho de participación

que se consagra en la legislación ambiental es diferente al derecho de consulta y participación contenidos en el Convenio 169⁵ y que, por lo mismo, no corresponde supeditar, como lo hizo la Corte Suprema, las normas del convenio al derecho interno chileno. Por su parte, la Corte de Apelaciones de Valdivia también dio lugar a una reclamación judicial que impugnó la calificación ambiental que se hizo de un proyecto sin consulta de las comunidades indígenas afectadas, dando aplicación al Convenio 169⁶. Y, por último, la Corte de Apelaciones de Concepción también invocó el convenio para cuestionar la tala de árboles sagrados realizada sin consulta a las comunidades indígenas⁷. En estos últimos, al momento de escribir estas páginas, la Corte Suprema aún no revisaba las sentencias.

Es notable el trabajo que han hecho las cortes de apelaciones del sur del país aunque la Corte Suprema no ha estado a la altura de las exigencias que impone el deber de implementar el Convenio 169.

De esta manera, a poco tiempo de la entrada en vigencia de este tratado internacional en Chile se aprecian señales que apuntan en direcciones distintas. En algunos casos, la respuesta judicial en primeras instancias muestra francos avances. Pero a nivel de la reglamentación, el Estado sigue en deuda ya que no puede aplicarse correctamente el convenio por medio de normas que restringen el alcance y ámbito de aplicación del derecho a consulta. Falta mucho aún para tener una visión comprehensiva, pero sí puede observarse que, en menos de un año, el Convenio 169 ha producido cambios que van desde la articulación normativa hasta una sensibilización del tema distinta a como existía hasta antes de su entrada en vigor. ■

³ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1050/2008.

⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1705/2009, cons. 7°.

⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 36/2010, cons. 9°.

⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 243/2010.

⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 289/2010.



La paradoja de la consulta previa en Colombia

César Rodríguez Garavito

Director del Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes y miembro fundador de Dejusticia

Natalia Orduz Salinas

Investigadora de Dejusticia

En el tema de la consulta previa a grupos étnicos, el caso colombiano presenta una marcada paradoja. Por un lado, el derecho y jurisprudencia constitucionales han avanzado notablemente en la protección del derecho a la consulta y, de hecho, constituyen uno de los marcos jurídicos más interesantes sobre el tema en el ámbito latinoamericano y global. Por otro lado, sin embargo, el contexto socioeconómico en el que ocurren las consultas —en el que se mezcla la violencia política con la expansión de las economías extractivas— presenta desafíos prácticos formidables para hacer realidad ese marco jurídico.

En esta nota intentamos captar los dos lados de esta situación paradójica, con base en trabajos de investigación y acompañamiento jurídico en casos de consulta previa. Comenzamos por describir brevemente el contexto socioeconómico de la consulta, para luego pasar a sintetizar los avances jurídicos. Cerramos el artículo con una mirada prospectiva sobre los retos clave de la regulación y la práctica de la consulta en Colombia.

Antes de comenzar, es importante aclarar que uno de los avances centrales de la protección del derecho a la consulta en Colombia consiste en que la Constitución y la jurisprudencia lo extienden no sólo a los pueblos indígenas sino a las comunidades afrodescendientes. Sin embargo, por razones de espacio y en virtud del foco de este número de Aportes, nos centraremos en la consulta a los pueblos indígenas¹.

EL CONTEXTO DE LA CONSULTA EN COLOMBIA

Colombia tiene, según datos oficiales, 87 pueblos indígenas, que constituyen el 3,3% de la población nacional. Se trata de pueblos pequeños, pero de una gran riqueza cultural: en la actualidad hay 64 lenguas diferentes. Sin embargo, como lo dijo tras su visita al país en 2009 el Relator Especial de las Naciones Unidas para los pueblos indígenas, James Anaya, su situación es “grave, crítica y profundamente preocupante”. Para la muestra, algunas cifras: según la Vicepresidencia de la República, entre 2002 y 2008 fueron asesinados 1240 indígenas. Según la Organización Indígena de Colombia (ONIC), entre 2002 y 2009 fueron desplazados forzadamente de sus territorios 74.000 indígenas, una tasa mucho mayor que el resto de la población. El resultado es una verdadera emergencia humanitaria que ha puesto a cerca de la tercera parte

de los pueblos en peligro de extinción: hay 32 pueblos que tienen menos de 500 personas, incluyendo 18 que tienen menos de 200 miembros y 10 que quedan con menos de 100.

