

EL DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: LA IMPORTANCIA DE SU IMPLEMENTACIÓN EN EL CONTEXTO DE LOS PROYECTOS DE DESARROLLO A GRAN ESCALA



EL DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: LA IMPORTANCIA DE SU IMPLEMENTACIÓN EN EL CONTEXTO DE LOS PROYECTOS DE DESARROLLO A GRAN ESCALA

OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO
DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS

2011

DR © OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO
COMISIONADO DE LAS NACIONES
UNIDAS PARA LOS DERECHOS
HUMANOS (ONU-DH)

Alejandro Dumas No. 165
Col. Polanco, Del. Miguel Hidalgo
C.P. 11560, México, D.F.

www.hchr.org.mx

fotogalería

www.hchr.org.mx/derechoalaconsulta/

Coordinación editorial

ONU-DH México

Contenidos

José Juan Julián Santiago. *Consultor, ONU-DH México*

Fotógrafo

Enrique Carrasco Sj

Concepto y diseño
de portada e interiores

Patricia Gasca Mendoza

Impresión

Estirpe

Impreso en México

El material contenido en esta obra puede citarse o reproducirse libremente, a condición de que se mencione su procedencia y se envíe un ejemplar de la publicación que contenga el material reproducido a la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-DH).

ÍNDICE



PRESENTACIÓN	4
INTRODUCCIÓN	6
1. EL DERECHO A LA CONSULTA Y AL CONSENTIMIENTO LIBRE PREVIO	12
E INFORMADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	
1.1. <i>Reconocimiento del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado</i>	13
1.2. <i>Situaciones en las que debe garantizarse el derecho a la consulta</i>	18
1.3. <i>Naturaleza y función del derecho a la consulta</i>	21
1.4. <i>Efectos de la consulta</i>	24
1.4.1. <i>El derecho al consentimiento libre, previo e informado</i>	26
1.5. <i>El derecho a la consulta y las comunidades no indígenas</i>	27
2. EL PROCEDIMIENTO DE LA CONSULTA	32
2.1. <i>Principios rectores de la consulta</i>	33
2.2. <i>La consulta como diálogo intercultural</i>	37
2.3. <i>¿A quiénes se debe consultar?</i>	39
2.4. <i>¿Quiénes deben consultar?</i>	40
2.5. <i>Revisión judicial</i>	41
3. RELACIÓN CON OTROS DERECHOS HUMANOS	42
3.1. <i>Derecho a la tierra, territorio y recursos naturales</i>	44
3.1.1. <i>Derecho a la tierra y al territorio</i>	44
3.1.2. <i>Derecho a los recursos naturales</i>	49
3.2. <i>Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Ambientales</i>	52



PRESENTACIÓN

Los derechos de los pueblos indígenas han disfrutado de un desarrollo sin precedentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). En pocas décadas, los pueblos indígenas han pasado de ser invisibles, de no existir en el ámbito internacional, a ser reconocidos plenamente como sujetos colectivos de derechos y, finalmente, como pueblos con plena capacidad para ejercer su derecho a la libre determinación. Esta transformación radical exige, para su realización, profundos cambios en las

estructuras legales, económicas y sociales en los países que cuentan con población indígena. En el caso de los proyectos de desarrollo a gran escala, el reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas requiere que se les incluya en la toma de decisiones como nuevo sujeto fundamental, hasta ahora no suficientemente considerado por los poderes políticos y económicos. Los pueblos indígenas han sido testigos de profundos cambios en sus tierras y territorios, sin que su voz, necesidades y derechos hayan sido tomados en cuenta.

Rodolfo Stavenhagen llamó la atención sobre, quizás, el problema más urgente en el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas: lo que él llamó *la brecha de implementación* entre lo proclamado con solemnidad en tratados y declaraciones y la situación real de los pueblos indígenas, condenados por las prácticas políticas y jurídicas a la marginación, la violencia y la pobreza. El reconocimiento de derechos humanos pierde su sentido si no se toman las medidas necesarias para su ejercicio efectivo. A su vez, el reconocimiento de los pueblos indígenas como pueblos libres de decidir su futuro no tiene ningún valor si las decisiones fundamentales que afectan a sus tierras y territorios y su sustento material, cultural y espiritual (como la construcción de carreteras, minas o presas hidroeléctricas) se toman en ámbitos ajenos a los pueblos indígenas, sin contar con su participación.

El Derecho Internacional ha reconocido el derecho de los pueblos indígenas a decidir su futuro y exige que su participación sea un factor fundamental en cualquier decisión que afecte a sus derechos e intereses.

Darles voz y poder de decisión en el contexto de los grandes proyectos de desarrollo no es sólo un imperativo legal. Garantiza la sustentabilidad social y económica del desarrollo y apoya al proceso democrático y puede reducir los conflictos. Un verdadero acceso a la información y a los espacios de participación fortalece con seguridad la convivencia y el diálogo intracomunitario y con los poderes públicos. La participación de grupos excluidos que sufren múltiples factores de discriminación, sumados a su identidad indígena (mujeres, niñas y niños, personas ancianas, personas con discapacidad), en la toma de decisiones, facilita que los beneficios del desarrollo económico repercutan verdaderamente en todas las personas.

Esta publicación pretende contribuir a un mejor conocimiento en México del contenido del derecho a la consulta, según el Derecho Internacional. El Estado mexicano, a través de sus tres poderes, y a todos los niveles, tiene la obligación de garantizar el ejercicio de este derecho. A fin de que esto sea así es necesario, además, que la sociedad civil y los pueblos indígenas conozcan los estándares internacionales en la materia y se apropien de ellos como una herramienta válida para la consecución de sus demandas.

El derecho a la consulta es un ámbito del derecho especialmente dinámico en el plano internacional (debido al impulso, entre otros, del Estado mexicano), y es de esperar que dicho dinamismo se traduzca, tanto a nivel nacional como local, en la pronta implementación de este derecho, en línea con lo dictado por el Derecho Internacional.

JAVIER HERNÁNDEZ VALENCIA

Representante en México de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos



INTRODUCCIÓN

El derecho a la consulta y el de libre determinación han merecido atención especial en los últimos años, sobre todo en el contexto de la implementación de proyectos de desarrollo en los territorios indígenas. El derecho a la consulta se ha constituido en uno fundamental para la defensa de las tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas, frente a proyectos de extracción de minerales, construcción de presas y declaratorias de áreas de reserva, entre otros.

Con la implementación de proyectos de desarrollo en sus territorios, se ha vuelto más insistente el reclamo por parte de los pueblos indígenas de los derechos a la consulta, al consentimiento previo libre e informado y a la participación. Los proyectos de desarrollo han traído consigo grandes perturbaciones a su vida comunitaria y cultura tradicional, derivadas de las rápidas transformaciones económicas y ecológicas y de la especial relación de estos pueblos con sus territorios, relación que va más allá de la subsistencia física.

La Relatoría Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (la Relatoría Especial), en su informe temático del año 2003, señaló que en las últimas décadas “los gobiernos nacionales, las grandes empresas y las instituciones multilaterales de financiación han dirigido su atención a las llamadas zonas no desarrolladas con el fin de extraer recursos naturales, establecer plantaciones y plantas industriales, desarrollar actividades turísticas, mejorar puertos, centros de comunicación o centros urbanos, y construir redes de transporte, presas polivalentes, bases militares o vertederos de residuos tóxicos”.¹ Además, también indicó que “cuando estas actividades se producen en zonas ocupadas por pueblos indígenas, es posible que sus comunidades sufran profundos cambios sociales y económicos que a menudo las autoridades competentes son incapaces de comprender y mucho menos de prever. Los proyectos de desarrollo en gran escala afectarán inevitablemente a las condiciones de vida de los pueblos indígenas. A veces las consecuencias serán beneficiosas, muy a menudo devastadoras, pero nunca desdeñables”.² Es por ello que, frente a esta situación, la observancia e instrumentación del derecho a la consulta se vuelven aún más necesarias, para garantizar los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

Abordar el tema del derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado, también nos lleva a abordar el tema del desarrollo. La mayoría de los proyectos a gran escala a los que nos referimos en este documento buscan su justificación en la promoción del desarrollo económico y social del país.³ La posición no es la de rechazar cualquier tipo de proyecto de desarrollo a gran escala, pues, sin duda, ellos han sido y son cruciales para la realización de los derechos humanos de las personas. Sin embargo, tampoco es posible aceptar sin más la realización de tales proyectos y dejar a un lado el impacto que éstos conllevan para el medio ambiente y los derechos humanos de comunidades concretas, en especial indígenas, que habitan en los territorios en los que se planea la realización de dichos proyectos.

El tema del desarrollo y su relación con los pueblos indígenas ya ha sido tratado por la Relatoría Especial, quien ha señalado que a partir de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, celebrada en Copenhague en 1996, la Cumbre del Milenio de 2000 y la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Johannesburgo en 2005, se ha cristalizado el consenso internacional en torno de la interdependencia entre el desarrollo y los derechos humanos. El principio básico de este enfoque es que la realización de los derechos humanos debe ser el objetivo del desarrollo

¹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, párr. 7.

² Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003.

³ Por “gran proyecto de desarrollo” se entiende un proceso de inversión de capital público y/o privado, nacional o internacional para la creación o la mejora de la infraestructura física de una región determinada, la transformación a largo plazo de las actividades productivas con los correspondientes cambios en el uso de la tierra y los derechos de propiedad de la misma, la explotación en gran escala de los recursos naturales incluidos los recursos del subsuelo, y la construcción de centros urbanos, fábricas, instalaciones mineras, centrales energéticas, complejos turísticos, instalaciones portuarias, bases militares y empresas similares. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, párr. 6.

y, por tanto, éste debe concebirse como una relación entre los titulares de estos derechos y los titulares de las obligaciones correspondientes. La clave de este enfoque radica en su vínculo expreso con las normas y principios de derechos humanos, que son utilizados para identificar la situación de partida, los objetivos y la evaluación del impacto del desarrollo.

Esta idea había sido ya planteada en el Programa y Plan de Acción de Viena de 1993 y ha inspirado muchos proyectos e iniciativas impulsadas por las Naciones Unidas en el último decenio, tal es el caso de las Metas del Milenio. Y aunque la idea de que los derechos humanos y el desarrollo están íntimamente vinculados es realmente atrayente y poderosa (al grado de que no puede haber desarrollo sin el respeto a los derechos humanos y tampoco se podrán garantizar los derechos humanos si a este esfuerzo no lo acompañan políticas de desarrollo), en el plano de la realidad parece que en ocasiones no es tan fácil conciliar ciertas concepciones acerca del desarrollo y, sobre todo, ciertos proyectos denominados de “desarrollo” con los derechos humanos de personas concretas.⁴

El concepto de *desarrollo* sustituyó al de *progreso*, empleado ampliamente en el siglo XIX y buena parte del XX. En el discurso político, la idea de progreso se asociaba directamente con los esfuerzos de modernización y racionalización de la vida. En el imaginario social, se vinculaba a la industrialización de la economía, la urbanización de la sociedad y el empleo de la tecnología para transformar y facilitar las cargas de la vida diaria. La idea de progreso no escapó, sin embargo, de ser utilizada para devastar la naturaleza, despojar a otros de sus recursos naturales, implementar políticas que

beneficiaban a las elites gobernantes y dismantelar formas de vida y culturas enraizadas en tradiciones ancestrales. La sustitución del concepto de *progreso* por el de *desarrollo* no vacunó al segundo de toda la carga negativa que el primero acarrearaba. Por ello, ¿qué tipo de desarrollo? ¿desarrollo que beneficie a quiénes? o ¿desarrollo a costa de qué sacrificios? siguen siendo las preguntas pertinentes y necesarias. Esto ha llevado a calificar o completar el concepto de *desarrollo* con otros adjetivos, como *sustentable* o *humano*, buscando mayor precisión y a encauzar desde el uso del lenguaje los propósitos y límites del propio desarrollo.

Esta cuestión nos lleva a tratar de precisar un poco más a qué nos referimos exactamente cuándo afirmamos que el desarrollo y los derechos humanos son realidades interdependientes y, sobre todo, qué implicaciones y exigencias normativas y prácticas se deducen de esta afirmación.

Para ello el marco referencial con el que contamos es el del DHDH y, por lo tanto, de un conjunto amplio de instrumentos internacionales de diversa índole entre los que podemos destacar al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CERD), la Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169).

Además de estos instrumentos vinculantes, se cuenta con otros como la Declaración sobre el Derecho al

⁴ Cfr. Robinson Mary and Alston Philipe (Ed.), *Human Rights and Development; Towards Mutual Reinforcement*, New York, Oxford, 2005

Desarrollo y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas), aprobada el 13 de septiembre de 2007 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.⁵

El primer dato que nos arroja el DIDH sobre el tema es que no todas las concepciones de desarrollo y, por lo tanto, no todos los proyectos que se autodenominan *de desarrollo*, son compatibles con los derechos humanos. Así, la primera implicación que se puede deducir es que un Estado que se ha comprometido tanto a nivel internacional como nacional a respetar, garantizar y promover los derechos humanos, sólo debe asumir y llevar a cabo proyectos de desarrollo que estén en armonía y sean compatibles con los principios y estándares de derechos humanos.

Adoptar un concepto de desarrollo basado en la perspectiva de los derechos humanos implica al menos cinco supuestos básicos.⁶ Primero, que el fin último al que deben encaminarse todas las acciones y políticas de desarrollo es la persona. Segundo, que los resultados de las políticas de desarrollo deben ser incluyentes y equitativas, de tal manera que se garantice que ningún grupo humano quede discriminado o excluido de los

beneficios del desarrollo. Tercero, se debe garantizar la participación de las personas en los procesos de diseño, implementación, monitoreo y evaluación de las políticas de desarrollo. Cuarto, ninguna política de desarrollo podrá implicar la vulneración de los derechos de las personas. Y quinto, el desarrollo debe ser respetuoso y estar en armonía con el medio.⁷

En relación con los pueblos indígenas, el DIDH propone dos caminos para garantizar que el *desarrollo* y, por lo tanto, los proyectos que se realizan en su nombre, sean realmente compatibles con los derechos de los pueblos indígenas. El primero de ellos es reconocer el derecho de los pueblos a determinar y a elaborar prioridades y estrategias en lo que atañe al proceso de su propio desarrollo, reconocido tanto en el Convenio 169 (Art. 7), como en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Art. 23). En segundo lugar, e íntimamente vinculado con el mencionado derecho, el DIDH reconoce el derecho de los pueblos indígenas a participar, mediante el proceso de consulta y el consentimiento libre, previo e informado, en la definición de cualquier proyecto de desarrollo que pueda llegar a tener un impacto en sus intereses y derechos.