La situación es el resultado de una combinación de dos factores centrales. Primero, el conflicto armado ha golpeado a los pueblos indígenas con particular fuerza y rapidez, sobre todo en los últimos 15 años. Tanto los actores armados ilegales —guerrillas, paramilitares y bandas mafiosas en combinaciones diversas— como los gobiernos y las fuerzas armadas han desatendido la declaración de neutralidad de los pueblos frente al conflicto. Al ocupar sus territorios y exigir su colaboración en la lucha con los demás actores del conflicto, han traído la dinámica de la guerra y, con ella, las violaciones de derechos humanos reflejadas por las cifras mencionadas.

Segundo, el conflicto está entrelazado con la disputa por tierras ricas en recursos naturales o corredores estratégicos para el narcotráfico, que coinciden parcialmente con los territorios titulados o ancestrales de los pueblos indígenas. Los riesgos de esta sobreposición espacial han aumentado exponencialmente en los últimos años, a medida que Colombia ha girado hacia una economía extractiva, en la que la explotación de minerales y construcción de megaproyectos de infraestructura han multiplicado los casos de disputa por los territorios indígenas.

Éste es el contexto en el que se realizan los procesos de consulta previa en Colombia. La presencia e intimidación de actores armados es, por tanto, un factor que dificulta la participación libre de los pueblos y comunidades indígenas. Por ejemplo, el proceso de consulta para el llenado de la represa de Urrá en el norte del país tuvo como telón de fondo los hostigamientos permanentes de paramilitares y guerrilla a las comunidades embera katío, que desembocaron en asesinatos de líderes que se oponían al proyecto. Y existen numerosos casos —como los de los pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta— en los que las comunidades con las que se debería consultar han sido víctimas de desplazamiento forzado y, por ello, están ausentes del territorio o profundamente debilitadas al momento de ejercer ese derecho. Si a esto se suman las condiciones de extrema marginación socioeconómica de los pueblos indígenas, se entienden los retos de garantizar la consulta y el consentimiento verdaderamente previos, libres e informados en medio de un contexto tan adverso.

¹ Sobre la consulta previa a comunidades negras, véase César Rodríguez Garavito, Tatiana Alfonso e Isabel Cavellier. *Raza y derechos humanos: informe sobre discriminación racial y derechos de la población afrocolombiana*. Bogotá: Observatorio de Discriminación Racial, 2009.

EL MARCO JURÍDICO DE LA CONSULTA

La Constitución de 1991 marcó un hito en el reconocimiento jurídico de los pueblos indígenas. Hasta entonces, se aplicaba una ley decimonónica que tenía como objetivo gobernar a los ‘salvajes’ que se fueran ‘reduciendo a la vida civilizada’. La nueva Constitución declaró al país como una república pluralista que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural. Simultáneamente, el Estado ratificó el Convenio 169 de la OIT que fija el derecho de los pueblos indígenas y tribales (lo que en Colombia incluye a las comunidades negras) a controlar su territorio, sus instituciones y su propio desarrollo.

La Constitución y el Convenio 169 prevén la participación de estos pueblos cuando se planeen proyectos de aprovechamiento económico de recursos en sus territorios o cuando se van a expedir leyes que los afecten. Aunque el convenio establece algunas reglas para la realización de la consulta –que debe ser previa, de buena fe, con autoridades indígenas legítimas y respetando los usos y costumbres de los pueblos–, no establece los detalles del procedimiento. Corresponde a la ley nacional establecer estos detalles.

En Colombia, sin embargo, el Congreso no ha regulado con detenimiento estos asuntos. Además, la normatividad administrativa existente (Decreto 1320 de 1998) es profundamente deficiente, hasta el punto que la Corte Constitucional la ha inaplicado por inconstitucional.

Estos vacíos han sido llenados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha consolidado algunas reglas para la consulta previa, ha protegido el derecho a la consulta en casos concretos y ha declarado inconstitucionales leyes expedidas sin el cumplimiento del requisito de la consulta. A pesar de algunos vaivenes, la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional ha establecido claramente la consulta como un derecho fundamental que puede ser protegido mediante la acción judicial de amparo (tutela) y ha seguido de cerca los lineamientos del Convenio 169.

Algunas sentencias fundamentales de esta jurisprudencia son la T-652 de 1998 (que indemnizó a los embera katio afectados por la represa de Urrá), la SU-039 de 1997 (que protegió el derecho a la consulta del pueblo u'wa), la C-030 de 1998 (que declaró inconstitucional la Ley Forestal por no haber sido consultada con los pueblos indígenas y las comunidades negras) y la C-175 de 2009 (que declaró inexecutable el Estatuto de Desarrollo Rural por la misma razón). De esta forma, la Corte Constitucional colombiana ha hecho uno de los aportes fundamentales del constitucionalismo comparado a la interpretación y desarrollo jurídicos del contenido del derecho a la consulta.