⁵ Para el caso específico de México, es importante tomar en cuenta las recomendaciones que diversos Relatores Especiales de las Naciones Unidas han emitido en relación con el tema de los derechos humanos y los proyectos de desarrollo. Son sobre todo significativas las recomendaciones que sobre el caso de La Parota han emitido el Relator sobre los derechos de los pueblos indígenas, en su informe anual 2006; el Relator sobre el derecho a una vivienda adecuada, en su informe anual 2006; el Relator sobre el derecho a la alimentación, en su informe anual 2006, así como las Recomendaciones dirigidas a México emitidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su respuesta al Informe presentado por el Estado mexicano en 2006. Finalmente, destaca el informe realizado de manera conjunta por los Relatores sobre derechos de los pueblos indígenas y el sobre el derecho a una vivienda adecuada con motivo de su visita realizada al estado de Guerrero, en 2007, con el propósito de conocer la problemática generada en torno al Proyecto Hidroeléctrico La Parota. Este documento se titula *Reflexiones sobre algunas implicaciones en materia de derechos humanos del Proyecto Hidroeléctrico La Parota, Estado de Guerrero, México* y se puede encontrar en los informes sobre las comunicaciones a los Estados presentados en marzo de 2008 por ambos relatores ante el Consejo de Derechos Humanos.

⁶ Véase la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1986.

⁷ Véase el documento elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la introducción de la perspectiva de derechos humanos en las estrategias para combatir la pobreza: *Principles and Guidelines for a Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies*, 2006.

La apuesta, por lo tanto, es que los pueblos y comunidades indígenas tomen un papel activo (como sujetos de derechos y no como meros espectadores pasivos) en la definición de los proyectos de desarrollo realmente compatibles con sus derechos y concepciones de desarrollo o, en su defecto, de las medidas que deben adoptarse para alcanzar ese fin. El camino para ello es el diálogo intercultural enmarcado precisamente en los procesos de consulta.

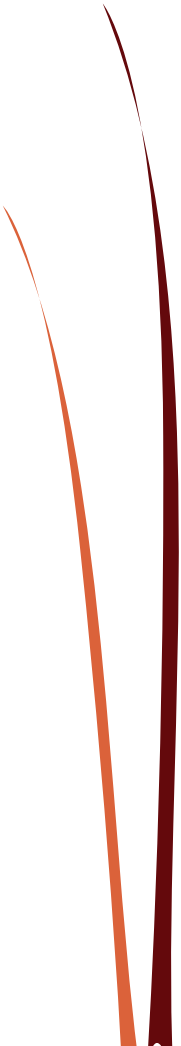
La Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) ha conocido diversos casos donde la consulta resulta fundamental para establecer un diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas, y evitar, con ello, situaciones que pueden llegar a propiciar violaciones a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. En este sentido, ha decidido elaborar el presente documento para establecer criterios y elementos aplicables a diversas situaciones que tienen que ver con los derechos de los pueblos indígenas, poniendo especial énfasis en la importancia que guarda este derecho en el contexto de las actividades relacionadas con el desarrollo y la realización de proyectos que son impulsados en territorios indígenas y comunidades rurales.

El derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado, a pesar de encontrarse previstos en instrumentos internacionales de derechos humanos, como el Convenio 169 y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, no se encuentran suficientemente considerados en las legislaciones nacionales de la mayoría de los países, incluyendo México. Ante esta situación, queda patente la necesidad de analizar, con base en los pronunciamientos de algunos organismos de derechos humanos, la naturaleza y alcance de este derecho.

Para hablar de consulta y consentimiento libre, previo e informado es necesario partir de tres premisas fundamentales: la primera es que la consulta es un derecho internacionalmente reconocido a favor de pueblos indígenas, y, como tal, es obligación de los Estados garantizar su observancia en el ámbito interno; la segunda es que la consulta está prevista para escuchar la voz de los pueblos ante aquellas situaciones que impliquen una afectación a sus derechos e intereses, pudiendo ser éstas: reformas legales, implementación de proyectos extractivos y de aprovechamiento de recursos naturales y/o cualquier otro proyecto de desarrollo; la tercera es que la consulta implica establecer un diálogo entre el Estado y los pueblos, con el objetivo de poner fin a la exclusión en la toma de decisiones.

Finalmente, resulta relevante entender que el derecho a la consulta puede tener implicaciones en diversos ámbitos, siendo el de las reformas legislativas y el de las iniciativas de desarrollo donde se han concentrado los principales reclamos de los pueblos indígenas. En el caso de México, existen ejemplos claros, como el ocurrido con la reforma constitucional en materia indígena en 2001, en el que diversas comunidades indígenas promovieron amparos y controversias constitucionales por la falta de observancia del derecho a la consulta por parte del Congreso de la Unión, o el caso del proyecto hidroeléctrico de La Parota, en el estado de Guerrero, donde comunidades que serían afectadas reclamaron a la Comisión Federal de Electricidad la falta de consulta para llevar a cabo dicha obra. En este sentido, resulta evidente que el tema del desarrollo guarda una estrecha relación con los pueblos indígenas y sus territorios.





1. EL DERECHO A LA CONSULTA Y AL CONSENTIMIENTO LIBRE PREVIO E INFORMADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1.1. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA CONSULTA Y AL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO

El derecho a la consulta tiene un doble carácter: es un derecho humano colectivo de los pueblos indígenas, íntimamente vinculado con su derecho a la libre determinación, y a la vez un instrumento central para garantizar la realización de un amplio conjunto de derechos reconocidos tanto en el ámbito internacional, como en el nacional.

El derecho de los pueblos indígenas a participar en la adopción de decisiones tiene su origen en otros básicos y esenciales para su goce efectivo. Una serie de principios básicos en esta materia sustenta el derecho de los pueblos a participar activamente en todas las decisiones y acciones que pueden llegar a impactar en su vida, configurando su contenido y alcance. Estos son, entre otros, los principios de libre determinación, igualdad, identidad cultural, pluralismo y respeto a su tierra, territorio y recursos naturales. En consecuencia, la falta de participación efectiva de los pueblos indígenas en la adopción de decisiones relativas a asuntos que les afectan puede tener un impacto directo sobre su goce efectivo de otros derechos fundamentales,



además de los mencionados, como la alimentación, vivienda, salud y educación, llegando en muchos casos a socavarlos directamente.⁸

La Relatoría Especial ha señalado en fechas recientes que el derecho a la consulta encuentra una expresión prominente en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y se encuentra firmemente enraizado en el DIDH.⁹

El Convenio 169 es uno de los instrumentos más antiguos y que con mayor especificidad reconoce y protege los derechos de los pueblos indígenas,¹⁰ en especial el derecho a la consulta,¹¹ ya que establece que los pueblos indígenas deben participar de manera eficaz en los procesos de toma de decisiones que puedan afectar a sus derechos e intereses. Los artículos 6 y 7 del Convenio 169 reconocen de manera explícita el derecho a la consulta, a la participación y a la libre determinación de los pueblos indígenas, además de establecer algunos principios, como el de la buena fe.

La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es, hasta ahora, uno de los instrumentos internacionales más completos sobre

los derechos de los pueblos indígenas.¹² En 11 de sus 46 artículos se hace mención explícita al derecho a la consulta. De manera puntual, su artículo 19, que se considera uno de los principios rectores de toda la Declaración, señala el deber de los Estados de “celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados [...] antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

Aunque la naturaleza jurídica de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no es, en efecto, la de un tratado vinculante, el haber sido aprobada por una gran mayoría de países (143) en la Asamblea General de las Naciones Unidas y el ser resultado de un largo proceso de 20 años de diálogo entre representantes de los pueblos indígenas y de los Estados, le otorga un peso político y moral indiscutible que, al vincularse con otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales, como el Convenio 169, la dotan de fuerza jurídica suficiente para transformar la estructura política, jurídica y social en aquellos países que la han aprobado.

⁸ *Informe provisional del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/65/264, 9 de agosto de 2010, párr. 39.

⁹ *Cfr. Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, James Anaya. A/HRC/12/34, 15 July, 2009, párr. 38.

¹⁰ El Convenio 169 es un instrumento jurídico internacional vinculante que se encuentra abierto para su ratificación, que trata, en específico, los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Hasta la fecha, ha sido ratificado por 20 países (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Holanda, Noruega, Paraguay, Perú, España y Venezuela). El Estado mexicano fue el segundo en ratificarlo, el 5 de septiembre de 1990.

¹¹ Por su parte, la Comisión de Expertos sobre el Convenio 169 de la OIT ha señalado que “el espíritu de la consulta y la participación de los pueblos indígenas constituye la piedra angular del Convenio 169 de la OIT, a la vez que uno de los principales desafíos que plantea la aplicación plena del Convenio en una serie de países”. Comisión de Expertos, Observación General sobre el Convenio núm. 169, 79ª reunión, 2008 (publicación 2009).

¹² Aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. Cuatro Estados votaron en contra de la Declaración (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos), hubo 11 abstenciones (Azerbaijan, Bangladesh, Bhutan, Burundi, Colombia, Georgia, Kenya, Nigeria, Rusia, Samoa y Ucrania), y 34 Estados no estuvieron presentes en la votación.

“Debido a las circunstancias históricas bajo las cuales los derechos humanos de los pueblos indígenas han sido violados o ignorados por tanto tiempo y en tantos países, la Declaración es no sólo una largamente esperada declaración de reparación por las violaciones que han sufrido los pueblos indígenas, sino que debe ser entendida también como un mapa de acción para las políticas de derechos humanos que deben de adoptar los Gobiernos, la sociedad civil y los propios pueblos indígenas si realmente se quiere respetar, proteger y garantizar sus derechos. ¿Cómo hacer que la Declaración funcione?, es el reto al que ahora nos enfrentamos. La adopción de la Declaración marca el cierre de un ciclo de enorme significado histórico, pero al mismo tiempo abre un nuevo ciclo para su implementación... La Declaración debe ser vista como un marco de referencia para el trabajo, como un punto de partida que guíe, entre otras cuestiones, la nueva legislación, la práctica judicial, la construcción de instituciones e, incluso, cuando sea necesaria una cultura política diferente (desde las posturas autoritarias a las democráticas, desde las formas tecnocráticas, a las participativas)[...] Cada uno de sus artículos debe ser analizado en términos de las posibilidades que brinda para fundar una nueva relación entre los pueblos indígenas y los Estados. Más allá de elementos metodológicos y conocimientos, se requiere imaginación y voluntad.”

Rodolfo Stavenhagen, Making the Declaration Work: The United Nation Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, (Ed. Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen) Copenhagen, IWGIA, 2009, p. 355.

La obligación de los Estados de comprometerse en un proceso de consulta con los pueblos indígenas con motivo de las acciones que puedan afectar sus derechos e intereses se encuentra fundada en otros tratados de derechos humanos, tanto del Sistema de Naciones Unidas, como del Sistema Interamericano.

En el caso del Sistema de Naciones Unidas destacan el PIDCP,¹³ el PIDESC¹⁴ y la CERD¹⁵. Desde hace aproximadamente una década, los órganos encargados de monitorear el cumplimiento de las obligaciones derivadas de estos instrumentos internacionales han incorporado en su actividad el tema del derecho a la

¹³ El PIDCP establece en su Artículo 1, párr. segundo “el derecho de todos los pueblos para disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales”. Aunque tradicionalmente ha existido resistencia para considerar a los pueblos indígenas bajo la categoría de *pueblos* que hace el Artículo 1 del Pacto y, por lo tanto, reconocer su derecho a la libre determinación, con la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas esta discusión cobra un nuevo giro debido a que en su Artículo tercero se reconoce de forma explícita que “los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación y que en virtud de ese derecho pueden determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural”. De hecho, es relevante que tanto el Comité de Derechos Humanos, como el Comité DESC, al momento de abordar la situación de los derechos de los pueblos indígenas, lo hagan en relación con el Artículo 1 de cada uno de los dos Pactos. Por otra parte, el Artículo 27 del PIDCP reconoce el derecho de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma. El Comité de Derechos Humanos en su Observación General número 23 ha establecido que en relación con las comunidades indígenas la protección que otorga el Artículo 27 puede extenderse a la protección de sus territorios y recursos naturales, debido a . . .

“El tema de defensa de recursos naturales refleja un modelo más amplio de sistema económico, no podemos pensar que es un modelo perfecto, cuenta con contradicciones. El discurso de derecho humanos es un eslabón, seguramente no podrá revertir todo el sistema, pero sí representa un obstáculo y una garantía de protección. El discurso de derechos humanos es un elemento que puede servir.”

Asistente al Foro Regional sobre el derecho a la consulta:

“El impacto de los proyectos de desarrollo en el derecho a la tierra, el territorio y los recursos naturales”,
convocado por la oacnudh. Oaxaca, Oaxaca, 27 y 28 de mayo 2010.

consulta a los pueblos indígenas. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos ha tomado como fundamento el segundo párrafo del Artículo 1 y el 27 del PIDCP para recalcar la importancia de elaborar consultas antes de llevar a cabo medidas legislativas y administrativas o proyectos de exploración y explotación que puedan afectar a los pueblos indígenas.¹⁶ Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en su Observación General número 23, ha manifestado su preocupación en los casos en que se han otorgado permisos para explotar recursos

naturales en los territorios de los pueblos indígenas sin antes haber consultado con ellos ni haber obtenido su consentimiento libre, previo e informado.¹⁷

La Relatoría Especial ha puesto en el centro de sus intereses temáticos la cuestión sobre el derecho a la consulta en el contexto de los proyectos de desarrollo. La misma Relatoría Especial dedicó su segundo informe anual al tema de “Los proyectos de desarrollo y los derechos de los pueblos indígenas” (2003). Tomando en consideración un importante número de casos concretos en los que ciertos proyectos de desarrollo

que éstos resultan fundamentales para preservar su modo de vida y subsistencia. También establece que la protección de los derechos de las comunidades indígenas incluye la adopción de medidas positivas, entre las que destacan los mecanismos para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan. Cfr. Observación General número 23 “Los derechos de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas”. 08/04/1994. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 1994, párrs. 3.2 y 7.

¹⁴ En su Observación General número 21, el Comité de Derechos Económicos, sociales y Culturales subrayó que los Estados parte deben respetar el principio del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en todos los asuntos concernientes al ámbito de aplicación de sus derechos específicos (E/C.12/GC/21, párr. 37).

¹⁵ En su Recomendación General número 23, dedicada al tema de “Los derechos de las poblaciones indígenas”, el CERD protegía los derechos de los pueblos indígenas y exhortaba a los Estados para que garantizaran la participación de las poblaciones indígenas en la vida pública y para que no adoptaran ninguna decisión directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado. (A/52/18, anexo v.1997).

¹⁶ Pueden verse las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a Chile (CCPR/C/CHL/CO/5, párr. 19), Costa Rica (CCPR/C/CRI/CO/5, párr. 5), Panamá (CCPR/C/PAN/CO/3, párr. 21), Botswana (CCPR/C/BWA/CO/1, párr. 24), Nicaragua (CCPR/C/NIC/CO/3, párr. 21) y México (CCPR/C/MEX/5, párr. 21).

¹⁷ Cfr. Observaciones Finales del CERD a Perú, (A/64/18), 2009, párr. 41.

han tenido un fuerte impacto en los derechos humanos de los pueblos indígenas destacó que “en relación con los grandes proyectos de desarrollo, el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas y ello debe implicar la garantía de una distribución de beneficios mutuamente aceptables, así como el establecimiento de mecanismos independientes y mutuamente aceptables para la solución de las controversias entre los pueblos indígenas y el sector privado”.¹⁸ En su último informe al Consejo de Derechos Humanos, volvió a hacer hincapié en el derecho a la consulta, al afirmar que desde un enfoque de derechos humanos resulta imprescindible la participación de los pueblos indígenas en todas las fases de los proyectos de desarrollo; entendiendo, con ello, que “ningún proyecto les puede ser impuesto desde afuera”.¹⁹

El actual Relator Especial, James Anaya, ha continuado con este esfuerzo al dedicar su más reciente informe temático al Consejo de Derechos Humanos al análisis del deber de los Estados de consultar a los pueblos indígenas, brindando criterios para saber la manera en que debe abordarse este tema por parte de los actores

relevantes, incluidos los Gobiernos, las empresas, el Sistema de Naciones Unidas y los propios pueblos indígenas.²⁰ La Relatoría Especial de pueblos indígenas ha subrayado el tema del derecho a la consulta en la mayoría de sus visitas a los países. Así lo ha hecho en sus más recientes visitas a Colombia (2009),²¹ Brasil (2009),²² Bolivia (2009),²³ Panamá (2010) y Guatemala (2010). En estas dos últimas vistas, Anaya enfocó su misión al análisis del cumplimiento del derecho a la consulta en el marco de los proyectos de desarrollo: la construcción de una presa en el caso de Panamá²⁴ y el desarrollo de actividades extractivas en el caso de Guatemala.²⁵

En el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, el derecho a la consulta ha sido un tema también abordado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH). En 1999, la CIDH afirmó que el derecho a la propiedad, contenido tanto en el artículo 23 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), obliga a los

¹⁸ Cfr. Segundo Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas a la Comisión de Derechos Humanos: “Los proyectos de desarrollo y los derechos de los pueblos indígenas”. E/CN.4/2003/90. 21 de Enero, 2003, párr. 66.

¹⁹ Cfr. *Séptimo Informe del Relator Especial de pueblos indígenas: Por un desarrollo basado en los derechos humanos* (2007)

²⁰ Cfr. *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, James Anaya. A/HRC/12/34, 15 Julio, 2009.

²¹ Cfr. *La situación de los pueblos indígenas en Colombia*; Seguimiento a las recomendaciones hechas por el anterior Relator Especial sobre los derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas. A/HRC/15/34/. 8 de enero de 2010. § 41.

²² Cfr. *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, James Anaya. *Report on the Situation of Human Rights of Indigenous Peoples in Brazil*. A/HRC/12/34/Add.2. 26 August 2009. §51.

²³ Cfr. *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, James Anaya. *Report on the Situation of Human Rights of Indigenous Peoples in Bolivia*. A/HRC/11/11. 18 February 2009.

²⁴ Cfr. *Observaciones sobre la situación de la Comunidad Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el Proyecto Hidroeléctrico Chan 75* (Panamá). A/HRC/12/34/Add.5.

²⁵ Cfr. *Observaciones preliminares del Relato Especial de Naciones sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, sobre su visita a Guatemala. 18 de Junio de 2010.

Estados a reconocer el derecho colectivo de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus tierras y territorios tradicionales, y los recursos que éstos contienen.²⁶ Dicha interpretación motivaría años más tarde la emisión, por parte de la CoIDH, de criterios jurisprudenciales en torno al derecho a la propiedad y el derecho a la consulta. Una referencia que ejemplifica esto es la sentencia emitida en el caso del Pueblo Saramaka contra Surinam,²⁷ donde se afirma la obligación de los Estados de consultar y obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en “todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción” que se lleve a cabo en su territorio.²⁸

El reconocimiento de la consulta como un derecho colectivo de los pueblos indígenas en diversos instrumentos internacionales ha sido consecuencia de un reclamo de los propios pueblos en distintos espacios nacionales e internacionales. En la actualidad, este derecho se ha vuelto un instrumento adicional de lucha de los pueblos por lograr la reivindicación de su libre determinación en los procesos de desarrollo en distintas partes del mundo. El reconocimiento y respeto de este derecho, en este sentido, contribuye a la edificación de un Estado democrático, donde la diversidad cultural es plenamente considerada.

1.2. SITUACIONES EN LAS QUE DEBE GARANTIZARSE EL DERECHO A LA CONSULTA

El Convenio 169 establece que los Estados deben consultar con los “pueblos y comunidades indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.²⁹ Haciendo una interpretación de esta disposición la Comisión de Expertos de la OIT ha sostenido que el deber de consultar con los pueblos existe en un nivel general por la vinculación que existe de este derecho con todas las disposiciones del Convenio 169³⁰, y también en un nivel específico, por algunas situaciones en la que resulta de especial relevancia. Entre dichas situaciones el Convenio 169 destaca las siguientes:

- en el caso de proyectos de prospección y explotación de recursos naturales en las tierras y el territorio de los pueblos indígenas (Art.15);
- en la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo (Art.7);
- en la enajenación de las tierras de los pueblos indígenas o la transmisión de sus derechos sobre estas tierras a personas extrañas a su comunidad (Art. 17);

²⁶ Cfr. Informe 99/99, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos, 27 de septiembre de 1999.

²⁷ *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (en adelante, Pueblo Saramaka vs. Surinam)

²⁸ Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 129.

²⁹ Véase Artículo 6 del Convenio 169: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.”

³⁰ Para definir el concepto de consulta previa, sus alcances y algunos aspectos del procedimiento que los Estados deben llevar a cabo es importante que de manera complementaria al articulado del Convenio 169 se tomen en cuenta las Observaciones Individuales que ha elaborado la Comisión de Expertos encargada de monitorear la aplicación que cada Estado parte ha hecho del Convenio, así como las recomendaciones que han emitido el Comité Tripartito del Consejo de Administración de la OIT en el caso de reclamaciones presentadas por organizaciones de trabajadores o empleadores en el caso de que a su juicio el Estado Parte haya incumplido con alguna obligación derivada del Convenio. Comisión de Expertos, Observación General sobre el Convenio núm. 169, 79ª sesión, 2008 (publicación 2009).

- en los casos de desplazamiento o reubicación de sus tierras (Art. 16);
- en la organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional (Art. 22);
- en las medidas orientadas a enseñar a leer y escribir a los niños en su propio idioma indígena (Art. 28).³¹

El Artículo 19 de la Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas establece el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas “antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten”. De manera particular, dicha Declaración reconoce el derecho de los pueblos a ser consultados en los siguientes casos:

- en la situación en que puedan llegar a ser desplazados de sus tierras o territorios (Art. 10);
- en el caso de que puedan llegar a ser afectados en sus bienes culturales, intelectuales, religiosos o espirituales (Art. 11);
- en la adopción de medidas para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación (Art. 15);
- en la definición de políticas encaminadas a proteger a los niños indígenas contra la explotación económica (Art. 17);
- en los casos en que sus tierras y territorios sufran cualquier tipo de afectación (Art. 28);
- en los casos de almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (Art. 29);
- en los casos en los que sea necesario utilizar sus tierras y territorios para actividades militares (Art. 30);
- con motivo de la aprobación de 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 (Art. 32);
- en los casos de adopción de medidas para facilitar la relación y cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros, así como con otros pueblos, a través de las fronteras (Art. 36);
- en las medidas encaminadas a la adopción de la Declaración (Art. 38).

³¹ En el caso particular de México el Comité Tripartito encargado por el Consejo de Administración de la OIT de examinar el cumplimiento del Convenio 169 por parte de México afirmó que el deber de consultar las medidas legislativas que pudieran afectar a los pueblos indígenas también implicaba el deber de consultar las reformas constitucionales que afectaran a los pueblos y comunidades indígenas. Cfr. *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre Pueblos Indígenas y tribales*, presentada por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT) con motivo de las reformas constitucionales del 14 de agosto del 2001. [Consejo de Administración, 289.a reunión, marzo de 2004. Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, GB.289/17/3GB.283/17/1]

DECLARACIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS:

Artículo 3.- Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

La Relatoría Especial ha especificado que el deber de consultarlos se vuelve imperante en aquellos casos “en que las medidas legislativas o administrativas tengan o puedan llegar a tener un impacto especial y diferenciado (en relación con el resto de la población no indígena) en los intereses y derechos de los pueblos indígenas”.³² Con ello establece que aunque una medida legislativa o administrativa tenga un impacto en la población en general, si afecta de manera particular a los pueblos indígenas, surgiría también el deber de consultar previamente dicha medida con ellos.³³

La misma Relatoría Especial, argumenta que con ello no se quiebra o se pretende minar el modelo de representatividad indirecta bajo el cual se organiza la vida democrática de las sociedades occidentales y, en particular, el sistema de representatividad a partir de los partidos políticos. Manifiesta que el deber de consultar a los pueblos y comunidades indígenas se justifica con base en que en el plano de los hechos se encuentran sub-representados, cuando no excluidos por completo de las esferas formales de toma de decisiones, tanto en el ámbito legislativo como en la administración pública. Por ello, el deber de consultar puede también inscribirse como un mecanismo (acción afirmativa) para combatir la discriminación que los pueblos indígenas han sufrido y siguen padeciendo en relación con su derecho a la participación en la toma de decisiones.

La CoIDH ha considerado el derecho a la consulta en algunas situaciones específicas en el contexto de los planes de desarrollo; un ejemplo de ello ha sido el caso del Pueblo Saramaka, al señalar que existe la obligación de consultar a los pueblos indígenas “todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de su territorio [...]”

³² Es importante tomar en cuenta que el Relator Especial utiliza el término más amplio de intereses de los pueblos indígenas. La razón consiste en que en ocasiones el marco jurídico de un país determinado puede no reconocer de manera explícita los derechos de los pueblos indígenas, por ejemplo, en relación con el territorio o tierras. Así lo estableció en su visita a Panamá con el fin de observar el caso del Proyecto Hidroeléctrico Chan 75. Véase: Cfr. *Observaciones sobre la situación de la Comunidad Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el Proyecto Hidroeléctrico Chan 75* (Panamá). A/HRC/12/34/Add.5.

³³ A la inversa, implicaría que el deber de consultar a los pueblos indígenas no surge en el caso de medidas que afecten por igual a toda la población, sin que se pueda percibir un impacto especial entre los pueblos indígenas. Cfr. *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, James Anaya. A/HRC/12/34, 15 Julio, 2009; p. 15

[o] cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio Saramaka, en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras”.³⁴

1.3 NATURALEZA Y FUNCIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA

El derecho a la consulta es una expresión práctica y concreta del derecho más amplio de los pueblos indígenas a la libre determinación. Mediante su ejercicio, los pueblos y comunidades indígenas participan en la toma de decisiones que pueden llegar a tener un impacto en su vida comunitaria. El derecho a la libre determinación, reconocido en los Artículos 3 y 4 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y en el Artículo 2 de la Constitución Mexicana, constituye un derecho mediante el cual los pueblos indígenas determinan su condición política, económica, social y cultural, pero carecería de contenido si se les vedara la posibilidad a los pueblos de participar activamente en la definición de aquellas decisiones que, aunque son adoptadas más allá de su campo de autonomía, inciden de manera directa en sus intereses y en el ejercicio de sus derechos humanos, tanto colectivos, como

personales.³⁵ El derecho a la consulta se coloca, por lo tanto, en el centro de las relaciones entre los pueblos indígenas y los Estados; redefiniendo los extremos de la relación bajo los principios de igualdad y respeto a la diversidad cultural.³⁶

En el fondo del derecho a la consulta subyace el esfuerzo por plantear un cambio de paradigma al reconocer a los pueblos y comunidades indígenas como verdaderos sujetos de derechos y, por lo tanto, los actores más aptos y únicos legitimados para tomar decisiones sobre su propio destino. Explícitamente, tanto el Convenio 169, como la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, tienen como objeto superar las visiones colonialistas, paternalistas e integracionistas que dominaron en el pasado la relación entre los Estados y los pueblos y comunidades indígenas.³⁷ Ambos instrumentos internacionales reconocen el derecho de los pueblos a determinar sus propias prioridades y conceptos de desarrollo.

En el contexto particular de los proyectos de desarrollo a gran escala, ello implica que no es el Estado, u otros agentes no estatales, quienes deben determinar qué es lo que más conviene para el *desarrollo* de los pueblos

³⁴ Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 129.

³⁵ Es importante no perder de vista que la propia Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece de forma explícita en su preámbulo que: “nada de lo contenido en la Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el Derecho internacional”. En este sentido, se hace una vinculación directa con el derecho a la libre determinación de los pueblos, tal y como lo reconocen el PIDCP y el PIDESC.

³⁶ En este sentido, el párrafo noveno de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sostiene que: “el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas [en la presente Declaración] fomentará relaciones armoniosas y de cooperación entre los Estados y los pueblos indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe”. Véase también: Regino Montes, Adelfo y Torres Cisneros, Gustavo. “The United Nations Declaration on the Right of Indigenous Peoples: The Foundation of a New Relationship Between Indigenous Peoples, States and Societies” en *Making the Declaration Work*, Ed. Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen, Copenhagen, IWGIA, 2009, pp. 138-170.

³⁷ El párrafo sexto de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece: “P reocupada por el hecho de que los pueblos indígenas hayan sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derechos al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses”.

y comunidades (asumiéndolos como *objetos* pasivos de las decisiones tomadas), sino que sean los propios pueblos los responsables de su destino. El derecho a la consulta se constituye, así, en un instrumento mediante el cual los propios pueblos y comunidades se colocan como los sujetos centrales en la toma de las decisiones que puedan llegar a tener un impacto negativo en sus derechos e intereses.