Esto no significa, sin embargo, que la jurisprudencia no haya tenido vacíos y limitaciones. Por ejemplo, la Corte Constitucional ha tendido a ordenar procesos de consulta demasiado rápidos. Y, como sucedió en el caso Urrá, ha ordenado medidas de indemnización monetaria que han sido contraproducentes para las comunidades afectadas.

EL AVANCE MÁS RECIENTE: EL DERECHO AL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO

La posición más reciente de la Corte Constitucional con respecto a la decisión final sobre la viabilidad de proyectos que afecten a pueblos indígenas implica un avance interesante hacia los estándares internacionales más protectores (como los de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas).

Hasta hace poco, la Corte Constitucional había protegido los estándares procedimentales de la consulta previa, pero había dejado en cabeza del gobierno, en todos los casos, la decisión final sobre la viabilidad del proyecto, que debía tomarse ‘sin arbitrariedad y sin autoritarismo’, como ordenó en los conocidos casos de los embera katio del Alto Sinú con la represa Urrá y con el proyecto petrolero de la Occidental Petroleum en territorio U'wa.

No obstante, en 2009 (sentencia T-769 de 2009), en un caso relativo al proyecto Mandé Norte de exploración y explotación de cobre y otros minerales por parte de la empresa Muriel Mining, el tribunal declaró que, cuando se trate de proyectos con repercusiones particularmente graves sobre pueblos indígenas o comunidades negras se requiere el *consentimiento* libre, previo e informado de éstos. Adoptando explícitamente el estándar fijado por la Corte Interamericana en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, el tribunal ordenó suspender el proyecto por violación del derecho a la consulta.

DOS RETOS

En vista de este contexto socioeconómico y este marco jurídico, los próximos años serán determinantes para la suerte del derecho a la consulta y el consentimiento, y para el destino de los pueblos indígenas cuya supervivencia depende, en parte, de él. Destacamos dos retos como conclusión.

Primero, desde el punto de vista social y económico, el giro explícito de la política económica hacia la minería implica la multiplicación de potenciales conflictos alrededor de la consulta en casos de explotación de recursos naturales. La falta de una legislación clara y protectora del derecho a la consulta, por tanto, será un vacío más visible y urgente en los próximos años. Será muy importante, en este sentido, la posición del nuevo gobierno en relación con la regulación de la consulta.

Segundo, la Corte Constitucional y los jueces seguirán siendo fundamentales en este tema. En los casos que sigue recibiendo y que probablemente aumentarán, el tribunal decidirá el alcance de la consulta y desarrollará el avance fundamental de la sentencia T-769 de 2009 sobre el consentimiento previo, libre e informado. El reto institucional y jurídico adicional consistirá en extender la jurisprudencia de la Corte Constitucional a las decisiones de otros jueces y funcionarios públicos, que se han mantenido ajenos, en buena parte, a los estándares protectores del derecho a la consulta. ■

Consejo Directivo

Reinaldo Figueredo Planchart
Presidente de la Directiva

Alejandro Garro
Vicepresidente de la Directiva

Douglass Cassel
Presidente de la Fundación

Susan Popkin
Tesorera

Jorge Carpizo
Christopher Jochnick
Helen Mack
Alain Philippson
Jeremy Popkin
Margaret Roggensack
Ronald Scheman

Personal

Katya Salazar
Directora Ejecutiva

Laura Park
Directora de Operaciones y Promoción

Emilie Joly
Coordinadora del Área de Acceso Igualitario a la Justicia

Mirte Postema
Coordinadora del Área de Rendición de Cuentas y Transparencia Judicial

Stephanie Luckam
Asistente Administrativa

María Clara Galvis
Consultora Senior

Fátima Andrada
Consultora Senior

La Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF, por sus siglas en inglés) es una organización sin fines de lucro fundada en 1996 por Thomas Buergenthal, ex juez de la Corte Internacional de Justicia, y sus colegas de la Comisión de la Verdad de Naciones Unidas para El Salvador, cuyo mandato es promover el desarrollo de políticas públicas dirigidas a mejorar los sistemas nacionales de justicia y de esa manera fortalecer el estado de derecho en América Latina.



Por favor, envíe sus comentarios sobre esta publicación, y posibles contribuciones para su consideración a aportes@dplf.org.



Due Process of Law Foundation

1779 Massachusetts Ave., NW Suite 510-A
Washington, D.C. 20036
Tel.: (202) 462.7701 – Fax: (202) 462.7703
E-mail: info@dplf.org Web site: www.dplf.org

Esta publicación ha sido posible gracias al aporte de:

FOUNDATION OPEN SOCIETY INSTITUTE
& Soros Foundations Network



**National Endowment
for Democracy**

Supporting freedom around the world