La Relatoría Especial sostiene que el derecho a la consulta responde “a las aspiraciones de los pueblos indígenas de todo el mundo de poder mantener el control de su destino bajo condiciones de equidad y de poder participar efectivamente en la toma de decisiones que les afecta”.³⁸ Por ello, puede ser visto también como un mecanismo efectivo para superar la exclusión y discriminación que los pueblos indígenas han sufrido por siglos y siguen padeciendo, sobre todo desde su dimensión estructural.³⁹ La misma Relatoría Especial señala que el derecho a la consulta es un mecanismo capaz de revertir los patrones históricos de exclusión de los pueblos indígenas de los espacios de toma de decisiones y, por lo tanto, evitar la imposición de proyectos o esquemas que impiden el florecimiento de las culturas indígenas.⁴⁰

Desde esta perspectiva, el derecho a la consulta debe ser comprendido como eminentemente colectivo. Sus titulares son los pueblos o comunidades que pueden llegar a ser afectados por alguna medida que se haya tomado en su nombre y sin su plena participación. Tanto el Convenio 169,⁴¹ como

PREÁMBULO DE LA DECLARACIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS:

Convencida de que si los pueblos indígenas controlan los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos podrán mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades.

³⁸ *Op. Cit.* 1. Párrafo 41.

³⁹ El Relator Especial sobre Pueblos Indígenas, Rodolfo Stavenhagen, distinguió cuatro planos en los que el fenómeno de la discriminación impactaba en los derechos de los pueblos indígenas, la discriminación jurídica, la interpersonal, la institucional y la estructural. Esta última fue definida por el Relator como aquella que: “descansa en los mecanismos históricos... mediante los cuales los pueblos indígenas fueron excluidos de los recursos económicos, políticos e institucionales necesarios para convivir en condiciones de equidad con el resto de la población”. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los Pueblos Indígenas en su misión a Guatemala*. E/CN.4/2003/90/Add.2. 10 de febrero 2003. Párrafo 20.

⁴⁰ *Op. Cit.* 1 párrafo 41.

⁴¹ Los incisos b y c del artículo 6 del Convenio 169 establecen la obligación de los Estados Partes de:
“b. establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; ...”

DECLARACIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Artículo 18. Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, reconocen el derecho de los pueblos indígenas de participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afectan a sus derechos. Aunque es verdad que las personas indígenas podrían y deberían de llegar a participar en la formulación de decisiones públicas en los mismos términos que el resto de las ciudadanas y ciudadanos lo hacen en el campo democrático, no se puede perder de vista que las instituciones democráticas están atravesadas de una visión liberal e individualista del mundo y de la vida, que no necesariamente integra los esquemas colectivos y comunitarios de participación social y política. El derecho a la consulta es una forma concreta en la que los pueblos y comunidades indígenas pueden ejercer su derecho a la participación, sin renunciar por ello a su carácter de sujetos de derechos colectivos.

Su dimensión colectiva también queda manifiesta al reconocer al derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado como un instrumento con el que los propios pueblos y comunidades cuentan para defender otros derechos colectivos, tales como su derecho a la identidad cultural, a su tierra, territorio y recursos naturales, a conservar sus instituciones y sistemas normativos y, en casos extremos, su derecho a la propia supervivencia como pueblos.

Esta estrecha vinculación con otros derechos hace que el derecho a la consulta no sólo sea comprendido bajo su forma de derecho procedimental, es decir, como un conjunto de condiciones que deben cumplirse para validar un proceso de toma de decisiones, sino también, como derecho sustantivo en tanto su objetivo último y razón de ser es proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas.⁴²

c. establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin”.

⁴² En este sentido, la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR; Comisión de Expertos) ha señalado que: “las disposiciones sobre consulta y en particular el Artículo 6, son las disposiciones medulares del Convenio sobre las cuales reposa la aplicación de las demás disposiciones.” Comisión de Expertos, 76ª reunión, 2005. Observación a Guatemala, párr. 6.

“Importante regresar a la demanda de requisito: que se reconozca el derecho a la libre determinación, el ‘derecho madre’ de todos estos derechos. Todos los pueblos tienen el derecho a decidir qué quieren y qué no quieren. Qué tipo de desarrollo. No es lo mismo consulta y consentimiento. No son automáticas. No se entienden por separado. Tienen que ir juntos.”

Asistente al Foro Regional sobre el derecho a la consulta: “El impacto de los proyectos de desarrollo en el derecho a la tierra, el territorio y los recursos naturales” convocado por la oacnudh. Oaxaca, Oaxaca, 27 y 28 de mayo 2010.

1.4. EFECTOS DE LA CONSULTA

Uno de los temas en los que más se ha debatido en torno al derecho a la consulta es la cuestión de sus efectos. Esto es, la discusión sobre si la consulta es vinculante o no. En otras palabras, si la consulta implica o no un derecho de veto de los pueblos indígenas mediante el cual pueden frenar o rechazar una decisión o acción que haya sido adoptada sin tomarlos en cuenta.

La Relatoría Especial ha señalado que este derecho sienta las bases para construir un verdadero diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas, mediante el cual se pueda trabajar de buena fe hacia un consenso que refleje un acuerdo satisfactorio para ambas partes.⁴³

El párrafo segundo del Artículo 6 del Convenio 169 establece que las consultas deberán efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o **lograr el consentimiento** de las medidas propuestas. En el mismo sentido, el Artículo 19 de la Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas establece

que los Estados deberán celebrar consultas a fin de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos y comunidades indígenas. Por lo tanto, ambos instrumentos coinciden en señalar que el **objeto último de los procesos de consulta debe ser el obtener el consentimiento libre, previo e informado**. Esta coincidencia permite a la Relatoría Especial señalar con claridad que el derecho a la consulta no debe ser entendido como un mero proceso informativo mediante el cual las autoridades exponen a los pueblos indígenas una decisión previamente adoptada y en la cual ellos no pueden tener ya ningún tipo de incidencia. Tampoco debe ser entendido como un instrumento empleado por el Estado para legitimar cualquier decisión o acción cumpliendo simplemente con el requisito formal de realizar una consulta que en el fondo no cuente con el consentimiento de los pueblos indígenas o ponga en riesgo sus derechos humanos.

Para la Comisión de Expertos de la OIT, la forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión (con

⁴³ Cfr. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los Pueblos Indígenas, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrafos 48 y 49.

suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas) de las opiniones de los pueblos interesados, a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes”.⁴⁴ Sólo si los efectos de la consulta son realmente tomados en cuenta, la consulta, según la Comisión de Expertos de la OIT, puede ser “un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos”.

En este sentido, para la Relatoría Especial, en su Informe 2009, el derecho a la consulta implica establecer un verdadero mecanismo de diálogo intercultural que posibilite a los pueblos indígenas tener una participación e incidencia real en los procesos de toma de decisiones y, por lo tanto, un mecanismo de ida y vuelta que permita a los pueblos y comunidades establecer sus condiciones e impregnar las decisiones con su propia visión. Por ejemplo, en el caso de los proyectos de desarrollo a gran escala, los pueblos y comunidades deberían (en el marco del proceso de diálogo) poder plantear o exigir que sean consideradas de manera seria otras alternativas que se ajusten más a su propio

concepto de desarrollo, establecer condiciones para que el proyecto pueda llevarse a cabo garantizando, así, la protección de sus derechos humanos, incluido el derecho a una adecuada protección del medio, plantear y determinar la manera en que se pueden distribuir de manera equitativa los costos y los beneficios que los proyectos llevan implícitos, incluyendo los mejores esquemas bajo los cuáles las comunidades y pueblos indígenas pueden participar de las ganancias de dichos proyectos.

Si existe un verdadero compromiso por parte del Estado en construir un diálogo con los pueblos y comunidades indígenas bajo los términos del principio de buena fe, tal como lo señalan el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, es imposible sostener que los resultados del proceso de consulta no sean vinculantes tanto para las autoridades estatales, como para los propios pueblos y comunidades indígenas. La fuerza vinculante está sustentada no sólo en el compromiso manifestado por el Estado al asumir las obligaciones internacionales en materia de pueblos indígenas, sino también, en el hecho de haber empeñado su palabra en el proceso de diálogo.

⁴⁴ La Comisión de Expertos se compone de 20 expertos. Juristas destacados a escala nacional e internacional, son nombrados por el Consejo de Administración a propuesta del Director General de la OIT. La Comisión de Expertos tiene la tarea de indicar en qué medida la legislación y la práctica de cada Estado están de conformidad con los convenios ratificados y en qué medida los Estados cumplen con las obligaciones que les incumben, en virtud de la Constitución de la OIT en relación con las normas. Los comentarios de la Comisión de Expertos sobre la manera en que los Estados Miembros dan cumplimiento a sus obligaciones normativas, adoptan la forma de *observaciones* o de *solicitudes directas*. Las observaciones son comentarios acerca de las cuestiones fundamentales planteadas por la aplicación de un determinado convenio por parte de un Estado Miembro. Los comentarios de la Comisión de Expertos sobre la manera en que los Estados Miembros dan cumplimiento a sus obligaciones normativas, adoptan la forma de *observaciones* o de *solicitudes directas*. Las observaciones son comentarios acerca de las cuestiones fundamentales planteadas por la aplicación de un determinado convenio por parte de un Estado Miembro. Observación General de la Comisión de Expertos sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 98.ª reunión, 2009

ARTÍCULO 10 DE LA DECLARACIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

1.4.1. El derecho al consentimiento libre, previo e informado

Ya se ha mencionado que el objeto de la consulta es, en último término, obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos y comunidades indígenas que pueden llegar a ser afectados con la realización, en este caso, de un proyecto de desarrollo. De ello se deriva que el consentimiento libre, previo e informado sea comprendido como uno de los elementos centrales del derecho a la consulta y no como un elemento ajeno o independiente. De hecho, la visión de la Relatoría Especial es que el consentimiento libre, previo e informado funcionaría como una condición adicional o, en otras palabras, como una protección reforzada, en aquellos casos en que los proyectos de desarrollo puedan llegar a tener un gran impacto en las formas de vida de los pueblos y comunidades. Literalmente la Relatoría señala:

“La fuerza e importancia de la necesidad de alcanzar el consentimiento de los pueblos indígenas varía en relación con el nivel de importancia de los intereses y derechos de los pueblos indígenas que se ponen en juego. Un impacto directo y significativo en la vida o en el territorio de los pueblos indígenas establece una fuerte presunción de que la medida propuesta no puede seguir adelante sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En ciertos contextos, la presunción puede elevarse incluso a una prohibición a que el proyecto o medida se realice si no existe el consentimiento de los pueblos”.⁴⁵

Habría, por lo tanto, una relación de proporcionalidad entre las dimensiones del impacto de la medida y proyecto y la necesidad de que se alcance el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos y comunidades indígenas.

Bajo ésta lógica, la Relatoría Especial en esta materia ha señalado que de una lectura atenta del texto de la Declaración de la ONU sobre los

⁴⁵ Cfr. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los Pueblos Indígenas, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrafos 47.

Derechos de los Pueblos Indígenas es evidente que en los casos de desplazamiento forzado de sus tierras o territorios (Art. 19) y en los casos de que se pretenda depositar materiales peligrosos en sus territorios (Art. 29) **el consentimiento libre, previo e informado** de los pueblos debe ser considerado como una **condición necesaria** sin el cual no debe llevarse a cabo el proyecto o la medida en cuestión.

En el caso del Pueblo Saramaka contra Surinam, la CoIDH ha llegado a la conclusión de que en los casos de proyectos de desarrollo a gran escala resulta necesario también obtener el consentimiento libre, previo e informado. El argumento de la CoIDH se construye precisamente bajo el supuesto de que dichos proyectos generalmente pueden llegar a tener un impacto mayor en la vida y en el territorio de los pueblos, llegando a poner en riesgo no sólo la supervivencia de su identidad cultural, sino también su propia supervivencia física como pueblos.

Es por ello que la Relatoría Especial en su Informe 2003, había ya hecho énfasis en que el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas conlleva el derecho a determinar su propio ritmo de cambio, de acuerdo con su propia visión del desarrollo, y que ese derecho implica por lo tanto, también su derecho a decir **no** a los grandes proyectos que impacten de manera determinante en sus vidas.⁴⁶

En síntesis, la interpretación de la Relatoría Especial, así como de la CoIDH, nos orientan en distinguir la importancia del consentimiento libre, previo e informado en aquellos casos en los que los proyectos

o medidas tengan un impacto en la vida de los pueblos indígenas, por lo que resulta así una garantía reforzada que el Derecho Internacional ha reconocido a los pueblos y comunidades indígenas con el fin de proteger sus derechos colectivos a la propiedad de la tierra, el territorio y los recursos naturales, así como a su identidad cultural y su propia supervivencia como pueblos.

1.5. EL DERECHO A LA CONSULTA Y LAS COMUNIDADES NO INDÍGENAS

La obligación de consultar a las comunidades y pueblos indígenas en los casos de proyectos de desarrollo a gran escala está sólidamente reconocido en el DIDH. No obstante, en el caso de las comunidades no indígenas, el reconocimiento no se ha hecho de manera tan explícita. Esto, por supuesto, no implica que dichas comunidades no deban ser consultadas en el caso de que vayan a sufrir impactos en el ejercicio de sus derechos humanos por motivo de la realización de tales proyectos, sobre todo en el caso en los casos en que una de las consecuencias sea el desplazamiento o desalojo de sus tierras, viviendas o de las comunidades en las que están asentadas.

El argumento más fuerte en el que se fundamentó este derecho consiste en señalar que ciertas comunidades no indígenas comparten un conjunto significativo de elementos con los pueblos y comunidades indígenas. El primero de ellos es su relación estrecha con la tierra, tanto en su dimensión económica y social como en la cultural. Generalmente se trata de comunidades

⁴⁶ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, párr. 60.

SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: SARAMAKA VS SURINAM

“En relación con los proyectos de desarrollo a gran escala o proyectos de inversión que tendrían un impacto mayor en el territorio Saramaka, el Estado tiene el deber, no sólo de consultar con el pueblo Saramaka, sino también de obtener su consentimiento libre, previo e informado, de acuerdo con sus costumbres y tradiciones”

cuya identidad se relaciona con las actividades propias del campo, ya sea la agricultura de subsistencia, la pequeña ganadería o el cuidado y aprovechamiento de recursos naturales, como bosques o las costas, por ejemplo, en el caso de comunidades de pescadores. La realización de los proyectos implica en algunos casos que dichas comunidades tengan que hacer una conversión económica, impactando no sólo en sus ingresos económicos, sino en sus formas de organización social y cultural. En segundo lugar, también las comunidades generan un sentido de pertenencia comunitaria importante, así como prácticas, tradiciones, costumbres y creencias que los definen en relación con su pertenencia con la comunidad. En el caso de que los proyectos de gran escala impliquen su desalojo o reubicación, los lazos comunitarios también se ponen en riesgo. No se puede perder de vista que en América Latina, durante los últimos 500 años, las comunidades indígenas originarias han sufrido un proceso de pérdida de su identidad original, en particular de sus rasgos culturales, tales como su lengua, vestimenta, formas de organización o creencias, y cosmovisión indígena. Incluso, por diversos procesos sociales y políticos, tales como la migración, el abandono de las tierras, las políticas integracionistas o la cercanía con centros urbanos, las comunidades originarias han dejado de considerarse a sí mismas comunidades indígenas.

La cuestión central es que los proyectos de desarrollo a gran escala también pueden llegar a tener fuerte impacto en los derechos humanos, incluidos su derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a la alimentación, a la vivienda, o a la identidad cultural de las comunidades que han perdido su identidad indígena o que simplemente no se autoidentifican como tales, pero que aún siguen manteniendo parte de su identidad cultural.

El Convenio 169 extiende su protección y, por lo tanto, el reconocimiento del derecho a la consulta a los pueblos tribales, entendiendo como tales: los pueblos “[...] en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”. Esta interpretación extensiva del derecho de consulta ha sido ya incorporado en la Jurisprudencia de la CoIDH en el caso de la comunidad Saramaka contra Surinam, al ampliar la protección de los derechos reconocidos en el DIDH a los pueblos no indígenas, al valorar que

dicha comunidad “compartía características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, por identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones”. La CoIDH destacó que para dicha comunidad la tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia, pues también implicaba una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad de sus miembros.

De manera paralela a la interpretación de la CoIDH, es posible plantear la necesidad de que dichas comunidades sean consultadas en el contexto de grandes proyectos de desarrollo, tomando como fundamento la realización de otros derechos, como el derecho a la participación, el derecho de audiencia y el derecho a la vivienda. A este respecto resultan de gran valor los “Principios básicos y directrices sobre desplazamientos y desalojos basados en el desarrollo” de la Relatoría Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, y sobre el derecho a la no discriminación en este contexto de las Naciones Unidas.⁴⁷ Estos principios o directrices aplican para cualquier acto u omisión que implique el desplazamiento involuntario o forzado de individuos, grupos o comunidades de sus casas, tierras o propiedades colectivas sin que hayan podido tener acceso a un recurso legal para poder impugnar dicha decisión.⁴⁸

Los principios establecen un conjunto de derechos que dichas comunidades tienen ante los desplazamientos forzados por motivo de los proyectos de desarrollo a gran escala. En primer lugar, señalan que el Estado asume la obligación de explorar otro tipo de alternativas que puedan proporcionar los mismos recursos y satisfactores que se busca alcanzar por el proyecto de desarrollo y que no impliquen el desplazamiento de los grupos de personas de sus viviendas y tierras de origen. Así, los desplazamientos por motivos de proyectos de desarrollo siempre tienen que ser la última opción y acudir a ellos de modo excepcional.

En segundo lugar, el Estado adquiere la obligación de realizar estudios de impacto social y ambiental sobre los efectos que acarrearán la realización de tales proyectos. Estos estudios tienen que regirse por el principio de proporcionalidad, es decir, los efectos no pueden ser desmedidos o desproporcionados en relación con el fin que se busca alcanzar. Muy vinculado a esta obligación se encuentra el deber de justificar debidamente que el proyecto en realidad cumpla con una necesidad exigida por el bienestar general de la población y que en ningún momento se trate de una medida discriminatoria que afecte a un sector de la población para beneficiar o favorecer tan sólo a otro.

Aquí el principio de no discriminación adquiere una relevancia fundamental debido a que, por lo general, los proyectos de desarrollo suelen afectar o exigir el sacrificio de aquellos grupos de la población más marginados

⁴⁷ Cfr. Informe de la Relatoría Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, y sobre el derecho a la no discriminación en este contexto, Miloon Kothari, A/HRC/4/18, 5 de febrero de 2007.

⁴⁸ Los principios se encuentran en plena sintonía con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en particular, con las Observaciones Generales 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Comité define los desalojos forzados como: el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos.” §3. E/1998/22, anexo IV. 1997.

“También es importante fortalecer los procesos locales, las asambleas comunitarias, porque eso fortalece el proceso legal, la defensa del territorio no se puede ganar con la defensa de dos o tres. El derecho a la consulta es una parte, pero no resuelve todo el problema”

Asistente al Foro Regional sobre el derecho a la consulta:
“El impacto de los proyectos de desarrollo en el derecho a la tierra, el territorio y los recursos naturales”

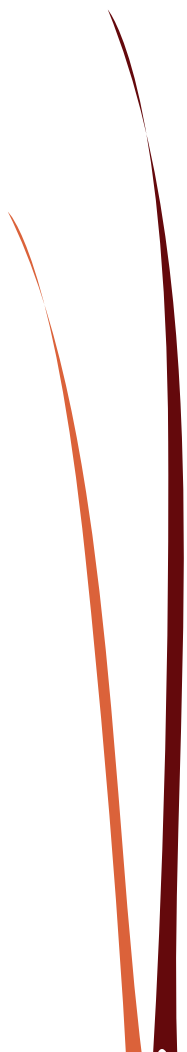
Convocado por la OACNUDH. Oaxaca, Oaxaca, 27 y 28 de mayo 2010

y discriminados. Ciertos proyectos pueden encontrar una justificación adecuada en tanto que su objetivo es proveer de recursos y bienes que son necesarios para el desarrollo general de los países y de sus habitantes. Sin embargo, en ocasiones este tipo de proyectos también es posible que lejos de beneficiar a aquellos que se encuentran en una situación de desventaja, terminen por reproducir las estructuras desiguales que ya existen en los países y, por lo tanto, beneficien a las personas que se encuentran en una situación privilegiada. En este punto, cobra gran sentido formular la pregunta: ¿quiénes serán los realmente beneficiados por los proyectos de desarrollo y cómo distribuir de manera equitativa las cargas y los beneficios?

Finalmente, los principios del Relator sobre el derecho a la vivienda destacan que las personas afectadas tienen el derecho a poder participar de forma activa en todo el proceso de elaboración y planeación de los proyectos. Esta obligación se materializa y a la vez se sustenta en tres derechos humanos específicos. En el derecho de las personas afectadas a ser informadas de todos los datos relevantes sobre la realización del proyecto y de todas las consecuencias y efectos que éste puede acarrear en sus vidas, el derecho a ser consultadas y el derecho a poder acceder a un remedio jurídico en caso de inconformarse con la realización del proyecto.



2. EL PROCEDIMIENTO DE LA CONSULTA



Los estándares internacionales no regulan el procedimiento de la consulta de forma detallada. Establecen, de forma general, que deben llevarse a cabo siguiendo los procedimientos adecuados, así como las necesidades y requerimientos de las comunidades y pueblos indígenas, con el fin de hacer efectivo su derecho a la consulta. Para ello se establece una serie de principios y pautas que los Estados deben cumplir cuando regulen el derecho a la consulta y efectúen este tipo de procesos de diálogo.

2.1. PRINCIPIOS RECTORES DE LA CONSULTA

Buena fe

El principio de buena fe como principio rector en la realización de la consulta se menciona en el Convenio 169, en Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en la jurisprudencia de la CoIDH. Sin embargo, en ninguno se especifica qué significa en relación con el derecho a la consulta. En el ámbito del derecho, se entiende por *buena fe* la sinceridad u honestidad de las partes en su actuación; por lo tanto, podría aplicarse en este ámbito como la obligación del Estado de realizar la consulta en un clima



“Nosotros estamos metidos en este tema: la consulta la deben hacer los pueblos en sus tiempos, términos, palabras y con sus procesos porque el Congreso habla, y la gente no entiende”

Valentín Hernández, Representante de la Policía Comunitaria de la Costa Chica de Guerrero.

Seminario sobre el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado en el contexto de los proyectos de desarrollo a gran escala, convocado por la OACNUDH y el IJ-UNAM. Ciudad de México, 8 de septiembre 2010.

de confianza, con la intención de tomar en cuenta la opinión que expresen los pueblos consultados sin que se les pretenda engañar, traicionar o brindar información sesgada o parcial.⁴⁹

Con base en este principio, los procesos de consulta, así como la decisión de los pueblos que éstos arrojen, no deben considerarse una mera formalidad para legitimar los proyectos sometidos a su consulta. De acuerdo con la Relatoría Especial, el principio de buena fe exige “una atmósfera de respeto recíproco” y “una participación plena y equitativa”.

Previa

El momento en que se realice la consulta es clave para un verdadero ejercicio de decisión por parte de los pueblos afectados. El Convenio 169, en referencia a los

proyectos de extracción de recursos del subsuelo, señala que la consulta debe realizarse “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”. Por su parte, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas habla insistentemente de consentimiento *previo*. La Relatoría Especial indica que la consulta debe realizarse “con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades, y respetarse las exigencias cronológicas de los procesos de consulta/consenso con los pueblos indígenas”.⁵⁰

La CoIDH coincide con esta afirmación: la consulta debe realizarse “en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona

⁴⁹ Cfr. *Informe del Seminario Internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas*. Consejo Económico y Social, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Cuarto periodo de sesiones, Nueva York, 16 a 27 de mayo de 2005. E/C.19/2005/3.

⁵⁰ También puede consultarse el *Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas*, Op. Cit. p.46

“Hay que tener mucho cuidado cuando se consulten estos proyectos, porque, ¡claro!, si llegas con una oferta de que te conviene más que nos vendas tu territa a que te vayas de migrante o termines en una fosa, te conviene más que seas un empleado del hotel, etc. Más que discutir el derecho a la consulta, hay que plantearnos nuevamente la discusión con el Estado para lograr lo que no se logró en 2001.”

*Roberto Ortiz, Comité de Derechos Humanos “Aurelia Morales”
(Chiapas)*

*Seminario sobre el derecho a la consulta y el consentimiento libre,
previo e informado en el contexto de los proyectos de desarrollo a
gran escala, convocado por la OACNUDH y el IJJ-UNAM. Ciudad de
México, 8 de septiembre 2010*

un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado”⁵¹.

Queda claro, por tanto, que las consultas que se realizan como último requisito antes del comienzo de las obras, con concesiones otorgadas y presupuestos ya aprobados, violan los estándares internacionales y vacían de verdadero significado del derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre los proyectos que afectan a sus tierras. Contar con la participación de los pueblos afectados desde los primeros pasos en la planeación de los proyectos puede contribuir a evitar la desinformación, los rumores y los conflictos.

Libre

El verdadero ejercicio del derecho a la consulta exige que ésta se realice libre de injerencias externas. Este

principio, reflejado tanto en el Convenio 169 como en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ha sido interpretado por la Relatoría Especial, así como por el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo,⁵² como la necesidad de que la consulta se realice libre de “coerción, intimidación ni manipulación”.

Es importante considerar que el condicionar servicios sociales básicos como la educación o la salud, reflejados en la construcción de escuelas o centros de salud, supone una coerción con respecto a la libre decisión de los pueblos afectados, además de una violación a los derechos económicos, sociales y culturales, que nunca deben ser condicionados a la realización de un proyecto. Incluso, el planteamiento en disyuntiva sobre desarrollarse o continuar en la pobreza y marginación también puede ser considerado como una forma de coerción a la decisión de los pueblos indígenas.

⁵¹ Cfr. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los Pueblos Indígenas, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009.

⁵² Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas*; ONU, Nueva York y Ginebra, 2009 (HR/P/PT/16).

Informada

Tal como establecen los estándares internacionales, los pueblos deben contar con la suficiente información que les permita tomar una posición con respecto al proyecto consultado. La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas habla del consentimiento “informado” y la Relatoría Especial especificó el contenido mínimo que debe abarcar dicha información.⁵³ Asimismo, es importante señalar que los elementos que debe contener la información proporcionada por el Estado a los pueblos indígenas deben completarse con otros principios y derechos (ya antes señalados). En este sentido, se podrían referir como fundamentales los siguientes aspectos:

- La naturaleza, envergadura, impacto y alcances del proyecto.
- La razón u objetivo del proyecto (justificación).
- Duración y tiempos del proyecto.
- Lugares y zonas que serán afectadas.
- Evaluación del probable impacto económico, social, cultura y ambiental.
- Posibles riesgos y beneficios.
- Elementos de un posible desplazamiento.

La información a través de medios accesibles para los pueblos, en su propio idioma y con un lenguaje comprensible y respetuoso (de una manera culturalmente adecuada).

La CoIDH ha agregado que no bastará con un proceso unilateral de información que convierta a los pueblos afectados en meros receptores de la información recopilada por el Estado: “[se] requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes”.

La misma CoIDH ha señalado la obligación del Estado de que una entidad independiente e imparcial realice

un estudio de impacto social y ambiental, previo al comienzo de cualquier plan de desarrollo a realizarse en los territorios de los pueblos indígenas. En la sentencia de interpretación del pueblo Saramaka, la CoIDH señaló que dichos estudios deben “realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto”,⁵⁴ como las Akwe: Principios de Kon para la realización de evaluaciones de impacto cultural, ambiental y social relacionado con desarrollos propuestos para ejecución o que tengan probabilidades de tener impacto en sitios sagrados y en tierras y aguas tradicionalmente ocupadas o usadas por comunidades indígenas o locales.⁵⁵

⁵³ Cfr. *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya. A/HRC/12/34, 15 July, 2009*

⁵⁴ Caso del Pueblo Saramaka. Interpretación de Sentencia, párr. 41.

⁵⁵ Caso del Pueblo Saramaka. Interpretación de Sentencia, párr. 41.

2.2. LA CONSULTA COMO DIÁLOGO INTERCULTURAL

Bajo este planeamiento, uno de los retos más importantes de los procesos de consulta es su configuración sobre la base de un diálogo intercultural, tal como lo ha referido la Relatoría Especial. Aunque de manera general, en los instrumentos internacionales el tema de la interculturalidad es tratado en relación con los derechos culturales y con la educación de los pueblos indígenas⁵⁶, es indiscutible que el derecho a la participación tiene una relación muy estrecha con esta característica, de la misma manera que lo tienen normas y principios básicos de derechos humanos como la no discriminación y la igualdad, o derechos fundamentales para los pueblos indígenas como la libre determinación, los derechos colectivos y la integridad cultural.

La búsqueda de interculturalidad en estos procesos de diálogo implica que “es necesario hacer un reconocimiento del ‘otro’, de su alteridad, de sus formas particulares de expresión y sus sistemas valorativos”⁵⁷ para, con ello, establecer un terreno propicio a través del que se pueda cumplir con el principio básico del consentimiento libre, previo e informado y de “igualdad de oportunidades” de las partes para debatir sobre cualquier proyecto propuesto.⁵⁸

⁵⁶ Algunos de los instrumentos internacionales que hacen referencia a la interculturalidad, la diversidad cultural y los derechos culturales son la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural del 2 noviembre de 2001, en la cual se establece que la diversidad cultural es un imperativo ético inseparable del respecto de la dignidad humana; la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales de 2005; la Declaración sobre los derechos de las personas perteneciente a minorías nacionales o étnicas, religiosas o lingüísticas del 18 de diciembre de 1992 que contiene el derecho general de las minorías étnicas a disfrutar de su propia cultura y de exigir a los Estados la protección de su identidad étnica y cultural, la obligación de los Estados para adoptar medidas tendientes a garantizar que las minorías étnicas o lingüísticas reciban instrucción en su propio idioma materno; la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios raciales del 27 de noviembre de 1978, la cual refiere al derecho a la libre determinación cultural de los pueblos, el derecho a la protección y preservación de la propia cultura y el derecho a no ser asimilado por otras culturas; entre otros.

⁵⁷ Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa libre e informada. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los derechos humanos*, Colombia, OACNUDH, 2008, p.79.

⁵⁸ “Como principio básico del consentimiento libre, previo e informado, todas las partes en un proceso de esta índole deben tener ‘igualdad de oportunidades’ para debatir cualquier acuerdo/ desarrollo/proyecto propuesto. Por ‘igualdad de oportunidades’ debe entenderse igualdad de acceso a los recursos financieros, humanos y materiales para que las comunidades debatan plena y...

ARTÍCULO 5 DE LA DECLARACIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS

*Los pueblos indígenas
tienen derecho conservar
y reforzar sus propias
instituciones políticas,
jurídicas, económicas,
sociales y culturales,
manteniendo, a la vez,
su derecho a participar
plenamente, si lo desean,
en la vida política
económica, social y
cultural del Estado.*

Desde el Derecho Internacional se reconoce que promover la diversidad cultural significa que se garanticen los derechos humanos de todas las personas en un proceso de adaptación continua que promueva la capacidad de expresión, información y comunicación, la libertad frente a cualquier clase de discriminación y la capacidad de las personas de elegir sus expresiones culturales.⁵⁹ En este sentido, los derechos humanos se

constituyen como una herramienta esencial para el diálogo intercultural efectivo.⁶⁰

Desde los estándares del tema de la consulta no se encuentra propiamente una metodología que indique cuáles son los pasos a seguir para garantizar que el diálogo sea intercultural; sin embargo, los siguientes elementos coadyuvan a la gestación de procesos de esta naturaleza:

- el respeto de la cultura e identidad cultural de los pueblos indígenas;
- el reconocimiento de que en los procesos de consulta los pueblos indígenas deben poder fijar sus propias condiciones y requisitos, exigir que el proyecto se ajuste a su concepción de desarrollo⁶¹ y que puedan plantear otras alternativas de desarrollo;⁶²
- respetar sus propias formas de generar consensos, sus formas de desarrollar sus argumentos y la importancia de los símbolos e imágenes a través de las cuáles reflejan sus posiciones;
- respetar los tiempos y ritmos que marcan sus propios procesos de toma de decisiones;
- la obtención del consentimiento libre, previo e informado, de acuerdo con sus costumbres y tradiciones (en sus propias lenguas, de acuerdo a su tradición oral, en sus propios tiempos, etcétera);⁶³
- el imperio del principio de buena fe durante los procesos;

También es importante considerar los aportes que desde la teoría se pueden incorporar al análisis y reflexión que se deben hacer de manera previa al comienzo de estos procedimientos. De entre ellos se pueden destacar tres. En

significativamente en el idioma o idiomas indígenas que corresponda [...].”, *Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas* (E/C.19/2005/3), aprobado por el UNPFII UNPFII en su Cuarta Sesión en 2005, párr. 47.

⁵⁹ Declaración de un grupo de expertos de las Naciones Unidas sobre el Día Mundial de la Diversidad Cultural para el Diálogo y el Desarrollo (Experta Independiente para los derechos culturales; Relator Especial para la promoción y protección del derecho de opinión y expresión; Relator Especial sobre cualquier forma contemporánea de racismo, discriminación racial, xenofobia e intolerancia; Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas; Relatora Especial de la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias; Relator Especial para el derecho a la Educación; así como, la Relatora Especial para la libertad de religión y creencia), *Los derechos humanos son herramientas esenciales para un diálogo intercultural efectivo*, 21 de mayo de 2010. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/issues/cultural_rights/docs/statements/Statement_cultural_diversity21052010_sp.pdf [Consultado: 1/11/2010]

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ Artículo 7 del Convenio 169 de la OIT oit y el artículo 23 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁶² Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generador por el desarrollo, en: *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado*, Miloon Kothari, A/HRC/4/18, Anexo I, párr. 37.

⁶³ Corte IDHIDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, Núm. 172, párr. 133. También véase: *Los principios de Ecuador*, principio 5.

primer lugar, debe tomarse en cuenta que el verdadero punto de partida del diálogo intercultural está en hacer conciencia autoreflexiva de las limitaciones de la propia cultura,⁶⁴ lo que implica asumir que no existe una cultura intrínsecamente superior a otra, ni un imaginario económico, social o político único al cual todas las culturas deben aspirar para alcanzar su florecimiento. En segundo lugar, tomar en consideración que en el diálogo intercultural es fundamental el principio de que “tenemos el derecho de ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza y el derecho de ser diferentes cuando la igualdad pone en peligro nuestra identidad”.⁶⁵ Finalmente, hacer conciencia de que en cada uno de estos procesos de diálogo se replantean las “bases del conflicto estructural y ancestral entre los pueblos indígenas y el Estado, lo que pasa por situar entre las condiciones de debate y negociación cuestiones como el racismo y la discriminación; la desigualdad económica, social, política y cultural; la falta de reconocimiento político y cultural, y la apropiación de los recursos, del hábitat y de los espacios naturales de los pueblos indígenas; es decir, la descomposición de los sistemas de desigualdad y exclusión que sufren históricamente los pueblos indígenas”.⁶⁶

El diálogo intercultural implica, por lo tanto, reconocer, valorar y respetar las diferencias de los otros, pero también partir de un verdadero plano de

igualdad. Por ello, otro requisito para poder entablar un verdadero proceso de consulta es eliminar las asimetrías que puedan existir entre todos los sujetos del diálogo. Asimetrías que se refieren a aspectos como conocimientos técnicos, acceso a la información o capacidad de negociación.

2.3. ¿A QUIÉNES SE DEBE CONSULTAR?

Tanto el Convenio 169 como la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establecen que deben consultarse los pueblos afectados por medio de sus instituciones representativas. En la misma línea, la Relatoría Especial ha señalado que los pueblos indígenas deben especificar qué instituciones representativas están autorizadas para expresar el consentimiento en nombre de los pueblos o comunidades afectados; asimismo, también ha señalado que los pueblos y comunidades indígenas deben hacer un esfuerzo especial por incluir en estos procesos a todas las personas que integran la comunidad, incluyendo especialmente a las mujeres⁶⁷ y a los niños y niñas.⁶⁸ El criterio más amplio es que puedan participar todas y todos aquellos que serían afectados de algún modo por los mencionados proyectos de desarrollo a gran escala. Es evidente que, en primer lugar, deberían participar las comunidades que serían en especial afectadas por dichos proyectos, por ejemplo, aquellos que corran el

⁶⁴ Santos, Boaventura de Sousa, “Hacia una concepción intercultural de los Derechos Humanos”, en: *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común del derecho*, Madrid, Trotta/ ILSA, 2009, pp. 530.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 533.

⁶⁶ Martínez de Bringas, Asier, “Los pueblos indígenas ante la construcción de los procesos multiculturales. Inserciones en los bosques de la biodiversidad”, en: Mikel Berraondo (Coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, España, Instituto de derechos Humanos de la Universidad de Deusto/ ACNUDH / Agencia Española de Cooperación Internacional, España, 2006, pp. 98.

⁶⁷ En este sentido puede consultarse el Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones presentado por el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en mayo de 2010, A/HRC/EMRIP/2010, párr. 59-60.

⁶⁸ Cfr. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los Pueblos Indígenas*, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 52.

“El Derecho a la Consulta ya se viene practicando en las comunidades indígenas, el reto ahora es que se reconozca legalmente, con el soporte que hay desde los estándares internacionales.

Es una desventaja que el Derecho a la Consulta no esté reconocido constitucionalmente, pero esa puede ser una ventaja, porque se puede llenar ese vacío con la construcción propia de nuestra argumentación desde los pueblos”

*Asistente al Foro Regional sobre el derecho a la consulta:
“El impacto de los proyectos de desarrollo en el derecho a la tierra, el territorio y los recursos naturales”
Convocado por la OCNUDH. Oaxaca, Oaxaca, 27 y 28 de mayo 2010*

riesgo de ser desplazados de sus tierras o territorios, independientemente de cuál es su estatus jurídico o el esquema de tenencia de la tierra. Sin embargo, también deberían participar las comunidades que se verían afectadas de manera indirecta, por los daños ambientales que se puedan causar, por ejemplo.

La CoIDH, en el caso Saramaka, afirmó que la consulta debe tener en cuenta los métodos tradicionales de los pueblos para la toma de decisiones. En este sentido, se debe considerar que el ejercicio de este derecho tiene una concepción eminentemente colectiva, lo cual es de vital importancia al considerar que la votación individual en la que la mayoría toma una decisión no conserva el esfuerzo de las autoridades indígenas por alcanzar las decisiones por consenso, por fuerza.⁶⁹

2.4. ¿QUIÉNES DEBEN CONSULTAR?

De acuerdo con los estándares internacionales, es el Estado quien tiene el deber principal y directo de consultar cuando existan o puedan existir decisiones o proyectos que afecten los derechos e intereses de

los pueblos indígenas, como ocurre en el caso de los proyectos de desarrollo en territorios indígenas.

El hecho de que la consulta deba realizarse “de buena fe” (véase 2.1.) puede traducirse en la necesidad de que la entidad que lleve a cabo la consulta sea imparcial y no una cuyo mandato consista en la promoción e impulso de proyectos de generación de energía o de extracción de recursos del subsuelo, como sucede con las empresas paraestatales. En el caso de que estas entidades desarrollaran los procesos de consulta se convertirían en “juez y parte”, lo cual es contrario a la naturaleza de este derecho.

En algunos casos las propias comunidades han decidido hacer una autoconsulta debido a que el Estado se ha negado a cumplir con su derecho a la consulta. Ante el temor a que realice un proyecto en sus tierras y territorios, pueblos indígenas, como en el caso de algunos departamentos de Guatemala, han promovido las denominadas consultas de buena fe mediante las cuales convocan a los integrantes de las comunidades para que expresen su opinión y voluntad sobre la

⁶⁹ Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, Op. Cit., párr. 46.

realización de los proyectos de desarrollo. Sobre ello, en su reciente visita a Guatemala, la Relatoría Especial señaló que las autoconsultas o consultas de buena fe, con independencia de los marcos jurídicos nacionales, “son válidas y relevantes en tanto que reflejan las aspiraciones legítimas de los pueblos y comunidades indígenas por expresar sus propios puntos de vista en torno a aquellos proyectos que tienen el potencial de tener un impacto en sus territorios tradicionales”.⁷⁰ Sin embargo, la Relatoría Especial señala que aunque ya se hayan dado dichas consultas de buena fe sigue subsistiendo el deber del Estado de consultar a las comunidades en consonancia con los estándares internacionales y buscando que se establezca un verdadero proceso de diálogo entre las comunidades y el Estado. En este caso, la Relatoría Especial aprovechó para reiterar su posición de que la consulta no debe ser entendida como un mero referendo en el que se diga un simple sí o no, sino que debe ser entendida como una negociación en la que todas las partes pueden defender, en un plano de igualdad, sus intereses legítimos.

2.5. REVISIÓN JUDICIAL

Ya se ha mencionado que el derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado puede ser entendido, a la vez, como un derecho sustantivo y procedimental. En este segundo plano es, en efecto, un procedimiento; es decir, un conjunto de reglas y fases

que deben ser respetadas para realizar un determinado proyecto de desarrollo o adoptar una decisión. Lo anterior implica, por lo tanto, que de no cumplirse satisfactoriamente con el derecho a la consulta, previo a la realización de un proyecto de desarrollo a gran escala, se estarían violando los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. De la misma manera, si existiera algún vicio o se incumpliera con alguno de los principios o condiciones que deben de respetarse en un verdadero proceso de consulta, las comunidades y pueblos tendrían el derecho a impugnar la decisión mediante la cual se pone en marcha dicho proyecto y de poder acudir a una autoridad judicial para que revise si se cumplió o no con los estándares que articulan el proceso de consulta. En caso negativo, la consecuencia directa sería la de suspender el proyecto hasta que no se satisfagan dichos requisitos y condiciones. En los casos en que los proyectos ya se hayan realizado y los impactos sobre los derechos de los pueblos indígenas ya sean irremediables, se debería contemplar un recurso efectivo para que las comunidades y pueblos puedan exigir su derecho a la reparación. Así, por ejemplo, el Artículo 11 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece la obligación de los Estados de proporcionar reparaciones por medio de mecanismos eficaces cuando se haya privado de bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales, sin su consentimiento previo e informado, o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.⁷¹

⁷⁰ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los Pueblos Indígenas, Adición Observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales A/HRC/16.. Versión No editada, 4 de marzo de 2011, párr. 32.

⁷¹ La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas también establece en varios de sus artículos señalamientos enfáticos relativos a la obligación de los Estados de garantizar el cumplimiento de los derechos de los pueblos, así como la obligación de otorgar las debidas reparaciones, por medio de la restitución o, cuando no sea posible, una indemnización justa y equitativa, en caso de violaciones. En Particularmente, el Artículo 8 señala que los Estados deberán establecer mecanismos eficaces para la prevención y resarcimiento de todo acto que tenga por objeto o consecuencia: privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica; desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos; toda forma de traslado forzado; entre otros. En el marco de los proyectos de desarrollo también véanse los artículos 10, 11, 12, 20, 26, 28, 29, 31, 32, 37 y 40.

3. RELACIÓN CON OTROS DERECHOS HUMANOS



Dos de los principios básicos del enfoque de derechos humanos son la indivisibilidad e interdependencia. No existe jerarquía entre los diferentes tipos de derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales o ambientales, ya que todos son igualmente imprescindibles para una vida digna.

El derecho a la consulta y al consentimiento libre previo e informado se encuentra por lo tanto estrechamente vinculado con la realización de otros derechos humanos tanto individuales como colectivos. Ya hemos mencionado que constituye una expresión concreta del derecho a la libre autodeterminación, que constituye un vehículo mediante el cual los pueblos indígenas ejercen su derecho a participar, y describimos el contexto en el que los pueblos indígenas pueden poner en práctica su derecho a definir su propio concepto de desarrollo. Ahora bien, el derecho a la consulta también funciona como un instrumento de protección de otros derechos de los pueblos indígenas, pues abre la posibilidad para que mediante el diálogo con las autoridades estatales y otros actores puedan advertir y establecer las condiciones necesarias para que los proyectos de desarrollo no terminen vulnerando derechos tales como su derecho a la



“La tierra es para nosotros una Madre, que nos pare, nos alimenta y nos recoge en sus entrañas. Nosotros pertenecemos a ella; por eso nosotros no somos propietarios de tierra alguna. Entre una Madre e hijos la relación no es en términos de propiedad, sino de pertenencia mutua. Nuestra Madre es sagrada, por ello somos sagrados nosotros.

La tierra como territorio da parte de nuestro entendimiento de que cada uno de los elementos de la naturaleza cumple una función necesaria dentro del todo, y ese concepto de integralidad está presente en todos los demás aspectos de nuestra vida. No es posible separar la atmósfera del suelo ni éste del subsuelo. Es la misma Tierra como un espacio totalizador”.

Floriberto Díaz

Indígena ayuuk (mixe) Oaxaca.

Comunalidad energía viva del pensamiento mixe. UNAM, 2007.

tierra, territorio, recursos naturales, así como derechos económicos, sociales y culturales concretos, incluyendo su derecho a un medio adecuado.

3.1 DERECHO A LA TIERRA, TERRITORIO Y RECURSOS NATURALES.

3.1.1 Derecho a la tierra y al territorio

El reconocimiento de la propiedad ancestral⁷² y la relación especial que guardan los pueblos indígenas con sus tierras, territorios y recursos naturales, ha permitido establecer en el ámbito internacional y nacional un marco normativo de protección del derecho a la propiedad, posesión, uso y disfrute de las tierras, territorios y recursos naturales por parte de los pueblos indígenas. Sin embargo, los alcances de estos derechos hoy se ven trastocados por la ejecución de gran número de proyectos a gran escala, susceptibles de tener implicaciones y efectos significativos dentro de los territorios indígenas y sobre los recursos

naturales existentes en ellos. En este contexto, el derecho a la consulta constituye un derecho colectivo fundamental para que los pueblos indígenas puedan participar directamente en la determinación de los proyectos de desarrollo que puedan impactar en sus tierras y territorio, así como en aquellos que busquen la explotación sus recursos naturales.

Para entender el derecho a la tierra, territorio y recursos naturales, y la importancia que éste guarda para los pueblos indígenas, es necesario, en primer lugar, distinguir el significado que tiene para los pueblos y comunidades indígenas la tierra, y en segundo lugar, dimensionar los derechos que se encuentran implícitos en el concepto mismo del derecho a la tierra, territorio y recursos naturales.

Sobre el primer aspecto, el de la relación especial, es necesario diferenciar el concepto de *tierra* del de *territorio*. La tierra ha sido conceptualizada esencialmente como un espacio físico de ocupación

⁷² Tierras o territorios poseídos por un pueblo indígena con antelación a la constitución del propio Estado.

directa por parte de una unidad doméstica o familiar, o una comunidad indígena, y, al mismo tiempo, como un factor de producción y subsistencia. En ese sentido, se trata de un elemento indispensable para la supervivencia de los pueblos indígenas. El concepto de *territorio* ha sido entendido en un sentido más amplio que el de *tierra*: es el espacio geográfico en el cual se desenvuelve la dinámica de las sociedades indígenas y con el cual están vinculadas la cultura, la historia y la identidad del pueblo indígena. El territorio indígena es el espacio geográfico-cultural que los pueblos indígenas reclaman como un derecho colectivo, indispensable para su sobrevivencia, identidad y reproducción como pueblos,⁷³ tanto física, como económica, social y culturalmente.

El territorio comprende, en la cosmovisión de los pueblos indígenas, el subsuelo, suelo y cielo. Como consecuencia, lo que se encuentra en cada elemento, como los minerales, bosques, ríos, montañas, mares, lagunas, la flora, la fauna y el aire, son parte de él. Un obstáculo al que se enfrentan estos pueblos es que esta concepción no es entendida por las sociedades no indígenas, por lo que no es considerada en el diseño e implementación de acciones que afecten sus derechos, causándose con ello una confrontación con resultados, en muchas ocasiones, lamentables para la vida y la espiritualidad de los pueblos indígenas. Al momento de realizarse algún proyecto de desarrollo, deberá garantizarse la consulta y que en esta sea tomada en cuenta la cosmovisión de los pueblos indígenas afectados, según sus costumbres y tradiciones.

El Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, José R. Martínez Cobo, en su estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, al referirse al vínculo existente de los pueblos con sus tierras, señaló que “es esencial que se conozca y comprenda la relación especial, profundamente espiritual, de los pueblos indígenas con sus tierras como algo básico en su existencia como tal y en todas sus creencias, costumbres, tradiciones y culturas. Para los pueblos indígenas, la tierra no es meramente un objeto de posesión y producción. La relación integral de la vida espiritual de los pueblos indígenas con la Madre Tierra, con sus tierras, tiene muchas implicaciones profundas. Además, la tierra no es mercadería que pueda apropiarse, sino elemento material del que debe gozarse libremente”.⁷⁴

En su oportunidad, la entonces Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a Minorías, Erica-Irene A. Daes, en su informe rendido en el año 2001, al referirse al vínculo existente entre los pueblos y sus tierras, señaló que “los pueblos indígenas han puesto de relieve el carácter fundamental de la relación que mantienen con sus tierras ancestrales. Lo han hecho en el contexto de la necesidad urgente de que las sociedades no indígenas entiendan la importancia espiritual, social, cultural, económica y política que revisten para las sociedades indígenas sus tierras, territorios y recursos para asegurar su supervivencia y vitalidad”.⁷⁵

⁷³ Cfr. Elementos conceptuales y Vocabulario incluido en los documentos..., Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

⁷⁴ *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, Informe final (última parte) que presenta el Relator Especial, José R. Martínez Cobo. E/CN.4/Sub. 2/1983/21/Add.8., 30 de septiembre de 1983., párrafos. 196 y 197.

⁷⁵ *Prevención de discriminaciones y protección a los pueblos indígenas y las Poblaciones indígenas y su relación con la tierra*. Documento de trabajo final preparado por la Relatora Especial Sra. Erica-Irene A. Daes. E/CN.4/Sub.2/2001/21, 11 de junio de 2001., párrafo 12.

CONVENIO NÚM. 169 DE LA OIT

Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular, los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberán incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera.

Sobre este aspecto, el Convenio 169 ha establecido la obligación de los gobiernos de respetar la importancia de la relación de los pueblos con sus tierras y territorios, definiendo este último concepto como la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan.⁷⁶

Por su parte, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no sólo ha reconocido esta relación especial, sino que, además, ha establecido que “los pueblos tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para las generaciones venideras”.⁷⁷

Esta relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ha merecido mención especial en las resoluciones emitidas por la CoIDH. Un ejemplo de ello, es la sentencia emitida en el caso de la Comunidad indígena Mayagna (sumo) Awas Tingni vs Nicaragua, donde se ha considerado que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, vida espiritual, integridad y supervivencia económica. Para las comunidades indígenas, la relación con la tierra no es sólo una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, incluso para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.⁷⁸ Años más tarde, la misma CoIDH volvería a destacar esta relación especial en los casos de las Comunidades Yakye Axa vs. Paraguay, Moiwana vs. Surinam y Saramaka vs. Surinam. En este último caso, señaló que “[L]os integrantes del pueblo Saramaka mantienen una fuerte relación espiritual con el territorio ancestral que han usado y ocupado tradicionalmente. La tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka. Las tierras y los recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual. En este territorio, el pueblo Saramaka

⁷⁶ Convenio 169 de la OIT, artículo Artículo 13.

⁷⁷ Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Artículo 25.

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua, 2001.

caza, pesca y cosecha, y recoge agua, plantas para fines medicinales, aceites, minerales y madera. Los sitios sagrados están distribuidos en todo el territorio, a la vez que el territorio en sí tiene un valor sagrado para ellos”.⁷⁹

El derecho a la tierra, territorio y recursos naturales por parte de los pueblos indígenas también implica el reconocimiento de su derecho a la propiedad y posesión, y de un conjunto de derechos asociados, como el derecho a utilizar, administrar, conservar y disponer, regidos desde un punto de vista colectivo.

En los pueblos indígenas y sus comunidades existe una tradición ancestral de tenencia comunal de la tierra, es decir, una concepción colectiva de propiedad y posesión como pueblo o comunidad, y no como individuo.

La CoIDH ha afirmado que el concepto de *propiedad* de los pueblos, en relación con su territorio, implica una “relación omnicompreensiva”, ya que no se centra en el individuo, sino con la comunidad como un todo.⁸⁰

El derecho a la propiedad lo podemos encontrar protegido como un derecho humano individual, pero también como colectivo y, como tal, garantizado a favor de los pueblos indígenas. El reconocimiento de este derecho lo podemos encontrar vinculado junto con el derecho de posesión y el derecho de uso de las tierras en el Artículo 14 de Convenio 169 y en el Artículo 26 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En ambos instrumentos internacionales la protección de este derecho se amplía a aquellos casos donde las comunidades indígenas no

CONVENIO NÚM. 169 DE LA OIT. ARTÍCULO 14.

1. *Deberá reconocerse a los pueblos interesados los derechos de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.*
2. *Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.*
3. *Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para decidir las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.*

⁷⁹ Pueblo Saramaka vs. Surinam, párrafo. 82.

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la comunidad Moiwana vs Surinam, 2005, párrafo 133.

DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. ARTÍCULO 26

1. *Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.*
2. *Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma...*

tengan en posesión permanente las tierras, territorios y recursos naturales que utilizan de manera tradicional.

La CoIDH ha resuelto diversos casos⁸¹ donde se han puesto en entredicho los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, y ha sido a partir de la jurisprudencia emitida como se ha avanzado en la construcción de un marco interpretativo mucho más extenso y claro sobre los alcances de estos derechos. Con respecto al derecho a la propiedad colectiva, la CoIDH, en la mayoría de los casos relacionados con territorios de comunidades indígenas, ha aplicado el artículo 21 de la CADH.⁸² Este artículo no protege explícitamente la propiedad colectiva, sino no el derecho personal sobre el uso y goce de los propios bienes; sin embargo, dicha Corte ha hecho extensivo este derecho a la propiedad colectiva, armonizando la disposición con el Convenio 169 de la OIT, el PIDESC o el PIDCP. Un ejemplo de esta ampliación de la consideración del derecho a la propiedad lo podemos encontrar en el caso de la *comunidad Yakye Axa vs Paraguay*, donde la CoIDH declaró que “tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el Artículo 21 de la CADH”.⁸³

El derecho a la propiedad no es absoluto y, al respecto, se ha establecido como una restricción el beneficio del “interés social”. Bajo este argumento, aunado a la idea del desarrollo, se han venido efectuando acciones que impactan en los derechos territoriales de los pueblos indígenas. Ello lo podemos ver reflejado en la construcción de grandes proyectos como

⁸¹ Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, Caso de la Comunidad Yakye vs. Paraguay, caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.

⁸² Convención Americana, Artículo 21, Derecho a la Propiedad Privada:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la comunidad Yakye Axa vs Paraguay, 2004, párrafo 143

presas, minas y reservas naturales protegidas, a pesar de la oposición de los y las titulares de la propiedad de las tierras, argumentando este “interés social”. Este elemento del beneficio del “interés social” ha sido tratado por mecanismos internacionales, que han establecido estándares internacionales al respecto. Podemos encontrar que el derecho a la propiedad, protegido en la CADH, no es absoluto, ya que su Artículo 21.1 señala que “la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. Frente a esta situación la CoIDH ha establecido que el Estado puede restringir el derecho a la propiedad contemplado en el Artículo 21 de la CADH si tal restricción responde “a los intereses de la sociedad”.⁸⁴ Para que pueda considerarse “de interés de la sociedad” se requiere que las restricciones: 1) hayan sido previamente establecidas por la ley; 2) necesarias; 3) proporcionales, y 4) tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.⁸⁵ Además, si la restricción afecta los derechos a la propiedad comunitaria, la CoIDH requiere que se satisfaga un quinto elemento: la limitación no puede implicar una denegación de las tradiciones y costumbres de modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes.⁸⁶

Si bien el derecho de propiedad puede restringirse en aquellos casos de beneficios al “interés nacional o de la sociedad”, en estos supuestos debe garantizarse la observancia de los requisitos que han sido

señalados por la CoIDH. Además, debe garantizarse “la participación efectiva” de los propios pueblos indígenas “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”.⁸⁷ Para asegurar la participación de los pueblos indígenas el Estado tiene el deber de consultar de forma activa con la comunidad, según sus costumbres y tradiciones, aceptar y brindar información y promover la comunicación constante entre las partes. Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados, y deben tener como fin llegar a un acuerdo.

3.1.2. Derecho a los recursos naturales

El derecho a la tierra y el territorio no puede analizarse de forma separada del derecho a los recursos naturales, ya que su utilización por parte de las comunidades indígenas resulta esencial para su supervivencia, y desarrollo económico, social y cultural. Se entiende en general que los recursos localizados en tierras y territorios indígenas (como madera, agua, flora y fauna) pertenecen a estos pueblos. Adicionalmente, se puede considerar que los recursos naturales pueden abarcar el aire, los mares costeros y los hielos marítimos, así como madera, minerales, petróleo y gas, recursos genéticos y todos los demás recursos materiales que pertenecen a las tierras y territorios indígenas.⁸⁸

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del pueblo Saramaka vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 2007, párrafo 127.

⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso comunidad indígena Sawhoyamaya vs Paraguay, 2006, párrafo 137.

⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del pueblo Saramaka vs Surinam, 2007, párrafo 128.

⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del pueblo Saramaka vs Surinam, 2007, párrafo 129.

⁸⁸ La Soberanía Permanente de los Pueblos Indígenas sobre sus recursos naturales. Informe final de la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene A. Daes. E/ CN.4/Sub.2/2004/30. 13 de julio de 2004, párr. 42.

La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en lo que respecta a los recursos naturales, reconoce el derecho a la propiedad, posesión, uso, desarrollo y control, por igual, que para las tierras y territorios.

El Convenio 169, en su Artículo 15, reconoce a los pueblos indígenas el derecho a la propiedad, y a la utilización, administración y conservación de los recursos existentes en sus territorios. Ese mismo Artículo establece una previsión para aquellos casos donde la propiedad de los minerales o los recursos del subsuelo pertenezcan al Estado y la propiedad o posesión de las tierras a los pueblos indígenas. En estos casos, los gobiernos deben establecer y mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.

A partir de la interpretación del Artículo 21 de la CADH, la CoIDH, ha establecido una protección de los recursos naturales que han sido utilizados tradicionalmente, y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de los pueblos.⁸⁹ De conformidad con el esquema analítico desarrollado por la CoIDH en el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, la controversia sobre si un recurso natural determinado que se encuentre en territorio de los pueblos indígenas pertenece al Estado o a la comunidad, se resuelve a favor del uso tradicional de los mismos por los pueblos

indígenas. En el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, la CoIDH realizó un examen exhaustivo del uso tradicional de los árboles por parte de la comunidad y concluyó que usaban diversos tipos de árboles con distintos propósitos: desde construir canoas, techar sus hogares o comer sus frutos y fabricar aceite para cocinar, hasta realizar explotación maderera de subsistencia como una manera de conseguir ingresos. Como consecuencia de ello, la CoIDH determinó que el Pueblo Saramaka había usado, cosechado y comercializado madera de forma tradicional, lo que hacía de ésta un recurso natural protegido por el Artículo 21 de la CADH.⁹⁰

Por otra parte, con base en un análisis similar respecto de las concesiones mineras, la CoIDH encontró que el pueblo *Saramaka* no tenía derechos de propiedad sobre el oro encontrado en sus tierras, dado que no había pruebas de que dicho pueblo hubiera realizado explotación minera o usado las minas como parte de su identidad cultural. No obstante, la CoIDH encontró una violación al derecho a la propiedad del Pueblo Saramaka, debido a que Surinam incumplió con su deber de consultar con dicho pueblo el desarrollo de las referidas actividades extractivas. La CoIDH sostuvo que aun cuando el recurso natural a ser extraído no hubiera pertenecido a los grupos indígenas, tal extracción tendría, de forma inevitable, un impacto sobre otros recursos naturales protegidos y que por ello interferiría con el derecho del pueblo a usar y gozar sus tierras tradicionalmente poseídas y sus recursos naturales.⁹¹ Esta potencial interferencia, a su turno, activó el deber de los Estados de consultar previamente.⁹²

⁸⁹ Véase Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam, párrafo párr. 122; caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay, párrafos. 124 y 137; y caso comunidad indígena Sawhoyamaya vs Paraguay, párrafos 118 y 121.

⁹⁰ Saramaka vs Surinam, 2007, párrafos 144-146.

⁹¹ Ibidem, párrafo 155.

⁹² *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*, Fundación para el Debido Proceso Legal y otros. Washington, D.C., 2010, pág. 5-6.

“Diosito hizo el cielo y la tierra. Se la dio a sus hijos. Cielo y tierra. Ahora los empresarios vienen, hasta de otros países, a hacerse dueños de nuestras tierras. Las empresas no nos consultan a nosotros. Hablan a sus gobiernos. Y estos gobiernos hablan al gobierno mexicano: Qué pasa, por qué no podemos entrar en esas tierras? Entonces los convencen. ¡Pero a nosotros nadie nos consulta! Las ganancias luego van a los gobiernos y a las empresas. A nosotros sólo nos queda la desgracia de perder lo poco que tenemos: nuestras tierras. Así que vinimos por herramientas para defendernos. No queremos este proyecto. Lo Venden como algo provechoso para nosotros, pero no es así. Debemos conseguir esa herramienta para que estos proyectos se terminen”

Asistente al Foro Regional sobre el derecho a la consulta:

“El impacto de los proyectos de desarrollo en el derecho a la tierra, el territorio y los recursos naturales”

Convocado por la OACNUDH. Oaxaca, *Oaxaca*, 27 y 28 de mayo 2010.

Podría concluirse, entonces, que si bien el derecho a la tierras, territorios y recursos naturales admiten restricciones a favor del Estado por causas del interés social, estas restricciones sólo pueden aplicarse si el Estado a su vez cumple con las siguientes garantías para asegurar que la restricción no implica una denegación de la subsistencia física y cultural de los pueblos indígenas⁹³: que la comunidad tenga una participación efectiva de acuerdo con sus usos, costumbres y tradiciones en relación con el plan de desarrollo, inversión, explotación o extracción; que obtenga un beneficio razonable del plan, y, por último, que no se autorice ninguna concesión dentro del territorio hasta

que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.⁹⁴

En esta misma línea, la Relatoría Especial señaló, en relación con la explotación de recursos naturales por parte del Estado o mediante concesiones a empresas particulares, que es importante también garantizar una distribución de los beneficios mutuamente aceptable y el establecimiento de mecanismos independientes y mutuamente aceptables para la solución de las controversias entre los pueblos indígenas y el sector privado.⁹⁵

⁹³ La subsistencia de los pueblos indígenas, no debe entenderse sólo en el aspecto material o físico, sino además en el aspecto cultural. Al impedirse que los pueblos y comunidades indígenas la práctica de su cultura, se les estaría impidiendo sobrevivir como pueblos de acuerdo a con su identidad cultural.

⁹⁴ ICorte Interamericana de Derechos Humanos, caso del pueblo Saramaka vs Surinam, 2007, párrafos 128-129.

⁹⁵ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, párr. 60

3.2. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) están vinculados a la satisfacción de las necesidades básicas de las personas en ámbitos como el trabajo, la alimentación, la salud, la vivienda, la seguridad social, la educación, la cultura y el medio ambiente.⁹⁶

La realización de los DESC se vincula al menos con cuatro cuestiones fundamentales. Por un lado, constituyen la base esencial para la supervivencia de las personas y, en concreto, para alcanzar un nivel de vida adecuado o una vida digna en el que las personas puedan satisfacer sus necesidades básicas y desplegar al máximo sus capacidades. También se relacionan con la autonomía de las personas, en tanto que garantizan las condiciones materiales que hacen posible el ejercicio real de sus libertades. Por otro lado, la plena realización de los DESC tiende a reducir las desigualdades y asimetrías que existen entre los miembros de la sociedad y, por lo tanto, juegan un papel clave en asegurar una igualdad sustantiva y no meramente formal entre las personas. Finalmente, ponen los cimientos necesarios para que las personas puedan participar en los diversos espacios de decisión sobre las cuestiones que les afectan y evitar así que la democracia sea un concepto vacío para aquellos que carecen de lo indispensable para vivir con dignidad. En la medida en que todos los seres humanos compartimos las mismas necesidades básicas, la protección y promoción de los DESC nos interesa a todas y a todos. Sin embargo, es un hecho

que su realización cobra un sentido de mayor urgencia para aquellas personas que se encuentran en situación de marginación y exclusión, debido, precisamente, a que les han sido negados los recursos y oportunidades indispensables para la realización de sus derechos humanos.⁹⁷ En este sentido, el derecho a la consulta se torna un instrumento fundamental para poder articular las necesidades expresadas por los pueblos indígenas y las propuestas de desarrollo impulsadas por los gobiernos.

La Relatoría Especial, en su informe de 2003, señaló que los efectos a largo plazo de ciertos modelos de desarrollo son los que entrañan una violación importante de los derechos culturales, sociales, ambientales y económicos de los pueblos indígenas. En una economía de mercado globalizada el medio tradicional se altera de manera irreparable; se destruyen recursos naturales no renovables o se explotan exclusivamente en interés privado, y numerosas comunidades y poblaciones son desarraigadas, expulsadas o reasentadas sin reparar en sus derechos y necesidades reales y con el acompañamiento a veces de la violencia organizada para intimidarles, acosarles y hacerles respetar decisiones adoptadas por intereses ajenos, sin su consentimiento o contra su voluntad.⁹⁸

Los proyectos de desarrollo, pueden traer consigo una afectación importante en el derecho a la alimentación de los pueblos indígenas, al propiciar un cambio en la economía tradicional de subsistencia. Los pueblos se dedican mayormente al cultivo de autoconsumo y, en

⁹⁶ Cfr. *Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Folleto Informativo 33. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS33_sp.pdf

⁹⁷ Cfr. Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías; Elementos para una reconstrucción*. Madrid, Trotta, 2007.

⁹⁸ *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Rodolfo Stavehagen, E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, párrafo 69.

menor medida, a la producción en grandes cantidades para la comercialización, siendo el principal cultivo el maíz. Al implementarse un proyecto a gran escala, es común que exista una variación en el modo de vida de las comunidades al limitarse el uso de las tierras tradicionalmente ocupadas para el cultivo, o prohibirse la pesca o la utilización de determinadas plantas o árboles, hasta ocurrir desplazamientos forzados del área donde se piensa implementar el proyecto. En el caso del Pueblo Saramaka, esta fue una de las principales consideraciones para argumentar la importancia del derecho a la consulta y el respeto a la propiedad de las tierras.

Los desalojos o los desplazamientos involuntarios son una consecuencia común de los grandes proyectos de desarrollo. El Comité de DESC llegó a la conclusión de que los desalojos forzosos eran, *prima facie*, incompatibles con los requisitos del PIDESC. El término *desalojos forzosos* se define como “el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos”.⁹⁹ El tema de los desplazamientos involuntarios guarda una estrecha relación con el derecho a la vivienda, y con el derecho a la consulta. Sobre este particular, tanto el Convenio 169, en su artículo 16, como la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,

en su artículo 28, reconocen la necesidad de contar con el consentimiento previo, libre e informado. Es por ello, que la consulta, juega un papel fundamental para garantizar el respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

Los proyectos mineros e hidroeléctricos son dos tipos de proyectos que pueden ser considerados de gran impacto para la vida de los pueblos indígenas por los efectos que traen consigo en la forma de subsistencia y modo de vida de las comunidades. Este tipo de proyectos son acompañados de promesas de empleo, escuelas, hospitales, y caminos, como si ello, fuera una contraprestación de necesaria observancia para dejar de respetar otros derechos como la propiedad o posesión de la tierra, territorio o los recursos naturales. Frente a estas situaciones, resulta fundamental tomar en cuenta la participación de los propios pueblos a través de la consulta para decidir el tipo de desarrollo que ellos quieren. En este sentido, los gobiernos deben garantizar la realización de estudios de impacto social y ambiental en cooperación con los pueblos indígenas,¹⁰⁰ a fin de evaluar la incidencia social, espiritual, cultural, y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre los pueblos que pudieran ser afectados. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para llevar a cabo o no los proyectos de desarrollo planteados.

⁹⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general No. 7, el derecho a una vivienda adecuada (aArtículo 11.1 del Pacto): los desalojos forzosos (E/CN.12/1997/4). El Comité observó lo siguiente: “[los desalojos] pueden efectuarse en relación con conflictos sobre derechos de tierras, proyectos de desarrollo e infraestructura como, por ejemplo, la construcción de presas u otros proyectos energéticos en gran escala, la adquisición de tierras para programas de renovación urbana, rehabilitación de viviendas o embellecimiento de ciudades, el desbroce de tierras para fines agrícolas, la especulación desenfrenada de terrenos o la celebración de grandes acontecimientos deportivos tales como los Juegos Olímpicos”. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas*, Rodolfo Stavenhagen, E/CN.4/2003/90, párr. 24.

¹⁰⁰ Artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT.

DECLARACIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

ARTÍCULO 29.

1. *Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.*
2. *Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.*
3. *Los Estados también adoptarán medidas eficaces para asegurar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.*

El derecho a un ambiente sano ha sido uno de los derechos mayormente exigidos por los pueblos indígenas en los últimos años, ya que “la degradación y contaminación del medio ambiente son factores importantes que influyen en las condiciones de salud y bienestar de los pueblos indígenas”, y citan, por ejemplo, la polución tóxica provocada por los contaminantes orgánicos persistentes y otras toxinas producidas por la industria.¹⁰¹

El Convenio 169, respecto a la protección y conservación del medio ambiente, reconoce el derecho a la participación de los pueblos.¹⁰² Por lo que respecta a la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el derecho a la conservación y protección del ambiente se encuentra reconocido en el Artículo 29, inclusive la propia Declaración amplía la protección de este derecho al exigir el consentimiento libre, previo e informado, en los casos de almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas.

El uso de la lengua materna en la educación y las comunicaciones públicas es cuestión central en los derechos culturales de los pueblos indígenas. Los derechos lingüísticos son un elemento esencial de los derechos culturales que todas las personas disfrutan en base a las normas internacionales de derechos humanos y, en este sentido, los sujetos titulares del derecho a la lengua propia son no sólo personas, sino también las comunidades, las naciones y los pueblos. Ligado a la lengua, está el derecho a la educación bilingüe e intercultural, ya que nos lleva a una necesaria revisión

¹⁰¹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, párr. 27-28.

¹⁰² Artículo 4 del Convenio 169 de la OIT.

de contenidos y métodos educativos que los Estados aplican en sistema de educación formal. El Convenio 169 establece, respecto de la educación, el derecho a la participación y a la creación de instituciones y medios de educación propios. Para este segundo derecho, el mismo Convenio establece la obligatoriedad de ceñirse a las normas establecidas por la autoridad competente. En el caso de la educación bilingüe se establece el derecho a la consulta en el artículo 28 del Convenio 169.

El derecho a la preservación de la cultura (incluidos los elementos tangibles y los intangibles, las artes y los objetos artesanales, las tradiciones, los sistemas de conocimiento, los derechos de propiedad intelectual, la ordenación de ecosistemas, la espiritualidad, etcétera) es un componente esencial del conjunto global de los derechos culturales de los pueblos indígenas. Esto se refiere también al derecho de los pueblos indígenas al libre desarrollo de sus culturas, incluyendo el libre acceso a los medios de comunicación masiva, así como la conservación de sus sitios y objetos sagrados y sus tradiciones.¹⁰³

Podemos encontrar el aspecto cultural referido en diversos artículos del Convenio 169; por ejemplo, en los Artículos 2, 4, 5, 7, 8, 13, 22 y 23. En algunos de ellos está reconocido el derecho a la participación y, en algunos otros, también, el derecho a la consulta. Frente al derecho a la cultura, la participación o cooperación de los pueblos indígenas a través de la consulta se vuelve un procedimiento necesario para dar sentido a los programas y políticas encaminados a preservar y conservar el patrimonio y la cultura de los pueblos indígenas.



¹⁰³ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, A/59/258. 12 de agosto de 2004, párrafos. 45 y 46.

Los Artículos 5, 12, 13 y 31, de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en esta materia, también reconocen algunos elementos culturales con respecto a los que los pueblos indígenas tienen los derechos de conservar, reforzar, desarrollar, enseñar, utilizar y proteger. Para dar cumplimiento a lo dispuesto por estos artículos, el derecho a la consulta se constituye en el mecanismo propicio para escuchar a los pueblos indígenas.



2011
OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES
UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (ONU-DH)



NACIONES UNIDAS
DERECHOS HUMANOS
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO
México



Campana permanente de la ONU-DH contra la **Discriminación**

HAZTE OÍR PON FIN A LA DISCRIMINACIÓN

www.hchr.org.mx

Alejandro Dumas No. 165
Col. Polanco
Del. Miguel Hidalgo
C.P. 11560, México, D.F.

Tel 52(55) 5061 6350
Fax 52(55) 5061 6358

ISBN: 978-607-95699-0-7



9 786079 569907

fotogalería en **www.hchr.org.mx/derechoalaconsulta/**